Reglas de competencia relativas a los acuerdos de transferencia de tecnología

Comunicación de conformidad con el artículo 5 del Reglamento nº 19/65/CEE del Consejo de 2 de marzo de 1965 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, modificado en último lugar por el Reglamento (CE) nº 1/2003

(2003/C 235/04)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

La Comisión invita a todas las partes interesadas a enviar sus comentarios sobre los siguientes textos:

— proyecto de Reglamento de la Comisión (CE) sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología,

— proyecto de Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a determinados acuerdos de transferencia de tecnología.

Los comentarios deben enviarse a la Comisión a más tardar ocho semanas después de la fecha de la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Es práctica habitual de la Comisión publicar los comentarios recibidos en respuesta a una consulta pública. Sin embargo, se puede solicitar que los comentarios o ciertas partes de los mismos sean confidenciales. De ser así, la solicitud de que no se publique deberá constar claramente en la página delantera del comentario. En este caso deberá enviarse también a la Comisión una versión no confidencial del comentario para su publicación. Los comentarios deben enviarse ya sea por correo electrónico a:

COMP-TECHNOLOGY-TRANSFER@cec.eu.inteu.int

O por escrito a:

Comisión Europea
Dirección General de Competencia
Unidad A 1 — Desarrollo de políticas (conductas restrictivas y concentraciones)
Technology Transfer Review
B-1049 Bruselas.

Proyecto de Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento nº 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas [1], tal como fue modificado en último lugar por el Reglamento (CE) nº 1/2003 [2] y, en particular, su artículo 1,

Previa publicación de un proyecto del presente Reglamento [3],

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo siguiente:

(1) El Reglamento nº 19/65/CEE faculta a la Comisión para aplicar mediante reglamento el apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología y a las correspondientes prácticas concertadas que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando solamente participen dos empresas en dichos acuerdos o prácticas.

(2) Con arreglo al Reglamento nº 19/65/CEE, la Comisión adoptó, en particular, el Reglamento (CE) nº 240/96, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología [4].

(3) El 20 de diciembre de 2001 la Comisión publicó un Informe de evaluación sobre el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología nº 240/96 [5]. Se iniciaba así un debate público sobre la aplicación de este Reglamento y sobre la aplicación en general de los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado a los acuerdos de transferencia de tecnología. La respuesta al Informe de evaluación por parte de los Estados miembros y de terceros ha sido en general favorable a la reforma de la política comunitaria de competencia en materia de acuerdos de transferencia de tecnología. Por consiguiente, se ha estimado conveniente sustituir el Reglamento (CE) nº 240/96.

(4) El nuevo Reglamento que sustituya al Reglamento (CE) nº 240/96 debe cumplir dos requisitos: garantizar la protección efectiva de la competencia y ofrecer a las empresas la seguridad jurídica adecuada. La persecución de estos objetivos debería tener en cuenta la necesidad de simplificar el marco regulador y su aplicación. Conviene apartarse de la práctica consistente en enumerar las cláusulas exentas e insistir en mayor medida en definir las categorías de acuerdos que están exentas hasta un cierto nivel de poder de mercado y especificar las restricciones o cláusulas que no deben figurar en dichos acuerdos. Esto es coherente con un enfoque económico que estriba en evaluar el impacto de los acuerdos en el mercado de referencia. La distinción entre acuerdos entre competidores y no competidores también es coherente con dicho enfoque.

(5) Los acuerdos de transferencia de tecnología consisten en la concesión de licencias de tecnología. El presente Reglamento solamente debería aplicarse a los acuerdos por los que el licenciante permite al licenciatario explotar la tecnología autorizada para la fabricación o el suministro de bienes o servicios. No debería aplicarse a los acuerdos de licencia con fines de investigación y desarrollo. Tampoco debería aplicarse a los acuerdos de licencia para crear consorcios de patentes, es decir, acuerdos de creación de consorcios de tecnologías con objeto de conceder a terceros licencias sobre el paquete de derechos de propiedad intelectual creado.

(6) A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 mediante reglamento, no es necesario determinar los acuerdos de transferencia de tecnología que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. En la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81 es necesario tener en cuenta diversos factores, particularmente la estructura de mercado del mercado tecnológico y de productos de referencia.

(7) La cobertura de la exención por categorías deberá limitarse a aquellos acuerdos de los que puede asumirse con suficiente certeza que cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 81. Para lograr los beneficios y objetivos de la transferencia de tecnología, el beneficio del presente Reglamento también debe aplicarse a las disposiciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología que no constituyan el objeto primario de tales acuerdos, pero que estén directamente relacionadas con la aplicación de la tecnología licenciada.

(8) Los acuerdos de transferencia de tecnología mejorarán por lo general la eficiencia económica y favorecerán la competencia ya que pueden facilitar la difusión y reducir la duplicación de la investigación y desarrollo, reforzar el incentivo para la investigación y desarrollo iniciales, fomentar más la innovación y generar competencia en el mercado de productos.

(9) La probabilidad de que estos efectos que mejoran la eficiencia y son beneficiosos para la competencia sobrepasen cualquier efecto contrario a la competencia debido a las restricciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología depende del grado de poder de mercado de las empresas interesadas y, por consiguiente, de hasta qué punto esas empresas se enfrentan a la competencia de empresas que poseen tecnologías sustitutivas o que fabrican productos sustitutivos.

---

[1] DO 36 de 6.3.1965, p. 533/65.

[2] DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

[3] DO C 235 de 1.10.2003, p. 10.

[4] DO L 31 de 9.2.1996, p. 2.

[5] COM(2001) 786 final de 20.12.2001.

(10) En los acuerdos de transferencia de tecnología entre competidores cabe presumir que, cuando la cuota conjunta en los mercados de referencia correspondiente a las partes no sea superior al 20 % y los acuerdos no contengan ciertas restricciones seriamente contrarias a la competencia, suelen dar lugar a mejorar la producción o la distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

(11) En los acuerdos de transferencia de tecnología entre no competidores cabe presumir que, cuando la cuota de cada una de las partes en los mercados de referencia no sea superior al 30 % y los acuerdos no contengan ciertas restricciones especialmente contrarias a la competencia, suelen dar lugar a mejorar la producción o la distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

(12) Por encima de estos umbrales de cuota de mercado no cabe presumir que los acuerdos de transferencia de tecnología que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 den lugar con carácter general a ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan para la competencia.

(13) No han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento aquellos acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones que no sean imprescindibles para mejorar la producción o la distribución. Concretamente, los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinados tipos de restricciones especialmente contrarias a la competencia tales como la fijación de los precios aplicados a los terceros, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de las cuotas de mercado de las empresas implicadas. Cuando existan estas restricciones especialmente graves, todo el acuerdo debe quedar excluido del beneficio de la exención por categorías.

(14) Para proteger los incentivos a la innovación y la aplicación adecuada de los derechos de propiedad intelectual, se deben imponer ciertas condiciones a la exención por categorías. Con este fin, la obligación de cederse los derechos sobre perfeccionamientos independientes sólo estará exenta cuando dicha obligación no tenga carácter exclusivo. Cuando no se respeten estas condiciones solamente debe excluirse del beneficio de la exención por categorías la restricción en cuestión.

(15) Los umbrales de cuota de mercado, la no exención de los acuerdos de transferencia de tecnología que contienen restricciones especialmente contrarias a la competencia y las condiciones establecidas en el presente Reglamento garantizarán en general que los acuerdos a los que se aplica la exención por categorías no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión.

(16) En determinados casos en los que un acuerdo incluido en el ámbito de aplicación del presente Reglamento surta, sin embargo, efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, la Comisión podrá retirar el beneficio de la exención por categorías. Esto puede ocurrir concretamente cuando se recorten los incentivos a la innovación o se obstaculice el acceso a los mercados.

(17) El Reglamento (CE) nº 1/2003 autoriza a las autoridades competentes de los Estados miembros a retirar el beneficio de la exención por categorías a los acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81, cuando estos efectos se produzcan en su territorio respectivo, o en una parte del mismo que presente todas las características de un mercado geográfico distinto. Los Estados miembros deben garantizar que el ejercicio de esta facultad de retirada de la exención se entienda sin perjuicio de la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas comunitarias de competencia o del pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas.

(18) Con objeto de reforzar el control de las redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos restrictivos similares y que abarquen más del 50 % de un mercado determinado, la Comisión podrá declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restableciendo así la plena aplicación del artículo 81 a dichos acuerdos.

(19) El presente Reglamento solamente abarca los acuerdos de transferencia de tecnología entre un licenciante y un licenciatario. Abarca estos acuerdos aun cuando estipulen condiciones para más de un nivel comercial, por ejemplo obligando al licenciatario a crear un determinado sistema de distribución y especificando las obligaciones que el licenciatario debe o puede imponer a los revendedores de los productos producidos al amparo de la licencia. Sin embargo, tales condiciones y obligaciones deben atenerse a las normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución. Los acuerdos de suministro y distribución concluidos entre un licenciatario y sus compradores no están exentos en virtud del presente Reglamento. Estos acuerdos solamente están exentos si están amparados por un reglamento de exención por categorías para acuerdos de suministro y distribución.

(20) El presente Reglamento no afectará a la aplicación del artículo 82.

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Artículo 1

Definiciones

1. A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

a) «acuerdo»: un acuerdo, decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada;

b) «acuerdo de transferencia de tecnología»: un acuerdo de licencia de patentes, un acuerdo de licencia de conocimientos técnicos, un acuerdo de licencia de los derechos de autor de programas de ordenador o un acuerdo mixto de licencia de patentes, de conocimientos técnicos o de los derechos de autor de programas informáticos, incluidos los acuerdos que contengan disposiciones referentes a la venta y compra de productos o referentes a la concesión de licencias sobre otros derechos de propiedad intelectual o a la cesión de derechos de propiedad intelectual, siempre que estas disposiciones no constituyan el objeto fundamental del acuerdo y estén directamente relacionadas con la fabricación o suministro de los productos contractuales; también se considerarán acuerdos de transferencia de tecnología las cesiones de patentes, de conocimientos técnicos, de derechos de autor de programas informáticos o de una combinación de éstos siempre que el riesgo asociado con la explotación de la tecnología sea asumido por el cedente, en especial cuando el importe adeudado en concepto de la cesión dependa del volumen de negocios realizado por el cesionario correspondiente a los productos fabricados o suministrados con la tecnología cedida, de la cantidad de los productos de dicha índole fabricados o del número de operaciones realizadas empleando la tecnología;

c) «producto»: un bien y/o un servicio, incluyendo tanto los productos o servicios intermedios como los finales;

d) «productos contractuales»: los productos fabricados o suministrados con la tecnología licenciada;

e) «derechos de propiedad intelectual»: los derechos de propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos afines;

f) «patentes»: las solicitudes de patente, los modelos de utilidad, las solicitudes de registro de modelo de utilidad, los dibujos, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales pueden obtenerse dichos certificados y los certificados sobre obtenciones vegetales;

g) «conocimientos técnicos»: un conjunto de información práctica no patentada derivada de pruebas y experiencias, que es secreta, sustancial y determinada; en este contexto, se entenderá por «secreta» que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles; se entenderá por «sustancial» que los conocimientos técnicos incluyen información que es indispensable para la fabricación del producto o la aplicación de los procedimientos contractuales; y se entenderá por «determinada» que los conocimientos técnicos deben estar descritos de manera suficientemente exhaustiva, para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y sustancialidad;

h) «empresas competidoras»: empresas que compiten en el mercado tecnológico de referencia y/o en el mercado de productos de referencia:

— las empresas compiten en el «mercado tecnológico de referencia» si las empresas conceden licencias de tecnologías competidoras (competidores reales en el mercado tecnológico);

— las empresas compiten en el «mercado de productos de referencia» si operan tanto en el mercado de productos de referencia como en el mercado geográfico de referencia en el que se venden los productos contractuales (competidores reales en el mercado de productos) o si, sobre una base realista, realizarían las inversiones adicionales necesarias u otros gastos de adaptación necesarios para poder introducirse en dicho(s) mercado(s) de productos y geográfico(s) de referencia en respuesta a un aumento pequeño y permanente de los precios relativos (competidores potenciales en el mercado de productos);

i) «sistema de distribución selectiva»: un sistema de distribución por el cual el licenciante se compromete a conceder la licencia para la fabricación y suministro de los productos contractuales sólo a licenciatarios seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los licenciatarios se comprometen a no vender los productos contractuales a distribuidores no autorizados.

2. Los términos «empresa», «licenciante» y «licenciatario» incluirán sus respectivas empresas vinculadas.

Se entenderá por «empresas vinculadas»:

a) las empresas en que una de las partes en el acuerdo disponga directa o indirectamente:

i) de más de la mitad de los derechos de voto, o

ii) del poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia, del consejo de administración o de los órganos que representan legalmente a la empresa, o

iii) del derecho de gestionar los asuntos de la empresa;

b) las empresas que, directa o indirectamente, dispongan respecto de una de las partes del acuerdo los derechos o facultades enumerados en la letra a);

c) las empresas en las que una empresa contemplada en la letra b) posea, directa o indirectamente, los derechos o facultades enumerados en la letra a);

d) las empresas en las que una parte del acuerdo, junto con una o varias de las empresas contempladas en las letras a), b) o c), o en las que dos o más de estas últimas empresas posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en la letra a);

e) las empresas en las que los derechos o facultades enumerados en la letra a) sean de propiedad compartida entre:

i) las partes en el acuerdo o sus respectivas empresas vinculadas mencionadas en las letras a) a d), o

ii) una o más partes en el acuerdo o una o más de sus empresas vinculadas mencionadas en las letras a) a d) y una o más terceras partes.

Artículo 2

Exención

Con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado y en las condiciones previstas en el presente Reglamento, el apartado 1 del artículo 81 se declara inaplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología concluidos entre dos empresas que tengan por objeto la fabricación o suministro de los productos contractuales.

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. La exención se aplicará mientras el derecho de propiedad intelectual de la tecnología licenciada no haya expirado o no haya sido declarada inválida o, en el caso de los conocimientos técnicos, sigan siendo secretos, excepto en caso de que los conocimientos técnicos pasen a ser de dominio público por causa imputable al licenciatario, en cuyo caso la exención se aplicará mientras dure el acuerdo.

Artículo 3

Umbrales de cuota de mercado

1. Cuando las empresas partes en el acuerdo de transferencia de tecnología sean empresas competidoras, la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % ya sea en un mercado tecnológico de referencia o en un mercado de productos de referencia.

2. Cuando las empresas partes en el acuerdo de transferencia de tecnología no sean empresas competidoras, la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado de cada una de las partes no exceda del 30 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia.

3. A efectos de los apartados 1 y 2 la cuota de mercado de una parte en el mercado o mercados tecnológicos de referencia se define en función de que la tecnología licenciada esté presente en el mercado o mercados de productos de referencia. La cuota de mercado de un licenciante en el mercado o mercados tecnológicos de referencia será la cuota de mercado combinada de los productos contractuales fabricados o suministrados por el licenciante y sus licenciatarios en el mercado o mercados de productos de referencia.

Artículo 4

Restricciones especialmente graves

1. Cuando las empresas que sean parte en el acuerdo sean empresas competidoras, la exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

a) la restricción de la capacidad de una parte de determinar sus precios al vender productos a terceros;

b) la limitación de la producción o las ventas, salvo las limitaciones de la producción de productos contractuales impuesta al licenciatario en un acuerdo no recíproco;

c) la asignación de mercados o clientes, excepto:

i) la obligación del licenciatario en un acuerdo no recíproco de explotar la tecnología licenciada sólo en uno o varios ámbitos técnicos de utilización o en uno o varios mercados de productos;

ii) el requisito de que el licenciatario fabrique o suministre los productos contractuales solamente para su propio uso, incluida la venta de los productos contractuales como recambios para sus propios productos;

d) la restricción de la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología o la restricción de la capacidad de las partes en el acuerdo de realizar actividades de investigación y desarrollo, a menos que esta última restricción sea imprescindible para impedir la revelación a terceros de los conocimientos técnicos licenciados.

2. Cuando las partes que sean parte en el acuerdo no sean empresas competidoras, la exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

a) la restricción de la capacidad de una parte de determinar sus precios al vender productos a terceros, sin perjuicio de la posibilidad de imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;

b) la restricción del territorio en el que el licenciatario pueda vender los productos contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto:

i) la restricción de ventas en el territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado para ventas del licenciante;

ii) la restricción de ventas activas en el territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciatario;

iii) el requisito de que el licenciatario fabrique o suministre los productos contractuales solamente para su uso propio, incluida la venta de los productos contractuales como recambios para sus propios productos;

iv) la restricción de ventas a usuarios finales por un licenciatario que opere en el comercio al por mayor;

v) la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva;

c) la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por parte de los licenciatarios que sean miembros de un sistema de distribución selectiva y que operen en el comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado.

Artículo 5

Condiciones

1. La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología:

a) toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciatario de conceder al licenciante o a un tercero designado por el licenciante una licencia exclusiva referente a sus propios perfeccionamientos independientes o a sus nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada;

b) toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciatario de ceder en todo o en parte al licenciante o a un tercero designado por éste los derechos de los perfeccionamientos o las nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada;

c) toda obligación directa o indirecta de no oponerse a la validez o impugnar el carácter secreto o sustancial de los derechos de propiedad intelectual que el licenciante ostenta en el mercado común, sin perjuicio de la posibilidad de prever la expiración del acuerdo de transferencia de tecnología cuando el licenciatario se oponga a su validez o impugne el carácter secreto o sustancial de los derechos de propiedad intelectual licenciados.

2. La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna obligación directa o indirecta que limite la producción de los productos contractuales por el licenciatario en un acuerdo no recíproco de transferencia de tecnología entre empresas competidoras.

3. La exención contemplada en el artículo 2 no se aplicará, cuando las empresas que sean partes en el acuerdo no sean empresas competidoras, a cualquier obligación, directa o indirecta, que limite la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología o que limite la capacidad de las partes del acuerdo de realizar investigación y desarrollo, a menos que esta última restricción sea indispensable para impedir la divulgación a terceros de los conocimientos técnicos licenciados.

Artículo 6

Retirada del beneficio del Reglamento

1. Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) nº 1/2003, la Comisión podrá retirar el beneficio del presente Reglamento de exención si considera que, en un caso concreto, un acuerdo de transferencia de tecnología al que se aplica el presente Reglamento produce no obstante efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado, y en particular cuando:

a) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;

b) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios;

c) las partes, sin razones objetivamente justificadas, no exploten la tecnología licenciada.

2. Cuando, en un caso concreto, un acuerdo de transferencia de tecnología al que se aplique la exención prevista en el artículo 2 surta efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado en el territorio de un Estado miembro, o en una parte del mismo que presente todas las características de un mercado geográfico distinto, la autoridad de competencia de dicho Estado miembro podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento con respecto a dicho territorio, en las mismas condiciones establecidas en el apartado 1.

Artículo 7

No aplicación del Reglamento

1. Con arreglo a la letra a) del artículo 1 del Reglamento nº 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante reglamento que, cuando existan redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología similares que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado.

2. Los reglamentos que se adopten con arreglo al apartado 1 no serán aplicables antes de un plazo de seis meses a partir de su adopción.

Artículo 8

Aplicación de los umbrales de cuota de mercado

1. A efectos de la aplicación del umbral de cuota de mercado establecido en el artículo 3, se seguirán las siguientes normas:

a) La cuota de mercado se calculará sobre la base del valor de las ventas en el mercado; si no se dispone de estos datos, podrán utilizarse otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, incluidos los datos referentes al volumen de ventas en el mercado, con el fin de determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate.

b) La cuota de mercado se calculará sobre la base de los datos relativos al año civil anterior.

c) la cuota de mercado de las empresas mencionadas en la letra e) del apartado 2 del artículo 1 se repartirá equitativamente entre las empresas que ostenten los derechos o facultades enumerados en la letra a) del apartado 2 del artículo 1.

2. Si la cuota de mercado contemplada en los apartados 1 o 2 del artículo 3 no excediera inicialmente del 20 % o del 30 % respectivamente pero superara posteriormente dicho nivel sin exceder del 25 % o del 35 % respectivamente, la exención establecida en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un período de dos años civiles consecutivos siguientes al año en que por primera vez se excediera el límite del 20 % o del 30 %.

3. Si la cuota de mercado en los apartados 1 o 2 del artículo 3 no excediera inicialmente del 20 % o del 30 % respectivamente pero excediera posteriormente del 25 % o del 35 % respectivamente, la exención establecida en el artículo 2 seguirá aplicándose durante el año civil siguiente al año en que por primera vez se excediera el límite del 25 % o del 35 %.

4. Los beneficios de los apartados 2 y 3 no podrán ser combinados de manera que excedan de un período de dos años civiles.

Artículo 9

Período transitorio

1. Queda derogado el Reglamento (CE) nº 240/96 con efectos a partir del 1 de mayo del año 2004.

2. La prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 de mayo de 2004 y el 31 de octubre de 2005 a los acuerdos ya vigentes el 30 de abril de 2004 que no cumplan los requisitos de exención establecidos en el presente Reglamento pero que el 30 de abril de 2004 cumplan los requisitos de exención previstos en el Reglamento (CE) nº 240/96.

Artículo 10

Período de vigencia

El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de mayo de 2004.

Expirará el 30 de abril de 2014.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, . . .

Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología

I. INTRODUCCIÓN

1. Las presentes Directrices exponen los principios que se aplican para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología a la luz del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos de transferencia de tecnología tienen por objeto la concesión de licencias de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciatario a explotar determinada tecnología para fabricar bienes o prestar servicios, según lo definido en el Reglamento (CE) nº . . ./2004 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnologías (el RECATT) ([1]).

2. Con las presentes Directrices se pretende dar orientación sobre la aplicación del RECATT y del artículo 81 a los acuerdos de transferencia de tecnologías que no están sujetos a dicho Reglamento. Estas Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación concurrente del artículo 82 del Tratado CE a los acuerdos de licencia. La aplicación del apartado 3 del artículo 81, tanto individual como mediante una exención por categorías, no excluye la aplicación del artículo 82 ([2]).

3. Los criterios que se exponen en estas Directrices deben aplicarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, lo que excluye una aplicación mecánica de los mismos. Cada caso debe evaluarse en su contexto factual y las Directrices deben aplicarse de manera razonable y flexible. La Comisión seguirá de cerca la aplicación del RECATT y de las presentes Directrices por si fuera necesario introducir cambios.

4. Estas Directrices no afectan a la interpretación del artículo 81 que puedan hacer el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

II. PRINCIPIOS GENERALES

1. El artículo 81 y los derechos de propiedad intelectual

5. El objetivo global del artículo 81 es proteger la competencia en el mercado para así promover el bienestar de los consumidores y la eficiente asignación de los recursos. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe todos los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas ([3]) que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros ([4]) y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia ([5]). Como excepción a esta norma, el apartado 3 del artículo 81 dispone que la prohibición del apartado 1 del mismo artículo puede declararse inaplicable a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos ni ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

6. La legislación sobre propiedad intelectual confiere derechos exclusivos a los titulares de patentes, derechos de autor, derechos sobre diseños, marcas y otros derechos legalmente protegidos. El titular de la propiedad intelectual tiene derecho a impedir el uso no autorizado de la misma y a explotarla, por ejemplo, concediendo licencias sobre la misma. Una vez que un producto que incorpora un derecho de propiedad intelectual ha sido comercializado en el EEE por el titular del derecho o con su consentimiento, queda agotado el derecho de propiedad intelectual en el sentido de que el titular ya no puede utilizarlo para controlar la venta del producto ([6]). El licenciante no tiene derecho a impedir a los licenciatarios o a los compradores que vendan productos que incorporen la tecnología objeto de la licencia. En cambio, la venta de copias de una obra protegida no conlleva el agotamiento de los derechos de interpretación, incluidos los de alquiler, de la misma ([7]). El principio de agotamiento está en consonancia con la función esencial de los derechos de propiedad intelectual, que es conceder al titular el derecho a impedir que otras personas exploten su propiedad intelectual sin su consentimiento.

7. El hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual confiera derechos exclusivos de explotación no implica que los derechos de propiedad intelectual sean inmunes al Derecho de competencia. Los artículos 81 y 82 son aplicables a los acuerdos por los que el titular de unos derechos de propiedad intelectual concede a otra empresa una licencia de explotación de los mismos ([8]). Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas comunitarias de competencia. De hecho, ambos cuerpos legales persiguen el mismo objetivo básico de promoción del bienestar de los consumidores y asignación eficiente de los recursos. La innovación constituye un componente esencial y dinámico de una economía de mercado abierta y competitiva. Los derechos de propiedad intelectual fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Lo mismo hace la competencia, que mueve a las empresas a innovar. Así pues, tanto los derechos de propiedad intelectual como la competencia son necesarios para fomentar la innovación y su explotación competitiva.

8. La evaluación con arreglo al artículo 81 no se centra únicamente en la situación *a posteriori*, en la que el derecho exclusivo puede reducir el nivel de competencia existente en el mercado. Para no restringir la competencia dinámica hay que tener en cuenta que la creación de derechos de propiedad intelectual a menudo exige considerables inversiones y con frecuencia es una empresa arriesgada. Muchos derechos de propiedad intelectual tienen escaso valor comercial. Por lo tanto, si se quieren mantener los incentivos que existen para innovar, hay que evitar que se limite indebidamente la libertad del innovador de explotar aquellos derechos de propiedad intelectual que puedan tener valor.

9. Para evaluar los acuerdos de licencia con arreglo al artículo 81, la Comisión aplica en principio a los derechos de propiedad intelectual el mismo marco analítico que a cualquier otro bien. Este marco es suficientemente flexible para que la Comisión tenga debidamente en cuenta los aspectos dinámicos de la concesión de licencias de tecnología. Esto significa, concretamente, que no hay presunción alguna de que los derechos de propiedad intelectual y los acuerdos de licencia planteen, en sí mismos, problemas de competencia. Los acuerdos de licencia pueden no restringir la competencia y generar únicamente eficiencias procompetitivas. Además, con frecuencia los acuerdos de licencia restrictivos pueden generar eficiencias procompetitivas que hay que examinar a la luz del apartado 3 del artículo 81 comparándolas con sus efectos negativos sobre la competencia ([9]).

2. **El marco general para la aplicación del artículo 81**

10. El apartado 1 del artículo 81 se aplica tanto a las restricciones de la competencia entre las partes de un acuerdo como a las restricciones de la competencia entre las partes o cualquiera de las partes y terceros. Estas restricciones pueden ser restricciones por objeto o por efecto. Las restricciones de la competencia por objeto son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia. De estas restricciones se presume, a la luz de los objetivos de la normativa comunitaria de competencia, que tienen efectos negativos sobre la competencia, por lo que no es necesario probar sus efectos sobre el mercado para aplicar el apartado 1 del artículo 81 ([10]). Además, es improbable que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Para determinar si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia se tienen en cuenta varios factores, especialmente el contenido del acuerdo y los fines objetivos del mismo. También puede ser necesario tener en cuenta el contexto en que se aplica (o va a aplicarse) y el comportamiento real de las partes en el mercado ([11]). La aplicación práctica de un acuerdo puede revelar la existencia de una restricción por objeto en un acuerdo que formalmente no contenga ninguna cláusula expresa al efecto. La existencia de pruebas de la intención subjetiva de las partes de restringir la competencia es un factor pertinente pero no una condición necesaria. Por lo que concierne a los acuerdos de licencia, la Comisión considera que las restricciones enumeradas en la lista de restricciones de la competencia especialmente graves que figura en el artículo 4 del RECATT son restrictivas por su propio objeto.

11. Un acuerdo de licencia se considera restrictivo de la competencia por efecto si puede afectar a la competencia de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tenga efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios. Estos probables efectos negativos sobre la competencia deben ser apreciables ([12]). Los efectos anticompetitivos son probables cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo. Poder de mercado es la capacidad de mantener los precios por encima de los niveles competitivos o la producción en términos de cantidades de producto, calidad y variedad del producto o innovación por debajo de los niveles competitivos durante un periodo de tiempo significativo.

12. Los acuerdos de licencia pueden contribuir a la creación, mantenimiento o fortalecimiento del poder de mercado restringiendo la competencia entre las partes o restringiendo la competencia de terceros. Al evaluar los efectos negativos sobre la competencia es importante tener en cuenta no sólo los efectos sobre el precio y la producción sino también el impacto negativo sobre la innovación. Los acuerdos de licencia que tienen un impacto negativo apreciable sobre la innovación de las partes del acuerdo o de terceros están sujetos al apartado 1 del artículo 81.

13. Para analizar los efectos restrictivos de los acuerdos, en principio hay que definir el mercado de referencia y examinar y evaluar, entre otras cosas, la naturaleza de los productos y de las tecnologías afectados, la posición de mercado de las partes, la posición de mercado de los competidores, la posición de mercado de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras de entrada.

14. La evaluación de si un acuerdo de licencia es restrictivo de la competencia debe hacerse en el marco efectivo en que se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo que presuntamente contiene restricciones ([13]). En esta evaluación hay que tomar en consideración el posible impacto del acuerdo presuntamente restrictivo en la competencia intertecnologías (competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras) y en la competencia intratecnología (competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología) ([14]). El impacto del acuerdo sobre la competencia puede determinarse formulando dos preguntas:

a) ¿Restringe el acuerdo la competencia efectiva o potencial que existiría de no haberse concedido ninguna licencia? En caso afirmativo, en principio el acuerdo está sujeto al apartado 1 del artículo 81 siempre que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado. Por ejemplo, si dos empresas establecidas en Estados miembros diferentes se conceden licencias cruzadas sobre tecnologías competidoras y se comprometen a no vender productos en los mercados nacionales de la otra parte, se restringe la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo. De igual modo, si un licenciante impone a sus licenciatarios la obligación de no utilizar tecnologías competidoras y esta obligación excluye del mercado las tecnologías de terceros, la competencia efectiva o potencial que habría existido a falta del acuerdo se ve restringida.

b) ¿Restringe el acuerdo la competencia que habría existido a falta de su presunta o presuntas restricciones de la competencia? Para responder a esta pregunta hay que determinar si la restricción es objetivamente necesaria para la conclusión del acuerdo. En caso afirmativo, el acuerdo y sus restricciones no están sujetos al apartado 1 del artículo 81. Esta evaluación se basa en factores objetivos ajenos a las partes y no en las posiciones subjetivas y en las características de las mismas. No se trata de determinar si las partes habrían aceptado en su situación concreta celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, otras empresas habrían celebrado en un contexto semejante un acuerdo menos restrictivo. Por ejemplo, las restricciones territoriales de un acuerdo entre no competidores pueden no estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 si son objetivamente necesarias para entrar en un mercado nuevo. No basta con alegar que, si no hubiera podido concluir el acuerdo, el proveedor habría recurrido a la integración vertical. La decisión de proceder a una integración vertical depende de numerosos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de carácter interno. El mero hecho de que se optase por la cooperación en vez de la integración vertical es, en general, señal de que la integración vertical no era factible.

15. Ahora bien, los acuerdos de licencia no sólo pueden producir efectos anticompetitivos. También puede tener efectos procompetitivos significativos. Pueden favorecer la innovación al permitir que los innovadores obtengan ingresos que cubran al menos parcialmente los costes de investigación y desarrollo. También pueden contribuir a la difusión de las tecnologías; esta difusión genera valor reduciendo los costes de fabricación del licenciatario o permitiéndole fabricar productos nuevos o mejorados. Las eficiencias para el licenciatario generalmente son el fruto de la combinación de la tecnología del licenciante con los activos y las tecnologías del licenciatario. Esta integración de activos complementarios puede conducir a una configuración coste/producción que sería imposible lograr sin el acuerdo. Por ejemplo, la combinación de una tecnología más avanzada del licenciante con unos activos de producción o distribución más eficientes del licenciatario puede reducir los costes de producción o hacer posible la fabricación de un producto de más calidad.

16. Los efectos procompetitivos de los acuerdos de licencia deben sopesarse junto con los efectos restrictivos en el contexto del apartado 3 del artículo 81. Cuando se cumplen las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo de licencia restrictivo es válido y aplicable, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto ([15]). Las restricciones de la competencia especialmente graves solamente cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 en circunstancias muy excepcionales. Por regla general, tales acuerdos incumplen (al menos) una de las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. Generalmente no generan beneficios económicos objetivos ni beneficios para los consumidores. Asimismo, estos acuerdos tampoco suelen superar la prueba de indispensabilidad de la tercera condición. Por ejemplo, cuando dos competidores se conceden mutuamente licencias sobre sus respectivas tecnologías y aprovechan el acuerdo de licencia para limitar los precios o la producción de los productos fabricados con esas tecnologías, generalmente el resultado es una menor producción y una mala asignación de los recursos, amén de precios más altos para los consumidores. Además, no es indispensable limitar el precio y la producción de los productos para conseguir las eficiencias derivadas del acceso de ambos competidores a las dos tecnologías alternativas.

3. **Definición del mercado**

17. El planteamiento que sigue la Comisión para definir el mercado de referencia está expuesto en sus Directrices sobre la definición del mercado ([16]). Estas Directrices solamente abordan los aspectos de la definición del mercado que son de especial importancia en el ámbito de las licencias de tecnología.

18. La tecnología es un insumo que se integra en un producto o en un proceso de producción. Por lo tanto, las licencias de tecnología pueden afectar a la competencia tanto en los mercados de insumos como en los mercados de producción. Un acuerdo entre dos partes que venden productos competidores y por el que se conceden licencias cruzadas de tecnologías utilizadas para fabricar tales productos puede restringir la competencia en el mercado de productos de referencia. También puede restringir la competencia en el mercado tecnológico y posiblemente también en otros mercados de insumos. Por lo tanto, para evaluar los efectos competitivos de los acuerdos de licencia puede ser necesario definir mercados de bienes y servicios de referencia (mercados de productos) y mercados tecnológicos ([17]). El término «mercado de productos» utilizado en el artículo 3 del RECATT se refiere a los mercados de bienes y servicios de referencia tanto en su dimensión geográfica como de productos. Como se desprende claramente de la letra h) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT, este término se utiliza tan solo para distinguir los mercados de bienes y servicios de referencia de los mercados tecnológicos de referencia.

19. Los mercados de productos comprenden los productos finales e intermedios que incorporan la tecnología licenciada y sus substitutos.

20. Los mercados tecnológicos consisten en la tecnología licenciada y sus substitutos, es decir, otras tecnologías que los clientes pueden utilizar como substitutos. La metodología que se aplica para definir los mercados tecnológicos se inspira en los mismos principios que se siguen para definir el mercado de productos. Partiendo de la tecnología comercializada por las partes, hay que determinar qué otras tecnologías alternativas podrían utilizar los clientes en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, esto es, de los cánones.

21. Una vez definidos los mercados de referencia, pueden asignarse cuotas de mercado a las diversas fuentes de competencia del mercado, cuotas que servirán de indicador de la fortaleza relativa de los operadores del mercado. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte que le corresponde a cada tecnología del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Otro método alternativo, que se usa en el apartado 3 del artículo 3 del RECATT, consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporen la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes. Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología licenciada. Al tener en cuenta tecnologías utilizadas (sólo) para producción interna, el apartado 3 del artículo 3 se desvía de la práctica habitual ([18]). Sin embargo, en el caso de los mercados tecnológicos el planteamiento del apartado 3 del artículo 3 está justificado. Este planteamiento es, en general, un buen indicador de la posición de mercado de la tecnología. Primero, porque refleja la competencia potencial de las empresas que fabrican con su propia tecnología y que probablemente decidirían conceder licencias sobre la misma de producirse un aumento pequeño pero permanente en el precio de las licencias. En segundo lugar, porque incluso cuando es poco probable que otros titulares de tecnologías decidan conceder licencias, el licenciante no tiene forzosamente poder de mercado en el mercado tecnológico, ni siquiera si su cuota de ingresos procedentes de cánones es elevada. Si el mercado de productos descendente es competitivo, la competencia existente en ese nivel puede restringir el margen de maniobra del licenciante. Un incremento de los cánones repercute en los costes del licenciatario, haciéndolo menos competitivo, lo que le hace perder ventas. La cuota de mercado de la tecnología en el mercado de productos también refleja este elemento y, por consiguiente, suele ser un buen indicador del poder de mercado de licenciante. En casos individuales que no pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del RECATT puede ser necesario, sin embargo, aplicar ambos planteamientos para evaluar exactamente la posición de mercado del licenciante.

22. Algunos acuerdos de licencia pueden afectar a la innovación. Para analizar estos efectos, en principio la Comisión se limitará, no obstante, a examinar el impacto del acuerdo sobre la competencia en los mercados de productos y tecnologías existentes ([19]). La competencia en tales mercados existentes puede verse afectada por acuerdos que retrasen la introducción de productos mejorados o nuevos llamados a reemplazar a los existentes. En estos casos la innovación es una fuente de competencia potencial que hay que tener en cuenta al evaluar el impacto del acuerdo sobre los mercados de productos y tecnologías. En un número limitado de casos puede, no obstante, resultar útil y necesario definir los mercados de innovación. Así ocurre especialmente cuando el acuerdo afecta a la innovación orientada a la creación de nuevos productos y cuando es posible determinar en una fase inicial los polos de investigación y desarrollo ([20]). En estos casos puede analizarse si tras el acuerdo habrá un número suficiente de polos de investigación y desarrollo competidores para que se mantenga la competencia efectiva en materia de innovación.

4. **La distinción entre competidores y no competidores**

23. En general los acuerdos entre competidores encierran un mayor peligro para la competencia en el mercado que los acuerdos entre no competidores. Sin embargo, la competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología (competencia intratecnología) constituye un complemento importante de la competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras (competencia intertecnologías). Así, por ejemplo, la competencia intratecnología puede desembocar en unos precios más bajos para los productos que incorporan la tecnología en cuestión, que no sólo pueden generar beneficios directos e inmediatos para los consumidores de estos productos, sino que además estimulan aún más la competencia entre las empresas que utilizan tecnologías competidoras. En el contexto de las licencias, también hay que tener en cuenta que los licenciatarios venden su propio producto; no revenden un producto que les suministra otra empresa. Puede haber, pues, un mayor margen para la diferenciación de los productos y la competencia en calidad entre los licenciatarios que en el caso de los acuerdos verticales de reventa de productos.

24. Para conocer la relación competitiva existente entre las partes, hay que determinar si habrían sido competidores reales o potenciales de no haberse celebrado el acuerdo. Si las partes no hubiesen sido competidores reales o potenciales en ningún mercado de referencia sin el acuerdo, se considera que no son competidores. Si en cambio el licenciante y el licenciatario están activos en el mismo mercado de productos o en el mismo mercado tecnológico, son competidores efectivos en el mercado de referencia. Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado de productos si, de no existir el acuerdo, probablemente hubieran acometido la inversión adicional necesaria para entrar en el mercado de referencia en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de los productos. Por ejemplo, es probable que se considere que las partes son competidores potenciales en el mercado de productos si el licenciatario produce con su propia tecnología en un mercado geográfico y comienza a producir en otro mercado geográfico con otra tecnología competidora. En tales circunstancias, el licenciatario probablemente hubiese podido entrar en el segundo mercado geográfico con su propia tecnología, salvo que mediasen factores objetivos que lo impidiesen. Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado tecnológico cuando poseen tecnologías substituibles incluso si el licenciatario no ha concedido licencias sobre su propia tecnología, siempre y cuando probablemente lo hubiera hecho en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de la tecnología.

25. Si las partes poseen tecnologías que están en una posición unilateral o bilateral de bloqueo se considera que no son competidores en el mercado tecnológico. Hay posición unilateral de bloqueo cuando una tecnología no puede aprovecharse sin que ello constituya una infracción de otra tecnología. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una patente cubre una mejora de una tecnología cubierta por otra patente. La patente de mejora de la tecnología no puede ser explotada si antes el titular no obtiene una licencia sobre la patente básica. Se da una posición bilateral de bloqueo cuando no se puede explotar ninguna de las dos tecnologías sin que ello constituya una infracción de la otra, por lo que los titulares tienen que concederse una licencia o una autorización mutuamente. Para determinar si existe posición de bloqueo, la Comisión se basará en factores objetivos y no tomará en consideración la opinión subjetiva de las partes. La Comisión entiende que los titulares de tecnologías substituibles desde un punto de vista técnico son competidores potenciales en el mercado tecnológico, a menos que las partes presenten pruebas convincentes de la existencia de una posición de bloqueo. Las pruebas tendrán que ser especialmente convincentes en el caso de alegarse posición bilateral de bloqueo y tendrán que consistir en resoluciones judiciales definitivas y dictámenes de expertos independientes. En este último caso, la Comisión prestará especial atención al método de selección del experto.

26. En algunos casos también es posible concluir que, si bien el licenciante y el licenciatario fabrican productos competidores, no son competidores en el mercado de productos de referencia ni en el mercado tecnológico de referencia porque la tecnología objeto de la licencia representa una innovación tan radical que la tecnología del licenciatario ha quedado obsoleta o no resulta competitiva. En estos casos, la tecnología del licenciante crea un mercado nuevo o excluye del mercado la tecnología del licenciatario. Pero, con frecuencia, no es posible llegar a esta conclusión en el momento en que se celebra el acuerdo. Generalmente hasta que la tecnología o los productos que la incorporan no llevan algún tiempo a disposición de los consumidores no se hace patente si la tecnología más antigua ha quedado obsoleta o ha dejado de ser competitiva. Por ejemplo, cuando se desarrolló la tecnología de los CD y se comercializaron los lectores de CD y los CD, no era obvio que esta nueva tecnología fuese a reemplazar la tecnología de los LP. Pasaron varios años antes de que quedase claro. Por lo tanto, se considerará que las partes son competidores si en el momento de celebrarse el acuerdo no es evidente que la tecnología del licenciatario haya quedado obsoleta o no sea competitiva. Sin embargo, como los apartados 1 y 3 del artículo 81 deben aplicarse a la luz del contexto real en que se celebra el acuerdo, la evaluación es sensible a los cambios sustanciales en los hechos. La clasificación de la relación entre las partes cambiará si más adelante la tecnología del licenciatario deviene obsoleta o deja de ser competitiva en el mercado.

III. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

1. Efectos de la exención por categorías

27. Los acuerdos de transferencia de tecnología que cumplen los requisitos establecidos en el RECATT se benefician de una exención por categorías de la prohibición del apartado 1 del artículo 81. Los acuerdos exentos por categorías son válidos y aplicables legalmente. Sólo pueden prohibirse de cara al futuro y ello previa retirada formal de la exención por categorías por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia. Estos acuerdos no pueden ser declarados inválidos por motivos de competencia por los tribunales nacionales con ocasión de una demanda interpuesta por un particular.

28. La exención de determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología restrictivos se basa en la presunción de que estos acuerdos cumplen las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Se presupone, pues, que estos acuerdos generan eficiencias económicas, que las restricciones que contienen son indispensables para alcanzar estas eficiencias, que se reserva a los consumidores de los mercados afectados una participación equitativa en los incrementos de eficiencia y que los acuerdos no ofrecen a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Los umbrales fijados para las cuotas de mercado (artículo 3), la lista de restricciones especialmente graves (artículo 4) y las condiciones (artículo 5) persiguen garantizar que los acuerdos solamente se beneficien de la exención por categorías si se puede presumir con suficiente seguridad que cumplen las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81.

29. La mayoría de los acuerdos de transferencia de tecnología no son restrictivos en el sentido del apartado 1 del artículo 81. En ciertos casos, algunos de los cuales se mencionan en la Sección IV de la presente, los acuerdos de licencia no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 8 porque no restringen la competencia en absoluto o porque la restricción es insignificante ([21]). En la medida en que de todos modos estos acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del RECATT, no es necesario determinar si están sujetos al apartado 1 del artículo 81 ([22]).

30. Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías resulta importante examinar si en el caso individual de que se trate el acuerdo está sujeto a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 y, en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho artículo. No se presume que los acuerdos de transferencia de tecnología que no están cubiertos por la exención por categorías son incompatibles con el artículo 81. En particular, no hay presunción de ilegalidad por el mero hecho de que las cuotas de mercado de las partes excedan de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3 del RECATT. Tales acuerdos pueden no ser restrictivos y, si lo son, puede que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. La no aplicación de la exención por categorías simplemente implica que se ha de proceder a una evaluación individual. Solamente cuando los acuerdos contienen restricciones especialmente graves de la competencia cabe presumir, en principio, que están prohibidos por el artículo 81.

2. **Ámbito de aplicación y duración del Reglamento de exención por categorías**

2.1. *Acuerdos entre dos partes*

31. Con arreglo al apartado 1 de su artículo 2, el RECATT es aplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología «entre dos empresas». Los acuerdos de transferencia de tecnología entre más de dos empresas no están cubiertos por el RECATT. El factor determinante para distinguir entre acuerdos bilaterales y multilaterales es si el acuerdo lo concluyen más de dos partes.

32. Los acuerdos concluidos por dos partes entran dentro del ámbito de aplicación del RECATT aunque impongan condiciones para más de un nivel comercial. Por ejemplo, el RECATT es aplicable a un acuerdo de licencia que se refiera no sólo con la fase de producción sino también a la de distribución que especifique las obligaciones que el licenciatario debe o puede imponer a los revendedores de los productos fabricados al amparo de la licencia ([23]).

33. Los acuerdos de licencia entre más de dos empresas con frecuencia suscitan las mismas cuestiones que los acuerdos de licencia de la misma naturaleza concluidos entre dos partes. En su evaluación individual de los acuerdos de licencia de la misma naturaleza que los cubiertos por la exención por categorías pero celebrados por más de dos partes, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT. En principio, los acuerdos entre más de dos empresas que habrían quedado eximidos de haber sido celebrados por tan solo dos empresas se tratarán de la misma manera que si estuvieran cubiertos por la exención por categorías.

2.2. *Acuerdos de fabricación o suministro de productos contractuales*

34. Del artículo 2 se desprende que, para que los acuerdos de licencia estén cubiertos por el RECATT, deben tener por objeto «la fabricación o suministro de los productos contractuales», es decir, de productos que incorporen la tecnología licenciada o sean producidos con ella. El RECATT no cubre los consorcios tecnológicos. El concepto de consorcio tecnológico abarca los acuerdos por los que dos o más partes deciden compartir sus tecnologías y conceder licencias globales sobre las mismas. También incluye los acuerdos por los que dos o más empresas conceden una licencia a un tercero y le autorizan a conceder licencias sobre el paquete de tecnologías. De los consorcios tecnológicos se trata en la sección IV.4. De manera similar, el RECATT no es aplicable a los acuerdos por los que el licenciatario es autorizado por el licenciante a conceder licencias a terceros (sublicencias) para la explotación de su tecnología. Sin embargo, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT y las presentes Directrices a estos acuerdos de «licencia principal». Los acuerdos entre el licenciatario y los sublicenciatarios están cubiertos por el RECATT.

35. El RECATT no es aplicable a los acuerdos de licencia, acuerdos de licencia cruzada inclusive, cuya finalidad es evitar que una parte invoque sus derechos de propiedad intelectual para impedir a la otra explotar su propias tecnologías (acuerdos de renuncia). Como tampoco es aplicable a los acuerdos cuya única finalidad es la resolución de los conflictos que surgen cuando los derechos de propiedad intelectual de una parte infringen los derechos de propiedad intelectual de la otra y viceversa (acuerdos de resolución de conflictos). En ninguno de los dos casos tienen por objeto los acuerdos la fabricación o suministro de productos contractuales. De este tipo de acuerdos se ocupa la Sección IV.3.

36. El término «productos contractuales» se refiere a los productos fabricados o los servicios prestados con la tecnología objeto de la licencia. Los productos son, pues, contractuales si la tecnología licenciada se utiliza en el proceso de producción o si se incorpora al propio producto. En las presentes Directrices, los términos «productos que incorporan la tecnología licenciada» cubren ambas situaciones. El RECATT se aplica en todos los casos en que la tecnología se cede mediante licencia para producir bienes y servicios, incluso en caso de subcontratación por el licenciante ([24]).

37. La subcontratación es un acuerdo por el que el licenciante cede tecnología mediante licencia al licenciatario, que se obliga a fabricar determinados productos únicamente para el licenciante con dicha tecnología. La subcontratación también puede conllevar el suministro por el licenciante de equipos destinados a la producción de los bienes y servicios cubiertos por el acuerdo. Para que este último tipo de subcontratación esté cubierto por el RECATT, la tecnología licenciada, y no el equipo suministrado, deben constituir el objeto principal del acuerdo.

38. En principio, los acuerdos de subcontratación no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si la tecnología licenciada o el equipo suministrado son necesarios para producir los bienes y servicios cubiertos por el acuerdo. El mero hecho de que una empresa externalice la producción encomendándosela a otra empresa y exija al subcontratista que utilice la tecnología objeto de la licencia únicamente para producir los bienes y servicios previstos en el acuerdo y que le suministre dichos bienes y servicios solamente a él, no es en sí restrictivo de la competencia. La obligación de suministro exclusivo es inherente a la subcontratación y no constituye una restricción de la clientela a efectos del RECATT. Se da por superada la prueba de la indispensabilidad si se comprueba que en ausencia del acuerdo el subcontratista no habría podido fabricar un producto de las características exigidas por el licenciante.

39. Ahora bien, el apartado 1 del artículo 81 sí es aplicable a los acuerdos de subcontratación que van más allá de la mera externalización descrita en el punto anterior. Estos acuerdos pueden plantear problemas de competencia si, por ejemplo, reducen la capacidad de innovación del subcontratista o los incentivos que éste tiene para innovar, si excluyen a terceros o si facilitan las prácticas colusorias en el mercado. Las limitaciones a la libertad del subcontratista de realizar actividades de investigación y desarrollo y las obligaciones de ceder perfeccionamientos o nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada se tratan de la misma manera que en el contexto de cualquier otro acuerdo de licencia. Lo mismo cabe decir de las obligaciones de inhibición de la competencia que prohíben al subcontratista tratar con terceros por lo que se refiere a productos que no se fabrican para el licenciante subcontratante o por lo que se refiere a tecnologías no licenciadas por él. Con todo, el mero hecho de que la producción sujeta al acuerdo absorba el grueso o la totalidad de la capacidad de producción del subcontratista no basta para concluir que el acuerdo tiene efectos de exclusión, siempre que no se impida al subcontratista ampliar su capacidad de producción.

40. Tal como se ha definido, la subcontratación no incluye los acuerdos de investigación y desarrollo por los que el licenciatario se obliga a llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo cubierto por la tecnología licenciada y a la retrocesión del paquete tecnológico mejorado al licenciante. El objeto principal de tales acuerdos es la prestación de servicios de investigación y desarrollo encaminados a mejorar la tecnología, y no la producción de bienes y servicios con la tecnología licenciada. Este tipo de acuerdos no entra dentro del ámbito de aplicación del RECATT y de las presentes Directrices.

41. De manera similar, el RECATT y estas Directrices tampoco abarcan los acuerdos por los que se licencia una tecnología con el fin de que el licenciatario pueda realizar actividades de investigación y desarrollo por su cuenta con vistas a una ulterior explotación. Por ejemplo, el RECATT y las presentes Directrices no cubren las licencias concedidas sobre instrumentos de investigación tecnológica utilizados para ulteriores actividades de investigación.

2.3. *El concepto de acuerdos de transferencia de tecnología*

42. El RECATT y estas Directrices tienen por objeto los acuerdos de transferencia de tecnología. Con arreglo a las letras b) y f) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT el concepto de «tecnología» comprende las patentes y las solicitudes de patentes, los modelos de utilidad y las solicitudes de registro de modelo de utilidad, los dibujos, los certificados sobre obtenciones vegetales, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales pueden obtenerse dichos certificados, los derechos de autor de programas informáticos y los conocimientos técnicos.

43. Los conocimientos técnicos se definen en la letra g) del apartado 1 del artículo 1 como un conjunto de información práctica no patentada derivada de pruebas y experiencias, que es secreta, sustancial y determinada. «Secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles. «Sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen la información imprescindible para la fabricación o suministro de los productos cubiertos por el acuerdo de licencia o la aplicación del proceso cubierto por el acuerdo de licencia. «Determinada» significa que los conocimientos técnicos deben estar descritos de manera suficientemente exhaustiva, de manera que se pueda verificar si se ajustan a los criterios de secreto y substancialidad.

44. El concepto de «transferencia» implica que la tecnología debe pasar de una empresa a otra. Estas transferencias suelen realizarse por medio de licencias por las que el licenciante otorga al licenciatario el derecho a utilizar su tecnología exigiendo como contraprestación el pago de un canon. También pueden adoptar la forma de una sublicencia por la que el licenciatario, previa autorización del licenciante, concede a terceros (sublicenciatarios) licencias de explotación de la tecnología. Ahora bien, en caso de concesión de sublicencias el acuerdo entre el licenciante y el licenciatario no está cubierto por el RECATT ya que la licencia no se concede con vistas a la producción de bienes y servicios con la tecnología licenciada (cf. punto 34).

45. Con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT, el Reglamento también cubre los acuerdos de cesión de tecnología, siempre que el riesgo asociado con la explotación de la tecnología sea asumido por el cedente. Así ocurre cuando el importe pagadero como contraprestación de la cesión depende del volumen de negocios realizado por el licenciatario con los productos fabricados o suministrados con la tecnología cedida, del volumen de producción o del número de operaciones realizadas utilizando la tecnología. Estas cesiones se asemejan, en su funcionamiento, a un acuerdo de licencia tradicional. Una característica común de los acuerdos de licencia es que el importe pagadero al licenciante depende del uso que haga el licenciatario de la tecnología licenciada. Los demás tipos de cesión no están cubiertos por el RECATT.

46. El RECATT solamente es aplicable a los acuerdos que tienen por objeto principal la transferencia de tecnología, no la compra de bienes y servicios o la licencia de otros tipos de propiedad intelectual. Los acuerdos que contienen cláusulas relativas a la compra y venta de productos solamente están cubiertos por el RECATT en la medida en que tales cláusulas no constituyan el objeto primordial del acuerdo y estén directamente relacionadas con la aplicación de la tecnología licenciada. Es lo que ocurre generalmente cuando los productos vinculados son maquinaria o insumos de procesos diseñados especialmente para incorporar la tecnología licenciada o hacer un uso eficaz de la misma. En cambio, si el producto es simplemente otro insumo del producto final, hay que examinar detenidamente si la tecnología licenciada constituye el objeto primordial del acuerdo. Así, por ejemplo, si el licenciatario ya fabrica un producto final con otra tecnología, la licencia debe traducirse en una mejora significativa del proceso de producción del licenciatario, de un valor superior al del producto comprado al licenciante. El requisito de que los productos vinculados estén directamente relacionados con la licencia de tecnología implica que el RECATT no cubre la compra de productos que no tengan relación alguna con los productos que incorporan la tecnología licenciada. Es el caso, por ejemplo, cuando el producto vinculado no está destinado a ser utilizado con el producto licenciado, sino que está relacionado con una actividad que tiene lugar en otro mercado de productos distinto.

47. El RECATT solamente cubre la concesión de licencias de otros tipos de propiedad intelectual, como marcas y derechos de autor distintos de los derechos de autor de programas informáticos, en la medida en que estén directamente relacionados con la explotación de la tecnología licenciada y no constituyan el objeto primordial del acuerdo. Esta condición garantiza que los acuerdos que tienen por objeto otros tipos de derechos de propiedad intelectual solamente estén cubiertos por la exención por categorías si estos derechos de propiedad intelectual sirven para que el licenciatario explote mejor la tecnología licenciada. El licenciante puede, por ejemplo, autorizar al licenciante a utilizar su marca en los productos que incorporan la tecnología licenciada. La licencia de marca puede ayudar al licenciatario a explotar mejor la tecnología licenciada al hacer posible que los consumidores asocien inmediatamente el producto con las características que le confiere la tecnología licenciada. Una obligación consistente en que el licenciatario tenga que utilizar la marca del licenciante también puede contribuir a la difusión de la tecnología al permitir que el licenciante sea identificado con la fuente de la tecnología. Sin embargo, si el valor que tiene la tecnología licenciada para el licenciatario es limitado porque ya utiliza una tecnología idéntica o muy similar y el objeto principal del acuerdo es la marca, no cabe aplicar el RECATT ([25]).

48. Las licencias de derechos de autor para la reproducción y distribución de obras protegidas, es decir, la producción de copias para su reventa, se consideran asimilables a las licencias de tecnología. Como estos acuerdos de licencia tienen por objeto la producción y venta de productos con un derecho de propiedad intelectual, se considera que son de la misma naturaleza que los acuerdos de transferencia de tecnología y normalmente plantean problemas similares. Por lo tanto, por regla general, la Comisión aplicará los principios expuestos en el RECATT y estas Directrices para evaluar a la luz del artículo 81 este tipo de acuerdos de licencia de derechos de autor.

49. En cambio, las licencias de derechos de interpretación y de otros derechos relacionados con derechos de autor plantean problemas específicos y puede resultar inapropiado evaluarlas con arreglo a los principios expuestos en estas Directrices. En el caso de los diversos derechos relacionados con las interpretaciones lo que genera valor no es la producción y venta de copias de un producto, sino cada interpretación de la obra protegida. Tal explotación puede adoptar diversas formas, como la interpretación, proyección o alquiler de material protegido, como películas, música o acontecimientos deportivos. A la hora de aplicar el artículo 81 se han de tener en cuenta las particularidades de la obra y el modo en que se explota ([26]). Por consiguiente, la Comisión no aplicará por analogía el RECATT y las presentes Directrices a los acuerdos de licencia de estos derechos.

50. Como tampoco hará extensivos los principios expuestos en el RECATT y estas Directrices a los acuerdos de licencia de marca. Los acuerdos de licencia de marca se dan con frecuencia en el contexto de la distribución y reventa de bienes y servicios y generalmente son más afines a los acuerdos de distribución que a los de licencia de tecnología. Cuando una licencia de marca está directamente relacionada con el uso, venta o reventa de bienes y servicios y no constituye el objeto primordial del acuerdo, el acuerdo de licencia está cubierto por el Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ([27]).

2.4. *Duración*

51. La exención por categorías es aplicable mientras el derecho de propiedad objeto de la licencia no haya expirado o no haya sido declarado inválido. En el caso de los conocimientos técnicos, la exención por categorías es aplicable mientras los conocimientos técnicos objeto de la licencia sigan siendo secretos, salvo que los conocimientos técnicos pasen a ser de dominio público por causa imputable al licenciatario, en cuyo caso la exención se aplicará mientras dure el acuerdo (cf. apartado 1 del artículo 2 del RECATT).

52. La exención por categorías se aplica a todos los derechos de propiedad cubiertos por el acuerdo y deja de aplicarse en la fecha en que expire, deje de ser válido o pase a ser de dominio público el último derecho de propiedad intelectual que constituya una «tecnología» en el sentido del RECATT (cf. punto 42).

53. Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías, la evaluación puede variar en función de la propiedad intelectual de que se trate y de si, por ejemplo, el acuerdo cubre una patente básica o un perfeccionamiento de una patente básica expirada.

2.5. *Relación con otros reglamentos de exención por categorías*

54. El RECATT abarca los acuerdos de licencia de tecnología entre dos partes con fines de fabricación o suministro de productos contractuales. Ahora bien, la tecnología también puede ser un elemento de otros tipos de acuerdos. Además, los productos que incorporan la tecnología licenciada se venden posteriormente en el mercado. Por consiguiente, es preciso abordar la cuestión de la interacción entre el RECATT y el Reglamento (CE) nº 2658/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización ([28]), el Reglamento (CE) nº 2659/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo ([29]), y el Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ([30]).

2.5.1. Los Reglamentos de exención por categorías de determinados acuerdos de especialización y de I+D

55. Con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CE) nº 2658/2000 sobre acuerdos de especialización, este Reglamento cubre, entre otros, los acuerdos de producción en común en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen a fabricar en común determinados productos. Este Reglamento también es aplicable a las cláusulas relativas a la cesión o uso de derechos de propiedad intelectual, siempre que no sean el objeto principal del acuerdo pero estén directamente relacionadas con él y sean necesarias para su aplicación.

56. Cuando las matrices de una empresa en participación de producción conceden a ésta una licencia de tecnología que utiliza en la elaboración de los productos que fabrica, la licencia está sujeta al Reglamento (CE) nº 2658/2000 y no al RECATT. Por consiguiente, las licencias concedidas en el contexto de una empresa en participación de producción normalmente se consideran sujetas al Reglamento (CE) nº 2658/2000. No obstante, si a su vez la empresa en participación concede a terceros licencias sobre dicha tecnología, la actividad no guarda relación con la producción de la empresa en participación y, por lo tanto, no está cubierta por ese Reglamento. Esos acuerdos de licencia, que agrupan las tecnologías de las partes, constituyen consorcios tecnológicos, de los que se ocupa la sección IV.4.

57. El Reglamento (CE) nº 2659/2000 sobre acuerdos de investigación y desarrollo cubre los acuerdos por los que dos o más empresas deciden realizar en común determinadas actividades de investigación y desarrollo y explotar en común los resultados. Con arreglo al apartado 11 del artículo 2, la investigación y desarrollo, o la explotación de los resultados, se llevan a cabo en común cuando las tareas correspondientes son realizadas por un equipo, una entidad o una empresa común, cuando son confiadas en común a un tercero o cuando son repartidas entre las partes en función de una especialización en la investigación, el desarrollo, incluida la concesión de licencias.

58. Por consiguiente, el Reglamento (CE) nº 2659/2000 cubre las licencias que se conceden las partes y las que éstas concedan a una entidad común en el contexto de un acuerdo de investigación y desarrollo. En el contexto de dicho acuerdo las partes también pueden fijar las condiciones para licenciar a terceros los resultados del acuerdo de investigación y desarrollo. No obstante, como los terceros licenciatarios no son parte del acuerdo de investigación y desarrollo, el acuerdo de licencia concluido con ellos no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 2659/2000. Tales acuerdos de licencia pueden acogerse a la exención por categorías si cumplen las condiciones establecidas en el RECATT.

2.5.2. El Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos verticales

59. El Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión sobre acuerdos verticales se aplica a los acuerdos suscritos por dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Así pues, cubre los acuerdos de suministro y distribución ([31]).

60. Habida cuenta de que el RECATT solamente cubre los acuerdos entre dos partes y dado que un licenciatario que venda productos que incorporan la tecnología licenciada es un proveedor a efectos del Reglamento (CE) nº 2790/1999, estos dos reglamentos de exención por categorías están estrechamente relacionados. El acuerdo entre el licenciante y el licenciatario está sujeto al RECATT mientras que los acuerdos entre un licenciatario y los compradores están sujetos al Reglamento (CE) nº 2790/1999 y a las Directrices sobre restricciones verticales ([32]).

61. El RECATT también exime los acuerdos entre el licenciante y el licenciatario cuando el acuerdo impone al licenciatario obligaciones relativas al modo de comercialización de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Concretamente, puede obligarse al licenciatario a establecer cierto tipo de sistema de distribución, como la distribución exclusiva o selectiva. Sin embargo, los acuerdos de distribución que se celebran para dar cumplimiento a estas obligaciones deben cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento (CE) nº 2790/1999 para quedar eximidos. Por ejemplo, el licenciante puede obligar al licenciatario a establecer un sistema basado en la distribución exclusiva según ciertas reglas. Sin embargo, de la letra b) del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento (CE) nº 2790/1999 se desprende que los distribuidores deben poder hacer libremente ventas pasivas en el territorio de otros distribuidores exclusivos.

62. Además, en principio los distribuidores deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente en los territorios cubiertos por los sistemas de distribución de los otros licenciatarios que produzcan sus propios productos con la tecnología licenciada. A efectos del Reglamento (CE) nº 2790/1999 cada licenciatario es un proveedor distinto. Sin embargo, los argumentos que justifican la exención por categorías prevista en ese Reglamento también pueden ser válidos cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada son vendidos por los licenciatarios con una marca común perteneciente al licenciante. Cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada se venden con una identidad de marca común puede haber las mismas razones de eficiencia para aplicar los mismos tipos de restricciones entre los sistemas de distribución de los licenciatarios que en un único sistema vertical de distribución. En estos casos lo más probable es que la Comisión no plantee objeciones a las restricciones si se cumplen por analogía los requisitos del Reglamento (CE) nº 2790/1999. Para que medie una identidad de marca común, los productos deben venderse y comercializarse con una marca común que sea predominante en lo tocante a facilitar al consumidor información sobre la calidad y otros datos pertinentes. No basta con que además de las marcas de los licenciatarios el producto lleve la marca del licenciante identificándolo como la fuente de la tecnología licenciada.

3. **La salvaguardia regulatoria creada por el Reglamento de exención por categorías**

63. En virtud del artículo 3 del RECATT, la exención por categorías de los acuerdos restrictivos está sujeta a umbrales de cuota de mercado que limitan el beneficio de la exención a los acuerdos de los que en general cabe presumir que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

64. El umbral aplicable varía según se trate de un acuerdo entre competidores o entre no competidores. A efectos del RECATT, las empresas son competidoras en el mercado tecnológico de referencia cuando conceden licencias de tecnologías competidoras a terceros. La competencia potencial en el mercado tecnológico no se tiene en cuenta a la hora de aplicar los umbrales de cuota de mercado. Fuera de la salvaguardia regulatoria la competencia potencial en el mercado tecnológico sí se tiene en cuenta y puede llevar a una recalificación de la relación competitiva entre las partes (véase el punto 24).

65. Dos empresas son competidoras respecto de los productos en cuestión si están activas en el mercado o mercados de productos de referencia y en el mercado o mercados geográficos de referencia en que se venden los productos que incorporan la tecnología licenciada (competidores efectivos). También se consideran competidores si hay motivos racionales para creer que, si se produjese un incremento pequeño y permanente de los precios relativos, acometerían las inversiones adicionales necesarias u otros costes de cambio necesarios para entrar en el mercado o mercados de productos de referencia y en el mercado o mercados geográficos de referencia (competidores potenciales).

66. De los puntos 64 y 65 se desprende que, a efectos del RECATT, dos empresas no son competidoras si el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial de productos en el mercado de referencia y el licenciatario, ya presente en el mercado de productos, no licencia una tecnología competidora, ni siquiera si es propietario de una tecnología competidora que utiliza para producir. Con todo, las partes pueden devenir competidoras si más adelante el licenciatario licencia su tecnología o el licenciante se convierte en un proveedor efectivo o potencial de productos en el mercado de referencia. Además, como se ha indicado en el punto 64, por encima del umbral de cuota de mercado se tiene en cuenta la competencia potencial en el mercado tecnológico.

67. En el caso de los acuerdos entre competidores, el umbral de cuota de mercado es del 20 % y en el caso de los acuerdos entre no competidores es del 30 % (cf. apartados 1 y 2 del artículo 3 del RECATT). Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia no son competidoras, el acuerdo está cubierto siempre que la cuota de mercado de cada una de las partes no exceda del 30 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia. Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia son competidoras, el acuerdo está cubierto siempre que la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia. Los umbrales de cuota de mercado se aplican tanto a los mercados tecnológicos como a los mercados de productos que incorporan la tecnología licenciada. Si se supera el umbral de cuota de mercado en algún mercado de referencia, la exención por categorías no es aplicable al acuerdo en ese mercado de referencia.

68. En el caso de los mercados tecnológicos, del apartado 3 del artículo 3 del RECATT se desprende que la cuota de mercado del licenciante debe calcularse teniendo en cuenta todas las ventas del licenciante, el licenciatario y otros licenciatarios de productos que incorporen la tecnología del licenciante, y ello para cada uno de los mercados de productos por separado ([33]). Si las partes son competidores en el mercado tecnológico, hay que sumar las ventas de productos que incorporen la tecnología del licenciatario y las ventas de los productos que incorporen la tecnología licenciada. En el caso de nuevas tecnologías que todavía no hayan generado ventas, se considera que la cuota de mercado es nula. A medida que se vayan produciendo las ventas, la tecnología irá acumulando cuota de mercado.

69. En el caso de los mercados de productos, la cuota de mercado del licenciatario se debe calcular tomando como referencia sus ventas de productos que incorporen la tecnología licenciada y de productos competidores, es decir, las ventas globales del licenciatario en el mercado de productos en cuestión. Si el licenciante también es proveedor de productos en el mercado de referencia, también hay que tener en cuenta sus ventas en el mercado de productos de referencia. No obstante, en el cálculo de las cuotas de mercado en el mercado de productos no se tienen en cuenta las ventas de otros licenciatarios a la hora de calcular la cuota de mercado del licenciatario y del licenciante.

70. Las cuotas de mercado deben calcularse partiendo del valor de las ventas, siempre que se disponga de estos datos. El valor de las ventas normalmente es un indicador más exacto de la posición que ocupa una tecnología que el volumen de ventas. Sin embargo, si no se dispone de datos en términos de valor, pueden utilizarse estimaciones basadas en otra información de mercado fiable, como el volumen de ventas.

71. Los principios que acaban de exponerse pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos.

Acuerdos de licencia entre no competidores

Primer ejemplo

La empresa A, que se especializa en el desarrollo de productos y técnicas biotecnológicos, desarrolla un nuevo producto llamado Xeran. A no puede fabricar Xeran industrialmente, porque no dispone de las instalaciones de producción y distribución necesarias para ello. La empresa B es uno de sus competidores y fabrica sus productos con tecnologías no protegidas que son de dominio público. En el año 0 B vende 25 millones de euros de productos fabricados con tecnologías de dominio público. En el año 1, A concede a B una licencia para la fabricación de Xeran. En ese año B vende 15 millones de euros con tecnologías de dominio público y 15 millones de euros de Xeran. En el año 2 y siguientes B sólo fabrica y vende Xeran, por un valor de 40 millones de euros anuales. En el año 1 A también concede una licencia a C. Hasta entonces C no estaba presente en ese mercado de productos. C sólo fabrica y vende Xeran, por un valor de 10 millones de euros en el año 1 y 15 millones de euros en el año 2 y siguientes. Se da por comprobado que el valor global del mercado de Xeran y sus sustitutos, en el que están activos B y C, es de 200 millones de euros anuales.

En el año 1, el año en que se concluye el acuerdo de licencia, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 0 %, ya que su cuota de mercado depende del volumen total de sus ventas de Xeran en el año anterior. En el año 2 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 12,5 %, porcentaje que refleja el valor del Xeran fabricado por B y C en el año 1. En el año 3 y siguientes la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 27,5 %, porcentaje que refleja el valor del Xeran fabricado por B y C el año anterior.

En el año 1 la cuota de mercado de B en el mercado tecnológico es del 12,5 %, porcentaje que refleja los 25 millones de euros de ventas de B en el año 0. En el año 2 la cuota de mercado de B es del 15 % al haber crecido sus ventas en el año 1 hasta alcanzar los 30 millones de euros. En el año 3 y siguientes la cuota de mercado de B es del 20 % porque su volumen de ventas anual es de 40 millones de euros. La cuota de mercado de C en el mercado de productos en cuestión es del 0 % en el año 1, del 1,5 % en el año 2 y del 7,5 % en adelante.

Como se trata de acuerdos entre no competidores y la cuota de mercado de A, B y C se mantiene todos los años por debajo del 30 %, los acuerdos se benefician de la salvaguardia regulatoria del RECATT.

Segundo ejemplo

La misma situación que en el primer ejemplo, pero ahora B y C operan en mercados geográficos diferentes. Se da por comprobado que el valor global del mercado de Xeran y sus sustitutos es de 100 millones de euros anuales.

En este caso hay que calcular la cuota de mercado de A en cada uno de los dos mercados geográficos. En el mercado en que está activa B la cuota de mercado de A depende de las ventas de Xeran de B. Como en este caso se asume que el valor total del mercado es de 100 millones de euros, esto es, la mitad que en el primer ejemplo, la cuota de mercado de A es del 0 % en el año 1, del 15 % en el año 2 y del 40 % en adelante. La cuota de mercado de B es del 25 % en el año 1, del 30 % en el año 2 y del 40 % en el año 3. En los años 1 y 2 ni la cuota de mercado de A ni la de B supera el umbral del 30 %. Pero si lo superan a partir del año 3, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 del RECATT, después del año 4 el acuerdo de licencia entre A y B ya no puede seguir beneficiándose de la salvaguardia regulatoria y tiene que ser objeto de una evaluación individual.

En el mercado en que está activa C la cuota de mercado de A depende de las ventas de Xeran de C. Dadas las ventas de C, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 0 % en el año 1, del 10 % en el año 2 y del 15 % en adelante. C tiene la misma cuota de mercado en el mercado tecnológico: 0 % en el año 1, 10 % en el año 2 y 15 % en adelante. Por consiguiente, el acuerdo de licencia entre A y C se beneficia de la salvaguardia regulatoria del RECATT durante todo el período considerado.

Acuerdos de licencia entre competidores

Primer ejemplo

Las empresas A y B están presentes en el mismo mercado de referencia con determinado producto químico. Cada una es titular de una patente sobre tecnologías diferentes con las que fabrican el producto en cuestión. En el año 1 A y B firman un acuerdo de licencia cruzada por el que cada una de las dos partes concede a la otra el derecho a utilizar su tecnología. En el año 0 A y B sólo utilizan su propia tecnología y A vende 15 millones de euros del producto y B vende 20 millones de euros del producto. A partir del año 1 ambas empresas utilizan su propia tecnología y la de la otra parte. A partir de ese año A vende 10 millones de euros del producto fabricado con su propia tecnología y 10 millones de euros del producto fabricado con la tecnología de B. Por su parte, a partir del año 1 B vende 15 millones de euros del producto fabricado con su propia tecnología y 10 millones de euros del producto fabricado con la tecnología de A. Se da por comprobado que el valor global del mercado del producto y sus sustitutos es de 100 millones de euros anuales.

Para evaluar el acuerdo de licencia a la luz del RECATT, hay que calcular las cuotas de mercado de A y B en el mercado tecnológico y en el mercado de productos. La cuota de mercado de A en el mercado tecnológico depende del valor de las ventas del año anterior del producto fabricado, tanto por A como por B, con la tecnología de A. Así pues, en el año 1 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 15 %, porcentaje que refleja su propia producción y las ventas de 15 millones de euros del año 0. A partir del año 2 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 20 %, porcentaje que refleja el valor de 20 millones de euros de las ventas del producto fabricado con la tecnología de A y producido y vendido por A y B (10 millones de euros cada una). De manera similar, en el año 1 la cuota de mercado de B en el mercado tecnológico es del 20 % y posteriormente del 25 %.

Las cuotas de mercado de A y B en el mercado de productos dependen de sus respectivas ventas del producto en el año anterior, independientemente de la tecnología utilizada. La cuota de mercado de A en el mercado de productos es del 15 % en el año 1 y del 20 % a continuación. La cuota de mercado de B en el mercado de productos es del 20 % en el año 1 y del 25 % a continuación.

Como se trata de un acuerdo entre competidores, su cuota de mercado combinada, tanto en el mercado tecnológico como en el mercado de productos, tiene que estar por debajo del umbral del 20 % para que el acuerdo pueda beneficiarse de la salvaguardia regulatoria. Está claro que no es así. La cuota de mercado combinada en el mercado tecnológico y en el mercado de productos es del 35 % en el año 1 y del 45 % en adelante. Por lo tanto, este acuerdo tendrá que ser objeto de una evaluación individual.

4. Restricciones de la competencia especialmente graves de conformidad con el Reglamento de exención por categorías

4.1. *Principios generales*

72. El artículo 4 del RECATT contiene una lista de restricciones especialmente graves de la competencia. La clasificación de una restricción como restricción especialmente grave de la competencia se basa en la naturaleza de la restricción y en la experiencia, que demuestra que tales restricciones casi siempre son anticompetitivas. Conforme a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios ([34]), una restricción especialmente grave puede ser consecuencia del objetivo manifiesto del acuerdo o de las circunstancias del caso (cf. punto 10). Puede ser necesario hacer un examen del contexto factual del acuerdo y de las circunstancias específicas en que se aplica para determinar si una restricción concreta constituye una restricción especialmente grave de la competencia.

73. Cuando un acuerdo de transferencia de tecnología contiene una restricción especialmente grave de la competencia, en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del RECATT todo él queda excluido del ámbito de aplicación de la exención por categorías. No hay disociabilidad tratándose de restricciones especialmente graves. Es más, la Comisión estima que, en el contexto de la evaluación individual, las restricciones especialmente graves de la competencia sólo cumplirán las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 en circunstancias excepcionales (cf. punto 16).

74. El artículo 4 del RECATT distingue los acuerdos entre competidores de los acuerdos entre no competidores.

4.2. *Acuerdos entre competidores*

75. El apartado 1 del artículo 4 contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en el caso de acuerdos entre competidores. Con arreglo a esta disposición, el RECATT no es aplicable a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

a) la restricción de la capacidad de las partes de determinar sus precios al vender productos a terceros;

b) la limitación de la producción o las ventas, con excepción de las limitaciones de la producción de productos que incorporen la tecnología licenciada impuestas al licenciatario en un acuerdo no recíproco;

c) la asignación de mercados o clientes, con excepción de

i) la obligación del licenciatario en un acuerdo no recíproco de explotar la tecnología licenciada solamente en uno o más sectores técnicos de aplicación o en uno o más mercados de productos, y

ii) el requisito de que el licenciatario fabrique o suministre los productos contractuales solamente para su propio uso, incluida la venta de los productos contractuales como recambios para sus productos;

d) la restricción de la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología o la restricción de la capacidad de las partes en el acuerdo de realizar actividades de investigación y desarrollo, a menos que esta última restricción sea imprescindible para impedir la divulgación a terceros de los conocimientos técnicos objeto de la licencia.

76. La restricción especialmente grave de la competencia expuesta en la letra a) del apartado 1 del artículo 4 se refiere a los acuerdos entre competidores que tienen por objeto la fijación de precios para productos vendidos a terceros. La fijación de precios entre competidores constituye una restricción de la competencia por su propio objeto. La fijación de precios puede adoptar la forma, por ejemplo, de un acuerdo directo sobre el precio exacto que debe aplicarse o sobre una lista de precios con ciertos descuentos máximos autorizados. También puede realizarse indirectamente, desincentivando las desviaciones del nivel de precios acordado, por ejemplo, previendo un aumento del nivel del canon en caso de reducción de los precios del producto por debajo de cierto nivel.

77. La fijación de precios también puede producirse en acuerdos entre partes que venden productos competidores cuando se conceden licencias cruzadas de tecnologías que se incorporan a esos productos. Cuando el canon se calcula en función de las ventas del producto, su cuantía tiene un impacto directo sobre el coste marginal del producto y, por lo tanto, influye directamente en los precios del producto ([35]). De ahí que los competidores puedan servirse de los cánones para coordinar los precios en los mercados de productos descendentes ([36]). Cuando los competidores concluyan un acuerdo de licencia cruzada y de pago recíproco de cánones basados en las ventas del producto final, la Comisión tratará el acuerdo como una práctica de fijación de precios si éste no da lugar a una integración significativa de tecnologías complementarias. En ausencia de tal integración, el acuerdo carece de toda finalidad procompetitiva y no constituye un auténtico acuerdo de licencia. Si el acuerdo constituye un auténtico acuerdo de licencia porque permite una integración significativa de tecnologías complementarias, en principio no estará sujeto a la letra a) del apartado 1 del artículo 4 y estará amparado por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. La Comisión sólo asimilará el acuerdo a una práctica de fijación de precios cuando las partes hayan tenido la posibilidad de adoptar fácilmente un sistema de pago menos restrictivo, como pagos a tanto alzado o pagos unilaterales de cánones netos, y cuando los cánones sean tan reducidos que no resulte probable que tengan una influencia significante sobre los precios.

78. La restricción especialmente grave a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4 también cubre los acuerdos en virtud de los cuales los cánones se calculan en función de las ventas totales de productos, independientemente de que se utilice o no la tecnología licenciada. Estos acuerdos también se encuadran en la letra d) del apartado 1 del artículo 4, según el cual no debe restringirse la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología (véase el punto 89). Estos acuerdos son restrictivos por naturaleza ya que aumentan el coste de utilización de la tecnología competidora del licenciatario y restringen la competencia que existía en ausencia del acuerdo ([37]). Esto es así tanto si los acuerdos son recíprocos como si no lo son. Con todo, excepcionalmente un acuerdo en virtud del cual los cánones se calculen en función de las ventas totales de los productos puede cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81 en casos individuales si hay factores objetivos que permiten concluir que la restricción resulta indispensable para la concesión de licencias procompetitivas. Así puede ocurrir si, sin la restricción, resulta imposible o excesivamente difícil calcular y controlar el canon que ha de abonar el licenciatario, por ejemplo, porque la tecnología del licenciante no deje rastro visible en el producto final y no haya otro método de control alternativo.

79. La restricción especialmente grave de la competencia contemplada en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 consiste en la limitación de la producción o de las ventas. Cuando los competidores pactan limitaciones recíprocas de la producción, el acuerdo equivale a un cartel. Lo mismo cabe decir de los acuerdos que reducen los incentivos que tienen las partes para ampliar su producción, por ejemplo, obligando a una de ellas a compensar a la otra si se supera cierto nivel de producción.

80. Las limitaciones cuantitativas impuestas al licenciatario por acuerdos no recíprocos no están cubiertas por la lista de restricciones especialmente graves de la competencia ni pueden acogerse a la exención por categorías [cf. letra b) del apartado 1 del artículo 4 y el apartado 2 del artículo 5 del RECATT]. A efectos de estos artículos, un acuerdo se considera no recíproco si un competidor obtiene una licencia de tecnología de otro competidor al que por su parte no concede una licencia sobre una tecnología competidora. A la inversa, una licencia es recíproca si el propietario de una tecnología concede una licencia sobre la misma a un competidor y obtiene de éste una licencia sobre una tecnología competidora ([38]). La exclusión de la lista de restricciones especialmente graves solamente cubre las limitaciones cuantitativas impuestas al licenciatario en un acuerdo no recíproco. Las restricciones de la libertad del licenciante para determinar el lugar de fabricación o venta, el volumen de producción o venta y el precio de venta están incluidas en la lista de restricciones especialmente graves. El trato más favorable de las limitaciones cuantitativas impuestas al licenciatario se basa en dos consideraciones: primero, el riesgo de que el acuerdo no sea un auténtico acuerdo de licencia es menor cuando la restricción solamente afecta al licenciatario. Cuando un licenciatario acepta una restricción unilateral, es probable que el acuerdo desemboque en una integración real de tecnologías complementarias o en una eficiencia que contribuya a una mayor integración de la tecnología más avanzada del licenciante con los activos productivos del licenciatario. En cambio, en los acuerdos recíprocos con limitaciones de la producción hay un riesgo considerable de que el objeto y el efecto del acuerdo sean reducir la producción y subir los precios. En segundo lugar, una restricción de la producción del licenciatario puede ser un incentivo necesario para que el licenciante decida ceder su tecnología. Sin embargo, si la tecnología licenciada no permite al licenciatario obtener eficiencias significativas de coste o de otro tipo, el acuerdo se tratará como una restricción especialmente grave, ya que es probable que restrinja la competencia que existía antes de su celebración sin tener una finalidad procompetitiva. La Comisión también examinará si la aplicación práctica del acuerdo impone al licenciante restricciones sobre sus actividades comerciales. En tal caso, el acuerdo es restrictivo por objeto y está sujeto a la lista de restricciones de la competencia especialmente graves.

81. La restricción de la competencia especialmente grave a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 4 consiste en la asignación de mercados o clientes. Los acuerdos por los que los competidores se reparten mercados y clientes, por ejemplo delimitando territorios o grupos exclusivos de clientes, tienen por objeto restringir la competencia. Las restricciones de esta naturaleza pueden adoptar la forma, por ejemplo, de acuerdos de licencia cruzada por los que a cada una de las partes se le otorga el derecho exclusivo a explotar la tecnología licenciada en un territorio concreto. También pueden adoptar la forma de una licencia no recíproca por la que se asigna un territorio exclusivo al licenciatario, mientras que el licenciante se reserva otro territorio. Aunque no conlleve restricciones explícitas o implícitas para el licenciante, el acuerdo se considera una restricción especialmente grave si la licencia restringe la libertad del licenciante de vender donde quiera y a quien quiera. Estas restricciones limitan la competencia existente antes del acuerdo. Además, no se consideran necesarias para favorecer la difusión de la tecnología. Este objetivo queda suficientemente protegido excluyendo las limitaciones no recíprocas de la producción del licenciatario y las restricciones de sector de aplicación impuestas al licenciatario del ámbito de aplicación de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 e incluyendo en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las obligaciones de pago de cánones. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 se aplica con independencia de que el licenciatario siga siendo libre de utilizar su propia tecnología. Una vez que el licenciatario se ha equipado para utilizar la tecnología del licenciante, puede resultarle costoso cambiar de tecnología. Además, dado el potencial anticompetitivo de la restricción, el licenciatario puede tener pocos incentivos para producir con su propia tecnología.

82. La restricción especialmente grave de la competencia a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 4 también cubre los acuerdos por los que el licenciante otorga una licencia por la que se obliga a no explotar la tecnología licenciada. Tal licencia implica que el licenciante abandona el mercado en el que las partes compiten y, por consiguiente, es una forma extrema de reparto del mercado. Por otro lado, la letra c) del apartado 1 del artículo 4 no se aplica a las licencias exclusivas por las que el licenciante se compromete a no conceder licencias a terceros en un territorio dado. Esta forma de exclusiva está cubierta por la exención por categorías y se trata en la sección IV.2.2.

83. Las restricciones de sector de aplicación ([39]) pueden entrañar una asignación de mercados y clientes, en cuyo caso están sujetas a la letra c) del apartado 1 del artículo 4. Cuando concurre una restricción de sector de aplicación la licencia está limitada a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 se aplica cuando los competidores se conceden licencias cruzadas de tecnologías competidoras e imponen restricciones de sector de aplicación recíprocas que abarcan mercado de productos o sectores técnicos de aplicación diferenciados. Por ejemplo, si A y B se conceden licencias cruzadas de tecnologías competidoras y A limita la licencia a un mercado de productos X y B limita su licencia al mercado de productos Y, el acuerdo equivale a un reparto de mercados de productos. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 también se aplica a las restricciones de sector de aplicación que imponen los acuerdos no recíprocos a los licenciantes, ya que tales restricciones equivalen a reservar mercados para los licenciatarios. Con todo, en ambos casos una restricción de esas características sólo es especialmente grave si abarca un mercado en el que las partes son competidores efectivos o pueden ser competidores potenciales. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 no se aplica a las restricciones de sector de aplicación que abarcan mercados en los que las partes no son competidores efectivos o potenciales. En tales casos, el acuerdo se trata de la misma manera que los acuerdos entre no competidores. Los acuerdos tampoco están sujetos a letra c) del apartado 1 del artículo 4 si la restricción es simétrica en el sentido de que ambas partes se obligan a explotar la licencia de tecnología exclusivamente en uno o más sectores de aplicación que son los mismos para las dos. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 no exige que en los acuerdos entre competidores el licenciatario sea libre de explotar la licencia de tecnología en todos los sectores de aplicación posibles. Por consiguiente, el hecho de que dos competidores se concedan licencias cruzadas para el mismo o los mismos sectores de aplicación no constituye una restricción especialmente grave.

84. A tenor del inciso i) de letra c) del apartado 1 del artículo 4, el hecho de imponer en un acuerdo no recíproco una restricción de sector de aplicación al licenciatario no constituye una restricción especialmente grave. El hecho de limitar la licencia a uno o más mercados de productos o a uno o más sectores técnicos de aplicación no equivale en si a repartirse los mercados, siempre que, con arreglo a lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del susodicho artículo, el licenciatario pueda utilizar libremente su propia tecnología competidora. En tal caso, no se puede presumir que la restricción de sector de aplicación vaya a forzar al licenciatario a retirarse de los mercados excluidos por la restricción.

85. El inciso ii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 contiene otra excepción: las restricciones de uso cautivo, es decir, las restricciones por las que el licenciatario únicamente puede producir los productos que incorporan la tecnología licenciada para su propio uso ([40]). Cuando el producto contractual es un componente, el licenciatario puede estar obligado a fabricar el componente solamente para incorporarlo en sus propios productos y a no venderlo a otros fabricantes. Con todo, el licenciatario debe ser libre de vender los componentes como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe ser libre de vendérselos a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Estas restricciones de uso cautivo pueden ser necesarias para favorecer la difusión de la tecnología, particularmente entre competidores, y están cubiertas por la exención por categorías. De estas restricciones también se ocupa la sección IV.2.5.

86. La restricción especialmente grave de la competencia de la letra d) del apartado 1 del artículo 4 cubre en primer lugar las restricciones de la libertad de las partes de realizar investigación y desarrollo. Ambas partes deben ser libres de realizar actividades de investigación y desarrollo independientes. Esta regla es válida tanto si la restricción se aplica a un ámbito cubierto por la licencia como a otros ámbitos. Sin embargo, no se aplica a las restricciones de la libertad de una de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo con terceros si la restricción es necesaria para proteger los conocimientos técnicos del licenciante del peligro de ser divulgados. Lo normal es que la condición exigida para la aplicación de esta excepción se cumpla cuando el tercero en cuestión sea un competidor potencial, real o probable del licenciante en el mercado tecnológico.

87. Con arreglo a la letra d) del apartado 1 del artículo 4, el licenciatario también debe poder usar libremente su propia tecnología competidora, siempre que al hacerlo no haga uso de la tecnología licenciada. Por lo que se refiere a su propia tecnología, el licenciante debe ser completamente libre de determinar el lugar de fabricación o venta, el volumen de producción o venta y el precio de venta. Tampoco puede estar obligado a pagar un canon por los productos que fabrica con su propia tecnología (cf. punto 78). Además, el licenciatario debe ser libre de licenciar su propia tecnología a terceros. Cuando se imponen restricciones de la libertad del licenciatario para utilizar su propia tecnología o realizar investigación y desarrollo, se reduce la competitividad de la tecnología del licenciatario, con lo cual se restringe la competencia en los mercados de productos y tecnologías existentes y se reducen los incentivos que tiene el licenciatario para invertir en el desarrollo y perfeccionamiento de su tecnología. La competencia en materia de innovación también se ve afectada cuando se restringe la capacidad del licenciante de realizar investigación y desarrollo.

4.3. *Acuerdos entre no competidores*

88. El apartado 2 del artículo 4 contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en caso de acuerdos entre no competidores. Con arreglo a esta disposición, el RECATT no es aplicable a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

a) la restricción de la capacidad de una de las partes de determinar sus precios al vender productos a terceros, sin perjuicio de la posibilidad de imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;

b) la restricción del territorio en el que el licenciatario puede vender los productos contractuales, o de los clientes a los que puede vendérselos, excepto:

i) la restricción de ventas en el territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado para ventas del licenciante;

ii) la restricción de ventas activas en el territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciatario;

iii) el requisito de que el licenciatario fabrique o suministre los productos contractuales solamente para su propio uso, incluida la venta de los productos contractuales como recambios para sus productos;

iv) la restricción de las ventas a usuarios finales por parte de un licenciante que opere en el nivel mayorista;

v) la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva;

c) la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por licenciatarios que sean miembros de un sistema de distribución selectiva y que operen en el comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado.

Se recuerda (cf. punto 31) que la exención por categorías también se aplica a los acuerdos de licencia por los que el licenciante impone obligaciones que el licenciatario debe o puede imponer a sus compradores, incluidos los distribuidores. Tales obligaciones no constituyen restricciones de reventa en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 del RECATT. Sin embargo, deben atenerse a las normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución. Como el RECATT sólo se aplica a los acuerdos entre dos partes, los acuerdos entre el licenciante y sus compradores que contengan este tipo de obligaciones no están cubiertos por el RECATT. Tales acuerdos solamente pueden acogerse a una exención por categorías si cumplen los requisitos establecidos en el Reglamento (CE) nº 2790/1999 (cf. sección 2.5.2).

89. La restricción especialmente grave de la competencia a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 4 consiste en la fijación de los precios de venta a terceros. Concretamente, esta disposición cubre las restricciones que tienen por objeto directo o indirecto la fijación de un precio de venta fijo o mínimo o de un nivel de precios fijo o mínimo al que deben atenerse el licenciante o el licenciatario al vender productos a terceros. Cuando los acuerdos fijan directamente el precio de venta, la restricción es inequívoca. Sin embargo, la fijación de precios de venta también puede producirse de manera indirecta. Un ejemplo de ello son los acuerdos que fijan el margen, que fijan el nivel máximo de descuento en un nivel de precios preestablecido, que vinculan el precio de reventa establecido a los precios de reventa de la competencia, las amenazas, la intimidación, las advertencias, las sanciones o las resoluciones de contrato relacionadas con el cumplimiento de determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijar los precios pueden ser más efectivos cuando se combinan con medidas para detectar las reducciones de precios, como la aplicación de un sistema de control de precios o la obligación de los licenciantes de comunicar las desviaciones de precios. De igual modo, la fijación directa o indirecta de los precios puede ganar en eficacia si se combina con medidas tendentes a disuadir al licenciatario de rebajar su precio de venta, como puede ser que el licenciante obligue al licenciatario a aplicar una cláusula de cliente preferente, es decir, le obligue a aplicar a determinado cliente cualquier condición preferente que aplique a otro cliente.

90. La restricción especialmente grave de la competencia establecida en la letra b) del apartado 2 del artículo 4 se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto la restricción de las ventas por los licenciatarios de productos que incorporen la tecnología licenciada. La letra b) del apartado 2 del artículo 4 no cubre las restricciones de las ventas del licenciante. Por lo tanto, están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado. Las restricciones de las ventas del licenciante pueden ser el resultado de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros licenciatarios. También pueden ser el resultado de medidas indirectas encaminadas a inducir al licenciatario a abstenerse de realizar tales ventas, como incentivos financieros y la aplicación de un sistema de control para verificar el destino efectivo de los productos licenciados. Con todo, hay varias excepciones importantes a esta restricción especialmente grave que cubre las ventas de los licenciatarios.

91. Las restricciones de las ventas activas y pasivas ([41]) de los licenciatarios a un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado al licenciante no son restricciones especialmente graves de la competencia (cf. el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4). De hecho, están cubiertas por la exención por categorías. Se presupone que hasta el umbral de cuota de mercado estas restricciones, si bien restringen la competencia, también favorecen la difusión procompetitiva de la tecnología y la integración de tal tecnología con los activos productivos del licenciatario.

92. Las restricciones de las ventas activas entre territorios o grupos de clientes asignados a distintos licenciatarios se benefician de la exención por categorías siempre que al licenciatario protegido se le haya concedido un territorio exclusivo o un grupo exclusivo de clientes (cf. inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4). La exención por categorías de las ventas activas se basa en la presunción de que estas restricciones favorecen la competencia en factores distintos al precio y una mayor calidad de los servicios al resolver los problemas de parasitismo ([42]). Cuando no se concede ningún territorio o grupo exclusivo de clientes, las restricciones de las ventas activas de otros licenciatarios entran dentro del ámbito de aplicación de la letra b) del apartado 2 del artículo 4.

93. Las restricciones de las ventas pasivas entre licenciatarios están incluidas en la lista de restricciones especialmente graves. Si entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 81. Concretamente, es improbable que estas restricciones sean indispensables para alcanzar eficiencias ([43]). Sin embargo, con frecuencia a las restricciones de las ventas pasivas (y activas) de otros licenciatarios en el territorio exclusivo de un licenciatario no se les aplica el apartado 1 del artículo 81 durante cierto período inicial tras la celebración del acuerdo. A menudo los licenciatarios tienen que hacer inversiones sustanciales en activos productivos y actividades promocionales para introducirse y crecer en un territorio nuevo. Todo nuevo licenciatario corre un riesgo considerable, habida cuenta sobre todo de que muchos de los gastos promocionales e inversiones en activos necesarios para producir con la tecnología en cuestión son irrecuperables en caso de retirada del mercado. Probablemente ningún licenciatario suscribiría un acuerdo de licencia que no le protegiese durante cierto tiempo de las ventas pasivas (y activas) de otros licenciatarios en su territorio exclusivo. De ahí que la Comisión considere que las restricciones de las ventas pasivas en el territorio exclusivo de un licenciante por otros licenciantes en principio no deben estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 por un período de dos años a partir de la fecha en la cual el producto que incorpora la tecnología licenciada es comercializado por primera vez por el licenciatario en cuestión.

94. El inciso iii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciatario está obligado a fabricar los productos que incorporan la tecnología licenciada solamente para su propio uso (cautivo). Así pues, cuando el producto contractual es un componente, el licenciatario puede estar obligado a utilizar el producto solamente para incorporarlo en sus propios productos y a no venderlo a otros fabricantes. Con todo, el licenciatario debe ser libre de vender los productos como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe poder vendérselos libremente a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Las restricciones de uso cautivo también se tratan en la sección IV.2.5.

95. El inciso iv) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías la obligación del licenciatario de no vender a usuarios finales, limitándose únicamente a vender a minoristas. Esta obligación permite al licenciante asignar al licenciatario la función de distribución al por mayor y en principio no está sujeta al apartado 1 del artículo 81 ([44]).

96. Finalmente, el inciso v) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciatario no puede vender a distribuidores no autorizados. Esta excepción permite al licenciante imponer a los licenciatarios la obligación de formar parte de un sistema de distribución selectiva. Con todo, en tal caso, con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 4, los licenciatarios deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente a los usuarios finales, sin perjuicio de la posibilidad de circunscribir al licenciatario a la función de mayorista, tal como está previsto en el inciso iv) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 (cf. el punto anterior).

5. **Condiciones contempladas en el Reglamento de exención por categorías**

97. El artículo 5 del RECATT enumera cinco tipos de restricciones que no están cubiertas por la exención por categorías y que, por consiguiente, han de ser objeto de una evaluación individual de sus efectos anticompetitivos y procompetitivos. Del artículo 5 se desprende que la inclusión en un acuerdo de licencia de una de las restricciones mencionadas en dichas disposiciones no obsta para la aplicación de la exención por categorías al resto del acuerdo. Solamente queda excluida de la exención por categorías la restricción en cuestión, por lo que será necesaria una evaluación individual. Por consiguiente, la regla de la disociabilidad es aplicable a las restricciones enumeradas en el artículo 5.

98. El apartado 1 del artículo 5 contiene las tres condiciones siguientes:

a) El licenciatario no debe estar obligado a conceder al licenciante o a un tercero designado por el licenciante una licencia exclusiva referente a sus propios perfeccionamientos independientes o a sus nuevas aplicaciones de la tecnología objeto de la licencia. Un perfeccionamiento se considera independiente cuando puede explotarse sin transgredir la tecnología licenciada o sin hacer uso de conocimientos técnicos objeto de una licencia.

b) El licenciatario no debe estar obligado a ceder en todo o en parte al licenciante o a un tercero designado por éste los derechos de los perfeccionamientos o de las nuevas aplicaciones de la tecnología objeto de la licencia.

c) El licenciatario debe ser libre de oponerse a la validez o impugnar el carácter secreto o sustancial de los derechos de propiedad intelectual que el licenciante ostenta en el mercado común. No obstante, si el licenciatario se opone a la validez de la tecnología licenciada, el licenciante tiene derecho en virtud del RECATT a rescindir el acuerdo de licencia.

El objetivo que persiguen las letras a), b) y c) del apartado 1 artículo 5 es evitar que la exención por categorías se aplique a acuerdos que puedan reducir los incentivos que tienen los licenciatarios para innovar.

99. Si se obliga al licenciatario a conceder al licenciante una licencia exclusiva referente a los perfeccionamientos independientes que aporte a la tecnología licenciada, lo más probable es que éste se muestre menos proclive a innovar, ya que tal obligación le impedirá explotar sus perfeccionamientos, entre otras maneras, concediendo licencias a terceros. Esto es así tanto si la mejora se refiere a la misma aplicación que la tecnología licenciada como si el licenciatario desarrolla nuevas aplicaciones de esa tecnología. Con arreglo a las letras a) y b) del artículo 5, la exención por categorías no es aplicable a este tipo de obligaciones. En cambio, sí es aplicable a las obligaciones de cesión no exclusiva de los derechos sobre perfeccionamientos o nuevas aplicaciones, incluso si estas obligaciones no son recíprocas, es decir, sólo afectan al licenciatario, y si el licenciante tiene derecho a revelar los perfeccionamientos a otros licenciatarios. Una obligación de cesión de los derechos sobre perfeccionamientos o nuevas aplicaciones puede favorecer la innovación y la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante decidir libremente en qué medida transfiere sus propios perfeccionamientos a sus licenciatarios. Una cláusula de este tipo también puede fomentar la difusión de la tecnología porque cada licenciatario sabe a la firma del contrato que estará en pie de igualdad con los demás licenciatarios en cuanto a la tecnología utilizada para fabricar. La exención por categorías también cubre las obligaciones de cesión exclusiva de los derechos sobre los perfeccionamientos no independientes. No obstante, estas obligaciones no están sujetas por lo general al apartado 1 del artículo 81 porque la mejora no puede explotarse independientemente de la tecnología licenciada.

100. La aplicación de las letras a) y b) del artículo 5 no depende de que el licenciante pague un precio de compra o un canon por la mejora o por una licencia exclusiva. Con todo, la existencia o no de tales pagos es un factor que hay que tener en cuenta en una evaluación individual a la luz del artículo 81. Cuando la cesión de los derechos sobre los perfeccionamientos no es gratuita, hay menos probabilidades de que la obligación suponga un freno a la innovación.

101. A la hora de evaluar las obligaciones de cesión de los derechos sobre los perfeccionamientos que no están amparadas por la exención por categorías, la posición de mercado del licenciante en el mercado tecnológico también es un factor que hay que tener presente. Cuanto más sólida sea la posición del licenciante, más probabilidades habrá de que estas obligaciones tengan efectos restrictivos sobre la competencia en innovación. Cuanto más sólida sea la posición de la tecnología del licenciante, mayores serán las probabilidades de que el licenciatario se convierta en una importante fuente de innovación y competencia. El impacto de estas obligaciones también puede verse intensificado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia. Cuando las tecnologías disponibles están controladas por un número limitado de licenciantes que imponen obligaciones de cesión de los derechos sobre los perfeccionamientos a los licenciatarios, hay un mayor riesgo de que estas obligaciones tengan efectos anticompetitivos que cuando hay varias tecnologías y solamente algunas de ellas son objeto de licencias que imponen dicha cesión.

102. El riesgo de que la innovación se vea afectada es mayor en el caso de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores que no sólo contienen una obligación de cesión al licenciante de los derechos sobre los perfeccionamientos, sino que también obligan a los licenciantes a compartir con la otra parte los perfeccionamientos de su tecnología. La obligación de compartir todas los perfeccionamientos impide a ambos competidores adquirir una ventaja competitiva sobre su rival.

103. La condición a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 5 tiene por objeto las cláusulas de no oposición, es decir, las obligaciones de no oponerse a la validez de la propiedad intelectual del licenciante. El motivo para excluir tales restricciones de la exención por categorías es que normalmente son los licenciatarios quienes están en mejor situación para determinar si efectivamente un derecho de propiedad intelectual es inválido. En aras de una competencia sin falseamientos y en consonancia con los principios sobre los que descansa la protección de la propiedad intelectual, los derechos de propiedad intelectual inválidos deben ser suprimidos. La propiedad intelectual inválida frena la innovación en vez de promoverla. Es probable que el apartado 1 del artículo 81 se aplique a las cláusulas de no oposición cuando la tecnología licenciada es valiosa y, por lo tanto, coloca en una posición de desventaja competitiva a las empresas a las que se impide utilizarla o que sólo pueden hacerlo pagando un canon ([45]). En estos casos es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81, salvo que la obligación de no oposición se imponga en el contexto de un acuerdo alcanzado para resolver un conflicto sobre patentes.

104. Con todo, el RECATT prevé la posibilidad de que el licenciante rescinda el acuerdo de licencia en caso de que el licenciatario se oponga a la validez de la tecnología licenciada. Por consiguiente, no se obliga al licenciante a mantener una relación comercial con un licenciatario que se haya opuesto al objeto mismo del acuerdo de licencia, lo que significa que una vez rescindido el acuerdo si el licenciante sigue utilizando la tecnología impugnada, lo hace por su cuenta y riesgo. La letra c) del apartado 1 del artículo 5 garantiza, no obstante, que el RECATT no cubre las obligaciones contractuales que obligan al licenciatario a no oponerse a la tecnología licenciada, al amparo de las cuales el licenciante podría demandar al licenciatario por incumplimiento de contrato, con lo que el licenciatario tendría un motivo más para no oponerse a la validez de la tecnología del licenciante. Esta disposición garantiza que el licenciatario esté en pie de igualdad con los terceros.

105. Las restricciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 5, consistentes en limitaciones cuantitativas impuestas al licenciatario por acuerdos no recíprocos de licencia entre competidores, ya han sido tratadas en el punto 80.

106. El apartado 3 del artículo 5 excluye del ámbito de aplicación de la exención por categorías, en el caso de los acuerdos entre no competidores, toda obligación directa o indirecta que limite la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología o limite la capacidad de las partes del acuerdo de realizar investigación y desarrollo, a menos que ello sea imprescindible para impedir la revelación a terceros de los conocimientos técnicos licenciados. El contenido de esta condición es idéntico al de la restricción de la lista de restricciones especialmente graves para acuerdos entre competidores recogida en la letra d) del apartado 1 del artículo 4, restricción de la que se ocupan los puntos 80 y 81. Sin embargo, en el caso de los acuerdos entre no competidores no se puede presumir que este tipo de restricciones tenga efectos negativos sobre la competencia y que generalmente no cumpla las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 ([46]). Es preciso proceder a su evaluación individual.

107. En el caso de los acuerdos entre no competidores, el licenciatario generalmente no posee una tecnología competidora. No obstante, puede haber casos en que a efectos de la exención por categorías las partes sean consideradas no competidores incluso si el licenciatario posee una tecnología competidora. Por ejemplo, cuando el licenciatario posee una tecnología pero no la licencia y el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial en el mercado de productos. A efectos de la exención por categorías, en tales circunstancias las partes no son competidores ni en el mercado tecnológico ni en el mercado de productos ([47]). En estos casos es importante garantizar que no se limita la capacidad del licenciatario de explotar y desarrollar su propia tecnología. Esta tecnología constituye un factor de competencia en el mercado que se debe preservar. En tal situación, se considera en principio que las restricciones restringen la competencia y no cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

108. Cuando el licenciatario no posee una tecnología competidora o no está desarrollando una tecnología competidora, una restricción que limite la capacidad de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo independientes puede restringir la competencia cuando sólo estén disponibles unas pocas tecnologías. En tal caso las partes pueden constituir una importante fuente (potencial) de innovación en el mercado. Así ocurre especialmente cuando las partes poseen los activos y cualificaciones necesarios para realizar más actividades de investigación y desarrollo. En este caso es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Si hay muchas tecnologías disponibles y las partes no poseen activos o cualificaciones especiales, es probable que la restricción de la investigación y desarrollo no esté sujeta al apartado 1 del artículo 81 por carecer de efectos restrictivos o que cumpla las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. La restricción puede favorecer la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante asegurarse de que la licencia no da nacimiento a un nuevo competidor e induciendo al licenciatario a centrarse en la explotación y desarrollo de la tecnología licenciada.

6. **Retirada e inaplicación del Reglamento de exención por categorías**

6.1. *Procedimiento de retirada*

109. Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden retirar el beneficio de la exención por categorías a un acuerdo concreto cuando no cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81. La facultad de las autoridades de competencia de los Estados miembros de retirar el beneficio de la exención por categorías está limitada a los casos en que el mercado geográfico de referencia no supera el territorio del Estado miembro en cuestión.

110. Las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas y han de cumplirse todas para que sea aplicable la norma de excepción ([48]). Por lo tanto, puede retirarse la exención por categorías cuando un acuerdo concreto incumple una o más de estas cuatro condiciones.

111. En caso de aplicación del procedimiento de retirada, recae en la Comisión la carga de la prueba de que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 y no cumple las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Dado que la retirada implica que el acuerdo en cuestión es restrictivo de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 y no cumple las condiciones del apartado 3 de ese mismo artículo, la retirada tiene que ir acompañada de una decisión negativa basada en los artículos 5, 7 o 9 del Reglamento (CE) nº 1/2003.

112. Con arreglo al artículo 6, la retirada está justificada cuando:

1) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;

2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios;

3) las partes, sin razones objetivamente justificadas, no exploten la tecnología objeto de la licencia.

113. Los artículos 4 y 5 del RECATT, que contienen una relación de las restricciones especialmente graves de la competencia y de las disposiciones excluidas, persiguen evitar que los acuerdos eximidos vayan en detrimento de la innovación, retrasen la difusión de la tecnología o restrinjan indebidamente la competencia entre el licenciante y el licenciatario o entre licenciatarios. Con todo, en sí esta lista de restricciones y condiciones especialmente graves no tiene en cuenta el impacto del acuerdo sobre terceros. Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciante como a nivel de licenciatario. La exclusión de otros licenciantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciatarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciantes. Tal exclusión es probable cuando la mayoría de las empresas del mercado que pueden explotar (eficientemente) una licencia se ven imposibilitadas de hacerlo por acuerdos restrictivos y cuando los licenciantes potenciales se enfrentan a unas barreras de entrada relativamente altas. La exclusión de otros licenciatarios puede ser el resultado del efecto acumulativo de una serie de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios impidiendo así que los licenciatarios potenciales accedan a la tecnología necesaria. La problemática de la exclusión se aborda con mayor detalle en la sección IV.2.7.

114. También es probable que la Comisión retire el beneficio de la exención por categorías en los casos en que las partes se abstengan de explotar la tecnología licenciada, salvo que tengan motivos objetivos para hacerlo. Cuando las partes no explotan la tecnología licenciada, no se produce una integración de la actividad que genera eficiencias, con lo que la exención por categorías pierde todo sentido. En el caso de las licencias entre competidores, el hecho de que las partes no exploten la tecnología licenciada puede ser señal de que el acuerdo es, en realidad, un cartel encubierto, práctica que está incluida en la lista de restricciones especialmente graves de la competencia del artículo 4 del RECATT. Además, si está claro que el licenciatario no tiene la intención de usar la tecnología licenciada para producir bienes y servicios que incorporen dicha tecnología, el acuerdo no constituye un acuerdo de transferencia de tecnología en el sentido del artículo 2 del RECATT y no puede beneficiarse de la exención por categorías. Por todo ello, la Comisión examinará con especial atención estos casos.

6.2. *Inaplicación del Reglamento de exención por categorías*

115. El artículo 7 del RECATT faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de acuerdos similares que cubran más del 50 % de un mercado de referencia. Esta medida no va dirigida a una u otra empresa concreta sino a todas las empresas cuyos acuerdos sean objeto del reglamento por el que se declare la inaplicabilidad del RECATT.

116. Mientras que la retirada del beneficio del RECATT en aplicación del artículo 6 implica la adopción de una decisión con arreglo a los artículos 7 o 9 del Reglamento (CE) nº 1/2003, un reglamento de inaplicación de la Comisión adoptado con arreglo al artículo 7 no tiene más efecto que suprimir, por lo que respecta a las restricciones y los mercados en cuestión, el beneficio de la aplicación del RECATT y restablecer la plena aplicación de los apartados 1 y 3 del artículo 81. Tras la adopción de un reglamento de inaplicación del RECATT en un mercado específico a determinados acuerdos restrictivos, los criterios desarrollados por la jurisprudencia pertinente de los tribunales comunitarios y las comunicaciones y decisiones adoptadas por la Comisión servirán de guía para la aplicación del artículo 81 a acuerdos concretos. Cuando proceda, la Comisión adoptará decisiones en casos específicos, que pueden servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.

117. A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50 %, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado.

118. El artículo 7 no impone a la Comisión la obligación de actuar cuando se supera el índice de cobertura del mercado del 50 %. En general, procede declarar inaplicable el RECATT cuando resulta probable que se restrinja de manera apreciable el acceso al mercado de referencia o la competencia dentro del mismo. A la hora de evaluar si procede aplicar el artículo 7, la Comisión considerará si la retirada individual es la solución más adecuada. Ello puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyen a que se produzca un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos afectados dentro la Comunidad.

119. Todo reglamento adoptado en aplicación del artículo 7 ha de definir claramente su ámbito de aplicación. Ello implica, en primer lugar, que la Comisión ha de definir el mercado o mercados de productos de referencia y el mercado o mercados geográficos de referencia y, en segundo lugar, ha de precisar a qué tipo de restricción ya no se aplicará el RECATT. Por lo que se refiere a este último aspecto, la Comisión puede modular el ámbito de aplicación de su reglamento en función del problema de competencia que trate de resolver. Así, por ejemplo, mientras que todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el índice de cobertura del mercado del 50 %, cabe la posibilidad de que la Comisión restrinja el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicación sólo a las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración. Por consiguiente, es posible que los acuerdos de duración inferior o de naturaleza menos restrictiva no se vean afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. En su caso, la Comisión también puede ofrecer asesoramiento, indicando el nivel de cuota de mercado que, en un mercado concreto, se puede considerar insuficiente para que una empresa individual aporte una contribución significativa al efecto acumulativo. En general, cuando la cuota de mercado de los productos que incorporan una tecnología licenciada de un licenciante individual no excede del 5 %, se considera que el acuerdo o la red de acuerdos que cubren la tecnología no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado ([49]).

120. El período transitorio no inferior a seis meses que la Comisión tendrá que fijar en aplicación del apartado 2 del artículo 7 debería permitir a las empresas afectadas adaptar sus acuerdos en función del reglamento de inaplicación del RECATT.

121. Un reglamento de inaplicación del RECATT no afectará a la condición de acuerdos eximidos por categorías de los acuerdos afectados durante el período anterior a su entrada en vigor.

IV. APLICACIÓN FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

1. Marco analítico general

122. Los acuerdos que no pueden acogerse a la exención por categorías, por ejemplo porque se rebasan los umbrales de cuota de mercado o porque se trata de acuerdos entre más de dos partes, son objeto de una evaluación individual. Los acuerdos que no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 o que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81 son válidos y aplicables. Se recuerda que no pesa presunción alguna de ilegalidad sobre los acuerdos que no están amparados por la exención por categorías, siempre que no contengan restricciones especialmente graves de la competencia. En particular, no se les presumen efectos restrictivos por el mero hecho de que se rebasen los umbrales de cuota de mercado. Simplemente han de ser objeto de una evaluación individual.

1.1. *Factores relevantes*

123. Al aplicar el apartado 1 del artículo 81 a casos individuales es necesario tener debidamente en cuenta cómo se desarrolla la competencia en el mercado en cuestión. A este respecto, son especialmente importantes los siguientes factores:

a) la naturaleza del acuerdo,

b) la posición de mercado de las partes,

c) la posición de mercado de los competidores,

d) la posición de mercado de los compradores de los productos licenciados,

e) las barreras de entrada,

f) la madurez del mercado y

g) otros factores.

La importancia de cada factor puede variar según el caso y depende de los demás factores. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado de las partes constituye, por lo general, una clara indicación de poder de mercado, pero puede no ser un indicador fiable cuando las barreras de entrada son poco importantes. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas sobre la importancia de cada factor.

124. Los acuerdos de transferencia de tecnología pueden ser de muchos tipos. Resulta, pues, importante analizar la naturaleza del acuerdo atendiendo a la relación competitiva entre las partes y las restricciones que contiene el acuerdo. Al examinar las restricciones, no sólo hay que tener en cuenta lo que estipula expresamente el acuerdo. De la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas.

125. La posición de mercado de las partes nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado que tienen el licenciante, el licenciatario o ambos. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. Así ocurre especialmente cuando la cuota de mercado refleja ventajas en materia de costes u otras ventajas competitivas respecto de los competidores. Estas ventajas competitivas pueden ser el resultado, por ejemplo, de ser una empresa pionera en el mercado, de la titularidad de patentes esenciales o de una tecnología más avanzada.

126. Para analizar la relación competitiva entre las partes en ocasiones es necesario ir más allá del análisis expuesto en las secciones II.3, relativa a la definición de mercado, y II.4, sobre la distinción entre competidores y no competidores. Incluso cuando el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial en el mercado de productos y el licenciatario no es un competidor efectivo o potencial en el mercado tecnológico, es un factor importante para el análisis el que el licenciatario posea una tecnología competidora que esté licenciada. Si el licenciatario goza de una posición fuerte en el mercado de productos, un acuerdo que le conceda una licencia exclusiva sobre una tecnología competidora puede restringir significativamente la competencia con relación a la situación que reinaría si el licenciante no concediese una licencia exclusiva o la concediese a otras empresas.

127. Las cuotas de mercado y las posibles ventajas y desventajas competitivas también se tienen en cuenta a la hora de evaluar la posición de mercado de los competidores. Cuanto más fuertes y numerosos sean los competidores efectivos, menos peligro habrá de que las partes pueda ejercer individualmente su poder de mercado. En cambio, una estructura de mercado caracterizada por un número bastante limitado de competidores con una posición de mercado (dimensión, costes, potencial de I+D, etc.) bastante parecida puede aumentar el riesgo de colusión.

128. La posición de mercado de los compradores nos da una indicación de si uno o más compradores goza de poder de negociación. El primer indicador del poder de compra es la cuota de mercado del comprador en el mercado en que se realizan las compras. Esta cuota refleja la importancia que tiene su demanda para posibles proveedores. Otros indicadores se basan en la posición de mercado del comprador en su mercado de reventa, incluidos aspectos tales como la cobertura geográfica de sus puntos de venta y su imagen entre los consumidores finales. En algunas circunstancias el poder de negociación de los compradores puede impedir que el licenciante o el licenciatario ejerzan su poder de mercado, evitándose así los problemas de competencia que se habrían planteado. Así sucede especialmente cuando hay compradores fuertes que están en condiciones de traer nuevas fuentes de suministro al mercado y les resulta interesante hacerlo si se produce un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos. Cuando un comprador importante simplemente obtiene del proveedor unas condiciones favorables o se limita a repercutir en sus clientes los incrementos de precios, no cabe considerar que goza de una posición que le permite impedir que el licenciante o el licenciatario ejerzan su poder de mercado en el mercado de productos y, por ende, evitar el problema de competencia que plantea en ese mercado tal poder de mercado ([50]).

129. Las barreras de entrada vienen determinadas por la capacidad de las empresas ya presentes en el mercado de aumentar su precio por encima del nivel competitivo sin provocar la entrada de otros competidores. En ausencia de barreras de entrada, la entrada fácil y rápida de otros competidores hará que tales incrementos dejen de ser rentables. Cuando es probable que la entrada efectiva de competidores que impidan o dificulten el ejercicio de poder de mercado se produzca en el plazo de uno o dos años, cabe afirmar, por regla general, que las barreras de entrada son de escasa importancia. Las barreras de entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos, como economías de escala y alcance, normativas públicas, especialmente las que establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual, propiedad de recursos cuya oferta es limitada debido a, por ejemplo, limitaciones naturales, instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa pionera y fidelidad a la marca por parte de los consumidores gracias una publicidad intensa durante cierto tiempo. Los acuerdos restrictivos suscritos por empresas también pueden constituir una barrera de entrada si dificultan el acceso y excluyen a los competidores (potenciales). Pueden alzarse barreras de entrada en todas las etapas del proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución. Algunos de estos factores pueden considerarse barreras de entrada en función de que estén relacionados con costes irrecuperables. Son costes irrecuperables los que son necesarios para entrar o mantenerse en un mercado, pero se pierden al abandonar el mismo. Cuantos más costes irrecuperables haya, más cuidadosamente deberán sopesar los competidores potenciales el riesgo de entrar en el mercado y más creíbles serán las amenazas de los operadores ya establecidos de contrarrestar su competencia, ya que los costes irrecuperables hacen muy gravoso para las empresas ya establecidas abandonar el mercado. Entrar en un mercado normalmente conlleva ciertos costes irrecuperables, de mayor o menor cuantía. Por lo tanto, la competencia efectiva generalmente es más eficaz y debe pesar más en el análisis de un asunto que la competencia potencial.

130. Un mercado maduro es un mercado que existe desde hace cierto tiempo, en el que la tecnología empleada es bien conocida, está bastante difundida y no experimenta cambios importantes y en el que la demanda se mantiene relativamente estable o en descenso. En un mercado de este tipo, los efectos negativos son más probables que en mercados más dinámicos.

131. Al evaluar las restricciones específicas, puede ser preciso prestar atención a otros factores. Entre ellos pueden figurar el efecto acumulativo, es decir, la cobertura del mercado por acuerdos similares, la duración de los acuerdos, el marco reglamentario y aquellos comportamientos que puedan ocasionar o facilitar las colusiones, como el liderazgo en materia de precios, los cambios de precios anunciados y los debates sobre el precio «correcto», la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad, la discriminación de precios y anteriores conductas colusorias.

1.2. *Efectos negativos de los acuerdos de licencia*

132. Las principales consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de los acuerdos de transferencia de tecnología son las siguientes:

1) reducción de la competencia intertecnologías entre las empresas que operan en un mercado tecnológico o en un mercado de productos que incorporan las tecnologías en cuestión, incluida la posibilidad de favorecer las colusiones, tanto explícitas como implícitas;

2) exclusión de los demás competidores, al incrementar sus costes restringiendo su acceso a insumos esenciales o aumentando de cualquier otro modo las barreras de entrada, y

3) reducción de la competencia intratecnología entre las empresas que producen productos con la misma tecnología.

133. Los acuerdos de transferencia de tecnología pueden restringir la competencia intertecnologías, es decir, la competencia entre las empresas que conceden licencias de tecnologías substituibles o fabrican con tecnologías substituibles, especialmente cuando se imponen obligaciones recíprocas. Por ejemplo, cuando dos competidores intercambian tecnologías competidoras y se imponen la obligación recíproca de cederse mutuamente futuros perfeccionamientos, la competencia en innovación entre las partes se ve restringida, ya que ninguno de los dos competidores podrá aventajar tecnológicamente al otro. Si el acuerdo no da lugar a una integración de tecnologías que genere eficiencias que compensen sobradamente sus efectos restrictivos, el acuerdo infringe el artículo 81.

134. La concesión de licencias entre competidores también puede facilitar las colusiones. Para que se produzca una colusión, normalmente es necesario que el mercado esté concentrado y que las empresas implicadas tengan opiniones similares sobre qué redunda en interés de ambas y cómo deben funcionar los mecanismos de coordinación. Para que la colusión resulte fructífera, las empresas deben estar en condiciones de controlarse mutuamente y de prevenir cualquier desviación de la estrategia común en el mercado. Un acuerdo puede facilitar la colusión si aumenta la transparencia en el mercado y las barreras de entrada. Las colusiones también pueden verse favorecidas por los acuerdos de licencia que desembocan en un gran paralelismo en materia de costes, porque si las empresas tienen costes similares es más probable que tengan puntos de vista similares sobre las condiciones de coordinación ([51]). El uso de la misma tecnología puede conducir a un alto grado de paralelismo de costes. Sin embargo, no tiene por qué ser así necesariamente. Incluso si la fabricación con la tecnología licenciada representa una parte sustancial de las estructuras de costes de las empresas implicadas, unas pueden ser más eficientes que otras a la hora de explotar la tecnología y también pueden utilizar insumos distintos, lo que conlleva unos costes diferentes.

135. En el contexto de los acuerdos de licencia los cánones pueden servir de instrumento directo para la colusión (cf. punto 77). El riesgo de colusión es especialmente grande en los casos de concesión de licencias cruzadas entre competidores. El riesgo es similar cuando un competidor concede una licencia de tecnología a otro competidor exigiéndole como contraprestación el pago de un canon y le compra un componente que incorpora en el producto respecto del cual son competidores.

136. Los acuerdos de licencia también pueden afectar a la competencia intertecnologías levantando barreras a la entrada y expansión de otros competidores. Estos efectos de exclusión pueden ser el resultado de restricciones que disuadan o impidan a los licenciatarios conceder licencias a terceros. Hay riesgo de exclusión de terceros, por ejemplo, cuando los licenciantes establecidos en el mercado imponen obligaciones de inhibición de la competencia a los licenciatarios de resultas de las cuales el número de licenciatarios disponibles resulta insuficiente y cuando es difícil la entrada a nivel de licenciatario. Los proveedores de tecnologías substitutivas también pueden verse excluidos si un licenciante que goza del suficiente grado de poder de mercado agrupa varias partes de una tecnología y las licencia juntas en forma de paquete pese a que solamente una parte del paquete sea esencial para fabricar determinado producto.

137. Los acuerdos de transferencia de tecnología también pueden restringir la competencia intratecnología, es decir, la competencia entre empresas que fabrican con la misma tecnología. Un acuerdo que imponga restricciones territoriales a los licenciatarios impidiéndoles vender en el territorio de los otros licenciatarios reduce la competencia entre los mismos. La competencia intratecnología también se ve restringida cuando el licenciante se obliga a designar un número limitado de licenciatarios o a limitar su producción a ciertas cantidades. Tales acuerdos excluyen a otros posibles licenciatarios y también pueden reducir la competencia entre los licenciatarios existentes. Los acuerdos de licencia también pueden restringir la competencia intratecnología facilitando las colusiones entre licenciatarios. Además, los acuerdos de licencia que reducen la competencia intratecnología pueden facilitar las colusiones entre propietarios de tecnologías competidoras o reducir la competencia intertecnologías aumentando las barreras de entrada.

1.3. *Efectos positivos de los acuerdos de licencia restrictivos y marco analítico de estos efectos*

138. Los acuerdos de licencia restrictivos también pueden producir efectos procompetitivos consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos. Esta evaluación se realiza en el marco del apartado 3 del artículo 81, que contiene una excepción a la prohibición del apartado 1 del mismo artículo. Para que esta excepción sea aplicable, el acuerdo de licencia debe producir beneficios económicos objetivos, las restricciones de la competencia deben ser indispensables para conseguir las eficiencias, se ha de reservar a los consumidores una participación equitativa en las eficiencias obtenidas y el acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

139. Por lo que respecta a las eficiencias, es de señalar que los acuerdos de licencia permiten principalmente integrar tecnologías complementarias y otros activos para sacar al mercado productos nuevos o mejorados o para fabricar los productos a un precio más bajo. Fuera del contexto de los carteles que constituyen restricciones especialmente graves, con frecuencia se conceden licencias porque al licenciante le resulta más eficiente licenciar la tecnología que explotarla él mismo. Puede ser el caso especialmente cuando el licenciatario ya tiene acceso a los activos de producción necesarios. El acuerdo permite al licenciatario acceder a una tecnología que puede combinarse con estos activos, lo que le permite explotar tecnologías nuevas o mejoradas. Otro ejemplo del potencial de las licencias para generar eficiencias es el caso en que el licenciatario ya tiene una tecnología cuya combinación con la tecnología del licenciante genera sinergias. Esta integración de dos tecnologías puede conducir a una configuración coste/producción que sería imposible lograr sin el acuerdo. Los acuerdos de licencia también pueden producir eficiencias en la fase de distribución, como ocurre con los acuerdos verticales de distribución. Estas eficiencias pueden consistir en reducciones de costes o en la prestación de valiosos servicios a los consumidores. Los efectos positivos de los acuerdos verticales han sido descritos en las Directrices sobre restricciones verticales ([52]). Otro ejemplo de posibles eficiencias es el de los acuerdos por los que varios propietarios de tecnologías agrupan sus respectivas tecnologías en un único paquete tecnológico que licencian a terceros. Estos acuerdos de consorcio tecnológico pueden reducir los costes de transacción ya que los licenciatarios no tienen que celebrar un acuerdo distinto con cada uno de los licenciantes.

140. Al hacer la prueba de la indispensabilidad del apartado 3 del artículo 81, la Comisión examinará sobre todo si las restricciones individuales hacen posible realizar la actividad en cuestión de manera más eficiente que sin el acuerdo o la restricción en cuestión. Si el resultado de la prueba es que con cualquier alternativa menos restrictiva se perderían muchas eficiencias, la restricción se considera indispensable. No obstante, en algunos casos también puede ser necesario determinar si el acuerdo en sí es indispensable para conseguir las eficiencias. Así puede ocurrir, por ejemplo, con los consorcios tecnológicos que incluyen tecnologías complementarias pero no esenciales ([53]), en cuyo caso hay que determinar hasta qué punto tal inclusión da lugar a eficiencias concretas o si se puede limitar el consorcio a las tecnologías para las que no hay substitutos sin una pérdida significativa de eficiencias. Tratándose de un simple acuerdo de licencia entre dos partes, por regla general basta con un examen de la indispensabilidad de las restricciones individuales. Normalmente no hay ninguna alternativa menos restrictiva al acuerdo de licencia en sí.

141. La condición de reservar a los consumidores una participación equitativa en los beneficios implica que los consumidores de los productos fabricados con la licencia al menos deben ser compensados por los efectos negativos del acuerdo ([54]). Esto significa que los aumentos de eficiencia deben contrarrestar completamente el probable impacto negativo del acuerdo sobre los precios y la producción. El acuerdo puede, por ejemplo, modificar la estructura de costes de las empresas afectadas dándoles incentivos para reducir los precios, o puede dar a los consumidores la posibilidad de acceder a productos nuevos o mejorados, compensando así un posible incremento de los precios.

142. La última condición del apartado 3 del artículo 81, a saber, que el acuerdo no ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, presupone un análisis de las presiones competitivas subsistentes en el mercado y del impacto del acuerdo sobre tales fuentes de competencia. Al aplicar la última condición del apartado 3 del artículo 81, hay que tener en cuenta la relación entre el apartado 3 del artículo 81 y el artículo 82. Conforme a la jurisprudencia en la materia, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no obsta para la aplicación del artículo 82 del Tratado ([55]). Es más, dado que tanto el artículo 81 como el 82 persiguen el objetivo de mantener la competencia efectiva en el mercado, por coherencia hay que interpretar que el apartado 3 del artículo 81 excluye la aplicación de la excepción a los acuerdos restrictivos que constituyen un abuso de posición dominante ([56]).

143. El hecho de que el acuerdo reduzca sustancialmente una dimensión de la competencia no significa necesariamente que se elimine la competencia en el sentido del apartado 3 del artículo 81. Un consorcio tecnológico, por ejemplo, puede dar nacimiento a una norma industrial que conduzca a una situación de escasa competencia en términos de formato tecnológico. Una vez que los principales operadores del mercado adoptan cierto formato, los efectos

de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos. Esto no significa, empero, que la creación de una norma industrial *de facto* siempre elimine la competencia en el sentido de la última condición del apartado 3 del artículo 81. Los proveedores pueden seguir compitiendo en precios, calidad y características del producto. Ahora bien, para cumplir con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81, el acuerdo no debe restringir dicha competencia ni restringir indebidamente la innovación.

2. **Aplicación del artículo 81 a diversos tipos de restricciones de acuerdos de licencia**

144. Esta sección trata de diversos tipos de restricciones comunes a los acuerdos de licencia que pueden ser restrictivas de la competencia. Las restricciones que ya han sido objeto de partes anteriores de estas Directrices, en especial las secciones III.4 y III.5, solamente se tratan de manera limitada en esta sección.

145. Esta sección abarca tanto los acuerdos entre no competidores como entre competidores. Por lo que se refiere a estos últimos, se distingue, en su caso, entre acuerdos recíprocos y no recíprocos. Esta distinción es innecesaria en el caso de los acuerdos entre no competidores. Cuando las empresas no son ni competidores reales ni potenciales en un mercado tecnológico de referencia o en un mercado de productos que incorporan la tecnología licenciada, la concesión de licencias cruzadas equivale en la práctica a la concesión de dos licencias distintas. Los acuerdos de licencia cruzada son acuerdos por los que una de las dos partes concede una licencia a la otra y a su vez recibe de ésta una licencia y las dos tecnologías licenciadas están destinadas a un uso interno. Este concepto no abarca los acuerdos por los que las partes crean un paquete tecnológico que se licencia a terceros. Tales acuerdos constituyen consorcios tecnológicos, que se tratan en la sección 4.

146. Esta sección no se ocupa de las obligaciones de los acuerdos de licencia que, con independencia de las circunstancias del caso, no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81. Entre estas obligaciones figuran las siguientes, sin que esta lista sea exhaustiva: a) obligaciones de confidencialidad, b) obligaciones que impiden a los licenciatarios conceder sublicencias, c) obligación de no utilizar la tecnología licenciada tras la expiración del acuerdo, siempre que la tecnología licenciada siga siendo válida y esté vigente, d) obligación de ayudar al licenciante a velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia, e) obligación de pagar un canon mínimo o de fabricar una cantidad mínima de productos que incorporen la tecnología licenciada y f) obligación de utilizar la marca del licenciante o de indicar el nombre del licenciante en el producto.

2.1. *Obligaciones de pago de cánones*

147. En principio las partes de un acuerdo de licencia pueden fijar libremente el canon que ha de pagar el licenciatario y el modo de pago sin que el acuerdo quede sujeto al apartado 1 del artículo 81. Este principio se aplica tanto a los acuerdos entre competidores como a los acuerdos entre no competidores sin perjuicio de lo señalado a propósito de las licencias entre competidores en los puntos 77 y 135, con relación a los cánones recíprocos, y en el punto 78, con respecto a los cánones sobre productos que no incorporan la tecnología licenciada. En el contexto de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores, las obligaciones de pago de cánones pueden tener los mismos efectos que la fijación de precios y, por consiguiente, pueden constituir una restricción especialmente grave de la competencia. Cuando la obligación de pago de cánones se hace extensiva a los productos fabricados con tecnología del licenciatario, el acuerdo incrementa los costes de este último y hace menos competitiva su tecnología.

148. Las obligaciones de pago de cánones pueden adoptar la forma, por ejemplo, de pagos a tanto alzado, un porcentaje del precio de venta o un importe fijo por cada producto que incorpore la tecnología licenciada. Cuando la tecnología licenciada guarde relación con un insumo que se incorpora a un producto final, por regla general el hecho de que los cánones se calculen sobre la base del precio del producto final no restringe la competencia, siempre que dicho producto incorpore la tecnología licenciada. En principio el licenciante normalmente también puede aplicar cánones distintos a cada licenciatario sin que el acuerdo quede sujeto al apartado 1 del artículo 81.

149. Aunque la exención por categorías solamente es aplicable mientras la tecnología licenciada sea válida y esté vigente, en principio las partes pueden acordar que las obligaciones de pago de cánones se prolonguen más allá de la duración de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia sin que el acuerdo quede sujeto al apartado 1 del artículo 81. A la expiración de estos derechos, la tecnología puede ser explotada legalmente por terceros que pueden competir con las partes del acuerdo. En condiciones normales basta con esta competencia efectiva y potencial para que la obligación en cuestión no tenga efectos anticompetitivos apreciables. Con todo, excepcionalmente el apartado 1 del artículo 81 puede ser aplicable si los terceros se enfrentan a barreras de entrada significativas que impidan o retrasen su entrada como fuerza competitiva efectiva en el mercado. En tales circunstancias, el acuerdo puede permitir a un licenciante que goce de un poder de mercado considerable preservar su poder de mercado aumentando los costes de sus (antiguos) licenciatarios, cuyo uso de la tecnología ya no dependerá del acuerdo.

150. En el caso de los acuerdos entre no competidores la exención por categorías cubre los acuerdos por los que los cánones se calculan teniendo en cuenta todos los productos, independientemente de que se utilice la tecnología licenciada. Si bien es posible que tales acuerdos faciliten el cálculo de los cánones, también pueden tener efectos de exclusión, al acrecentar el coste de entrada de terceros, y por lo tanto pueden tener efectos similares a una obligación de inhibición de la competencia. Si el licenciatario concede una licencia de tecnología a un tercero, el coste de la licencia se ve acrecentado por los cánones pagaderos al licenciante. Por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías hay que determinar si la restricción tiene efectos de exclusión. Para ello resulta apropiado usar el marco analítico expuesto en la sección 2.7. Cuando los efectos de exclusión son apreciables, estos acuerdos están sujetos al apartado 1 del artículo 81 y es improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

2.2. *Licencias exclusivas y restricciones de las ventas*

151. Una licencia es exclusiva a efectos de las presentes Directrices cuando el licenciante se compromete a no conceder otra licencia a ningún otro licenciatario o a no conceder otra licencia a ningún otro licenciatario en determinado territorio o para un grupo concreto de clientes. En sí una licencia exclusiva no restringe la libertad del licenciante de fabricar productos que incorporen la tecnología licenciada donde quiera ni obliga al licenciante y otros licenciatarios a limitar sus ventas al territorio exclusivo o a determinado grupo exclusivo de clientes. Sin embargo, muy a menudo la licencia exclusiva va acompañada de restricciones de las ventas. Respecto de estas restricciones de las ventas hay que hacer una distinción importante entre las licencias entre competidores y entre no competidores. Las restricciones de ventas de los acuerdos de licencia entre competidores tienen la calificación de restricciones especialmente graves en virtud de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECATT (véase el punto 81). De las restricciones de ventas de los acuerdos de licencia entre no competidores se trata más adelante (véanse los puntos 157 a 161).

152. Entre competidores, la restricción consistente en que el licenciante no puede conceder licencias ni en general ni con respecto a un territorio o grupo de clientes concreto puede tener como principal efecto anticompetitivo la exclusión de otros licenciatarios (potenciales). Al limitar la entrada en el mercado tal restricción puede facilitar, por añadidura, las colusiones entre las partes y restringir la competencia intertecnologías. Se corre este riesgo especialmente en el caso de los acuerdos recíprocos entre partes que gozan de una posición de mercado significativa por los que éstas se conceden mutuamente una licencia exclusiva sobre sus respectivas tecnologías. En tal caso las partes acuerdan no conceder licencias a terceros dentro del ámbito de aplicación de la exclusiva.

153. Entre no competidores la restricción consistente en que el licenciante no pueda conceder licencias a nadie en general o con respecto a un territorio o grupo de clientes concreto asignado al licenciatario puede tener principalmente dos efectos anticompetitivos: a) la exclusión de otros licenciatarios (potenciales) y b) una menor competencia intratecnología entre licenciante y licenciatarios y entre licenciatarios, especialmente si va acompañada de restricciones de ventas.

154. Ahora bien, las licencias exclusivas también pueden generar eficiencias. Por ejemplo, la exclusiva puede inducir al licenciatario a invertir antes en la explotación de la tecnología licenciada. Puede también promover la inversión continua al evitar el parasitismo (free riding). El parasitismo puede constituir un problema según la naturaleza de los productos que incorporan la tecnología licenciada y la medida en que el licenciatario participe en la comercialización y la prestación de servicios preventa. Cuando el licenciatario vende los productos con su propia marca, las posibilidades de parasitismo son menores que cuando los productos se venden con una marca común.

155. De lo anterior se desprende que el principal riesgo anticompetitivo que encierran las licencias exclusivas que no imponen restricciones de ventas es la exclusión de posibles licenciatarios. En el caso de los acuerdos entre competidores los acuerdos de licencia exclusiva están amparados por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Pasado este umbral, pueden estar sujetos al apartado 1 del artículo 81 si el licenciatario tiene un grado significativo de poder de mercado, si hay fuertes barreras de entrada en el mercado tecnológico y si la tecnología licenciada constituye una fuente real de competencia en el mercado. En tales circunstancias una licencia exclusiva puede excluir a los terceros y permitir que el licenciatario preserve su poder de mercado. Para impedir la entrada de nuevos competidores o la expansión de los existentes, es probable que el licenciatario esté dispuesto a compartir sus beneficios con el licenciante. De hecho, para preservar su posición de mercado, puede estar dispuesto a pagar más por la licencia exclusiva que sus competidores. En tales circunstancias es muy poco probable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ni siquiera en los casos en que la integración de dos tecnologías genere eficiencias es probable que la exclusiva sea indispensable.

156. En el caso de los acuerdos recíprocos entre competidores por los que las partes se conceden mutuamente una licencia exclusiva sobre sus respectivas tecnologías, además del riesgo de exclusión de otros licenciatarios hay el riesgo de que el acuerdo reduzca la competencia intertecnología entre las partes. Sin la exclusiva ambas partes podrían conceder licencias a terceros que se erigirían en una nueva fuente de competencia en el mercado. Al ponerse de acuerdo para no hacerlo, las partes tienen la

garantía de seguir siendo las únicas fuentes de suministro de productos que incorporen la tecnología licenciada. Si las partes tienen un grado de poder de mercado apreciable, es probable que estos acuerdos estén sujetos al apartado 1 del artículo 81. Las condiciones del apartado 3 de dicho artículo sólo se cumplirán si queda demostrado que las licencias hacen factible una integración que genera eficiencias en beneficio de los consumidores y que la exclusiva es necesaria para conseguir tales eficiencias. En principio, la exclusiva sólo se considerará necesaria si el uso de la tecnología licenciada exige cuantiosas inversiones irrecuperables. En tal caso el riesgo que han de asumir los licenciatarios puede ser tan grande que la exclusiva resulte realmente necesaria para inducirlos a realizar las inversiones.

157. En el caso de los acuerdos entre no competidores, las licencias exclusivas están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Por encima de este umbral de cuota de mercado, es improbable que las licencias exclusivas tengan de por sí efectos de exclusión apreciables, salvo que solamente haya un número limitado de tecnologías viables en el mercado y la mayoría de las tecnologías disponibles sean objeto de licencias exclusivas. Los efectos de exclusión son más graves si dos o más licenciantes de acuerdos bilaterales separados conceden licencias exclusivas al mismo licenciatario que si las tecnologías se ceden a licenciatarios distintos. Tal situación de concentración de varias licencias exclusivas en un mismo licenciatario también puede facilitar las colusiones entre licenciantes que compiten en el mismo mercado tecnológico. Los licenciantes pueden coordinar los cánones, es decir, el precio de la licencia. Es probable que tal coordinación sea, sin embargo, más difícil en el caso de las licencias que en el de la distribución, en el que los acuerdos múltiples de distribución exclusiva pueden plantear problemas de competencia más graves ([57]). Sin embargo, como en el caso de los acuerdos entre competidores, la exclusiva puede ser necesaria para inducir al licenciatario a invertir en la tecnología licenciada, en cuyo caso puede que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Cuando el licenciatario tiene que hacer cuantiosas inversiones irrecuperables, es probable que los acuerdos de licencia exclusiva cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81, salvo que no haya alternativas reales a la tecnología del licenciante en el mercado o la mayoría de las tecnologías disponibles le hayan sido licenciadas a un mismo licenciatario.

158. Las restricciones de ventas de las partes en el contexto de una licencia exclusiva se tratan en la sección II.4. sobre la lista de restricciones especialmente graves del artículo 4 del RECATT y en el punto 151 por lo que se refiere a las licencias exclusivas entre competidores. En cuanto a las restricciones de ventas entre no competidores, se recuerda que estas restricciones están cubiertas por la letra b) del apartado 2 del artículo 4 del RECATT (véase los puntos 90 a 96). Las restricciones de ventas tienen, en principio, la consideración de restricciones especialmente graves, pero esta consideración está sujeta a varias excepciones importantes.

159. Se recuerda que, en el caso de los acuerdos entre no competidores, las restricciones de ventas entre el licenciante y los licenciatarios individuales están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado. Por encima del umbral de cuota de mercado, las restricciones de ventas activas y pasivas entre territorios o grupos de clientes reservados al licenciante y territorios y grupos de clientes asignados por la licencia al licenciatario de forma exclusiva pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81. Así puede ocurrir si el licenciante tiene individualmente un grado apreciable de poder de mercado o en caso de efecto acumulativo de acuerdos similares concluidos por licenciantes que colectivamente gozan de una posición de mercado fuerte. Sin embargo, si las partes no son competidores y si basándose en factores objetivos es posible concluir que, sin las restricciones de ventas, el licenciante no concedería licencias, el acuerdo no está sujeto al apartado 1 del artículo 81. Es el caso cuando el licenciante opera en el mismo mercado de productos que el licenciatario y sin la licencia este último no estaría presente en el mercado. Lo normal es que el propietario de una tecnología no se cree competencia directa respecto de su tecnología.

160. Cuando entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, hay muchas probabilidades de que las restricciones de las ventas del licenciante cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81, salvo que no haya alternativas reales a la tecnología del licenciante en el mercado o las alternativas estén licenciadas al licenciatario por terceros. Es probable que tales restricciones, y en especial las restricciones de ventas activas, sean indispensables para inducir al licenciatario a invertir en la producción, comercialización y venta de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Parece lógico suponer que el licenciatario tendría menos incentivos para invertir si se enfrentase a la competencia directa del licenciante, cuyos costes de producción no están gravados por el pago de un canon, situación que posiblemente se traduciría en un nivel de inversión inferior al óptimo.

161. Entre licenciatarios el RECATT exime las restricciones de venta activa entre territorios exclusivos o grupos exclusivos de clientes. Por encima del umbral de cuota de mercado, las restricciones de venta activa entre los territorios y grupos exclusivos de clientes de los licenciatarios limitan la competencia intratecnología y es probable que estén sujetas al apartado 1 del artículo 81 si el licenciatario individual tiene un grado apreciable de poder de mercado. Ahora bien, tales restricciones pueden cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81 si son necesarias para evitar el parasitismo e inducir al licenciatario a hacer las inversiones necesarias para explotar de manera eficiente la tecnología licenciada dentro de su territorio y para fomentar las ventas del producto objeto de la licencia. Las restricciones de ventas pasivas están incluidas en la lista de restricciones especialmente graves de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 (cf. punto 93). Es poco probable que este tipo de restricciones cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

162. Los acuerdos de licencia por los que dos o más partes se conceden licencias cruzadas de tecnología de carácter exclusivo plantean problemas especiales cuando el paquete de tecnologías resultante de las licencias cruzadas crea, *de facto*, una norma industrial a la que es preciso tener acceso para competir eficazmente en el mercado. En estos casos, el acuerdo crea una norma cerrada reservada a las partes. La Comisión evaluará tales acuerdos siguiendo los mismos principios que aplica a los consorcios tecnológicos (sección 4). En principio exigirá que se concedan, en condiciones razonables, licencias sobre las tecnologías en que se basa la norma ([58]). Si las partes compiten con terceros en un mercado de productos y los acuerdos de licencia se refieren a ese mercado de productos resulta probable que la exclusiva tenga unos efectos de exclusión considerables. Este impacto negativo sobre la competencia solamente puede evitarse concediendo licencias a terceros. En los casos en que la tecnología licenciada permita a las partes crear un mercado nuevo y, en consecuencia, los productos fabricados con la tecnología licenciada no compitan con productos ya existentes, la exclusiva se evaluará de la misma manera que los demás acuerdos de licencia. Las restricciones a la libertad de las partes de licenciar su propia tecnología pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 81, pero en principio las partes no estarán obligadas a licenciar conjuntamente todo el paquete a terceros.

2.3. *Restricciones de producción*

163. Las restricciones de producción de los acuerdos de licencia entre competidores son restricciones especialmente graves que están cubiertas por la letra b) del apartado 1 del artículo 4 del RECATT, a excepción de las restricciones de producción no recíprocas impuestas al licenciatario. Este último tipo de restricción no está cubierto por la lista de restricciones especialmente graves, pero está excluido de la exención por categorías (cf. apartado 2 del artículo 5 del RECATT y puntos 80 y 105 de la presente). Las restricciones de la producción del licenciatario pueden restringir la competencia cuando la posición de mercado del licenciatario o licenciatarios no es insignificante y cuando el acuerdo impone una limitación real de la producción total del licenciatario. En tal caso, el acuerdo restringe apreciablemente la competencia que existía antes. Para hacer esta evaluación, hay que comparar la restricción cuantitativa con la producción del licenciatario antes del acuerdo y las previsiones de crecimiento del mercado. También hay que tomar en consideración en qué medida es probable que el licenciatario adopte exclusivamente la tecnología del licenciante o, por el contrario, si va a seguir utilizando solamente su tecnología o ya lo hace de manera efectiva.

164. Ahora bien, las restricciones no recíprocas de producción de los acuerdos entre competidores también pueden tener efectos procompetitivos. Concretamente, pueden ser necesarias para inducir al licenciante a difundir su tecnología lo más posible. Así, por ejemplo, un licenciante puede mostrarse reacio a conceder licencias a sus competidores si no puede limitar la licencia a un único centro de producción de una capacidad específica (licencia de emplazamiento). Cuando el acuerdo de licencia permite la integración real de activos complementarios, las restricciones de la producción de los licenciatarios pueden, por tanto, cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Sin embargo, ello es improbable cuando las partes gozan de un poder de mercado significativo y cuando el acuerdo tiene por efecto una limitación real de la producción del licenciatario.

165. Las restricciones de producción de los acuerdos de licencia entre no competidores están cubiertas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %, siempre que el licenciante no esté obligado a limitar la producción de otros licenciatarios o la producción total de todos los licenciatarios. Si es así, normalmente se considera que el acuerdo implementa una práctica concertada que limita la producción de los licenciatarios.

166. El principal efecto anticompetitivo que pueden producir las restricciones de la producción de los licenciatarios en el caso de los acuerdos entre no competidores es reducir la competencia intratecnología entre licenciatarios. La importancia de estos efectos anticompetitivos depende de la posición de mercado del licenciante y los licenciatarios y de si la restricción de la producción impone una limitación real de las ventas de cada licenciatario.

167. Las limitaciones de producción también pueden servir para compartimentar los mercados y ampliar la protección territorial más allá de lo permitido por el RECATT y las presentes Directrices. Con todo, la Comisión no presumirá que las limitaciones cuantitativas responden a dicho propósito. Sí lo hará, empero, cuando las limitaciones cuantitativas sirvan de instrumento para implementar un acuerdo de reparto del mercado. Son indicio de ello el hecho de que se vayan ajustando las cantidades a lo largo del tiempo de manera que cubran únicamente la demanda local, la aplicación de cánones distintos según el destino de los productos y el control del destino de los productos vendidos por cada licenciatario.

168. Cuando las restricciones de producción se combinan con territorios exclusivos o grupos exclusivos de clientes, se intensifican los efectos restrictivos. La combinación de los dos tipos de restricciones hace más probable que el acuerdo sirva para compartimentar los mercados.

169. Las limitaciones de la producción de los licenciatarios también pueden tener efectos procompetitivos, ya que pueden favorecer la difusión de la tecnología. En su calidad de proveedor de tecnología, el licenciante, al igual que los proveedores de bienes materiales, debería ser libre en principio de determinar cuánto vende. Como la propiedad intelectual se incorpora a un proceso de producción o a un producto, el licenciante fija su producción limitando el uso de la tecnología licenciada por el licenciatario a cierto número de operaciones o a cierta cantidad. Si no se permitiese al licenciante fijar la producción del licenciatario, muchos acuerdos de licencia no llegarían a celebrarse, con el consiguiente perjuicio en términos de difusión de la nueva tecnología. Las probabilidades de que esto ocurra son especialmente altas cuando el licenciante es, además, fabricante, ya que en tal caso la producción de los licenciatarios puede acabar en su área principal de venta y, por consiguiente, puede afectar a sus actividades. Por otro lado, las probabilidades de que las restricciones de producción sean necesarias para conseguir la difusión de la tecnología del licenciante son menores cuando dichas restricciones van acompañadas de restricciones de ventas por las que se prohíbe al licenciatario vender en un territorio o a un grupo de clientes reservado al licenciante.

2.4. *Restricciones de sector de aplicación*

170. Una restricción de sector de aplicación limita la licencia a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos. Hay muchos casos en los que la misma tecnología puede utilizarse para fabricar distintos productos o puede incorporarse a productos pertenecientes a mercados de productos diferentes. Una tecnología de moldeado nueva puede servir, por ejemplo, para hacer tanto botellas como vasos de plástico, que son productos que pertenecen a mercados de productos distintos. El factor determinante es si los productos que incorporan la tecnología licenciada pertenecen a mercados de productos distintos. Una restricción impuesta al licenciatario basada en la aplicación que da el comprador a los productos que incorporan la tecnología licenciada no es, a efectos de las presentes Directrices, una restricción de sector de aplicación, sino una restricción de la clientela. Por ejemplo, los acuerdos de licencia por los que un licenciatario está autorizado a fabricar transmisiones de vehículos para su incorporación en coches que lleven motores de cuatro o menos cilindros y otro está autorizado a fabricar las mismas transmisiones para su incorporación en coches que lleven motores de más de cuatro cilindros reparten los clientes entre los licenciatarios y no se tratan como una restricción de sector de aplicación. Las restricciones de clientes están cubiertas por la letra c) del apartado 1 y la letra b) del apartado 2 del artículo 4 del RECATT y se tratan en los puntos 81 y 90 a 96 de la presente.

171. En el caso de los acuerdos entre competidores, las restricciones de sector de aplicación recíprocas dirigidas al licenciante son restricciones especialmente graves con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECATT (cf. punto 82). Las restricciones de sector de aplicación cubiertas por la letra c) del apartado 1 del artículo 4 están sujetas al apartado 1 del artículo 81 y resulta excepcional que cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81, en especial la tercera condición de indispensabilidad.

172. Las restricciones de sector de aplicación impuestas al licenciatario por acuerdos de licencia no recíprocos entre competidores están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. El principal problema de competencia que pueden plantear estas restricciones es el riesgo de que el licenciatario deje de ser un competidor en el sector de aplicación objeto de la restricción. Pueden plantearse problemas de competencia particularmente cuando las instalaciones del licenciatario cuentan con los equipos necesarios para utilizar la tecnología licenciada pero también se utilizan para fabricar productos cubiertos por la restricción de sector de aplicación. En tal caso si el acuerdo tiene o puede tener un impacto negativo sobre la capacidad del licenciatario de explotar su propia tecnología dentro del sector de aplicación objeto de la restricción impuesta por el licenciante obligándole a reducir su producción, el acuerdo restringe la competencia que previamente existía. En tal caso el acuerdo puede estar sujeto al apartado 1 del artículo 81 y es improbable que cumpla las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, ya que no es probable que los consumidores de los productos afectados por la restricción de sector de aplicación reciban una participación equitativa de los beneficios ([59]). En los casos en que el acuerdo esté cubierto por la exención por categorías, es probable que se retire la exención.

173. Las restricciones de sector de aplicación entre no competidores por las que el licenciante se reserva uno o más mercados de productos o sectores técnicos de aplicación generalmente o no restringen la competencia o generan eficiencias. Favorecen la difusión de valiosas tecnologías nuevas porque inducen al titular de las mismas a conceder licencias de explotación en sectores en que prefiere no explotarlas él mismo. Si no se permitiese al licenciante impedir que los licenciatarios operen en los sectores en que él también explota la tecnología, éste seguramente se mostraría menos propenso a conceder licencias.

174. En principio el licenciante también tiene derecho a conceder licencias a distintos licenciatarios limitadas a uno o más sectores de aplicación. Si los productos en cuestión pertenecen a mercados de productos distintos (cf. punto 170), tales restricciones no tiene por efecto la asignación de clientes o territorios. Sin embargo, si van acompañadas de una exclusiva, es decir, una obligación del licenciante de no conceder otras licencias en un sector de aplicación dado, tales restricciones limitan la competencia intratecnología entre licenciatarios de la misma manera que las licencias exclusivas y se analizan del mismo modo (cf. punto 2.2).

2.5. *Restricciones de uso cautivo*

175. Una restricción de uso cautivo es una obligación por la que el licenciatario tiene que limitar su producción del producto licenciado a las cantidades necesarias para la fabricación y para el mantenimiento y reparación de sus propios productos. En otras palabras, este tipo de restricción de uso consiste en la obligación que tiene el licenciatario de utilizar los productos que incorporan la tecnología licenciada únicamente como insumos para su propia producción, no cubriendo la licencia la venta del producto objeto de la misma para su incorporación en productos de otros fabricantes.

176. Las restricciones de uso cautivo están amparadas por la exención por categorías hasta los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 %. Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías, hay que examinar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la restricción. A este respecto, es preciso distinguir entre acuerdos entre no competidores y acuerdos entre competidores.

177. En el caso de los acuerdos de licencia entre competidores, cabe señalar que una restricción que obliga al licenciatario a destinar su producción bajo licencia exclusivamente a la incorporación en sus propios productos impide a dicho licenciatario convertirse en proveedor de componentes de terceros fabricantes. Si antes del acuerdo el licenciatario no era un proveedor efectivo o potencial de otros fabricantes, la restricción de uso cautivo no supone cambio alguno. En tales circunstancias la restricción se trata de la misma manera que en el caso de los acuerdos entre no competidores. Si, por el contrario, el licenciatario es un proveedor efectivo o potencial de componentes, la restricción restringe la competencia que existía antes del acuerdo y puede tener graves efectos negativos sobre el mercado. Una restricción de uso cautivo entre proveedores de componentes competidores puede tener por efecto el reparto de los mercados entre ellos, especialmente tratándose de licencias cruzadas con restricciones de uso cautivo recíprocas. Si, además del uso de la tecnología licenciada, también se limita el uso de la tecnología del propio licenciatario, se trata de una restricción especialmente grave con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECATT.

178. En el caso de los acuerdos de licencia entre no competidores las restricciones de uso cautivo plantean principalmente dos riesgos competitivos: a) la restricción de la competencia intratecnología en el mercado de suministro de insumos y b) la supresión del arbitraje entre licenciatarios, lo que aumenta las posibilidades del licenciante de aplicar cánones discriminatorios a los licenciatarios.

179. Las restricciones de uso cautivo también pueden, no obstante, fomentar la concesión de licencias procompetitivas. Si el licenciante es un proveedor de componentes, la restricción puede ser necesaria para garantizar la difusión de la tecnología. Si, basándose en factores objetivos, es posible concluir que sin la restricción el licenciante probablemente no habría concedido la licencia porque de hacerlo se hubiera creado una competencia directa en el mercado de componentes, la restricción no está sujeta al apartado 1 del artículo 81. Es condición imprescindible que el licenciatario sea libre de vender el producto objeto de la licencia como recambio para sus propios productos. Esto significa que el licenciatario debe ser libre de vender en el mercado postventa, incluidas las organizaciones independientes que prestan servicios de mantenimiento y reparación de los productos fabricados por él.

180. Cuando el licenciante no es un proveedor de componentes en el mercado de referencia no cabe alegar la razón antes mencionada para imponer restricciones de uso cautivo. En tales casos una restricción de uso cautivo puede fomentar, en principio, la difusión de la tecnología garantizando que los licenciatarios no puedan vender a fabricantes que compitan con el licenciante en otros mercados. Sin embargo, una restricción que obligue al licenciatario a no vender a ciertos grupos de clientes reservados para el licenciante suele ser una alternativa menos restrictiva. Por lo tanto, en estos casos una restricción de uso cautivo generalmente no es necesaria para garantizar la difusión de la tecnología.

181. Las restricciones de uso cautivo también pueden favorecer la concesión de licencias, al permitir al licenciante controlar con más eficacia el pago de los cánones. Tal control puede resultar más fácil si el canon se cobra por cada producto que incorpore el insumo fabricado con la tecnología licenciada. Sin embargo, si el licenciante tiene un grado de poder de mercado significativo, es improbable que una eficiencia de este tipo compense los efectos anticompetitivos.

2.6. *Vinculación*

182. En las licencias de tecnología hay vinculación cuando el licenciante impone al licenciatario como condición para la transferencia de cierta tecnología (producto vinculante) la obtención de otra licencia relativa a otra tecnología o la compra de un producto suyo o de un tercero por él designado (producto vinculado). No cabe hablar de vinculación si el producto vinculante no es distinto del producto vinculado. Se considera que las tecnologías o productos son distintos cuando, a falta del vínculo, desde la perspectiva del licenciatario o comprador las tecnologías o productos pertenecen a mercados distintos. No suele ser el caso cuando las tecnologías o los productos están vinculados de manera tal que no es posible explotar la tecnología licenciada sin el producto vinculado.

183. La vinculación está amparada por la exención por categorías en el caso de los acuerdos entre competidores hasta el umbral de cuota de mercado del 20 % y en el de los acuerdos entre no competidores hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Por encima del umbral de cuota de mercado es preciso que los efectos anticompetitivos queden compensados por los efectos procompetitivos de la vinculación.

184. Cuando el licenciante tiene poder de mercado en el mercado del producto vinculado en lugar de en el mercado del producto vinculante, la restricción se analiza como una obligación de inhibición de la competencia o como una imposición cuantitativa, dado que cualquier problema de competencia tendrá su origen en el mercado del producto «vinculado» y no en el mercado del producto «vinculante» ([60]). El artículo 3 del RECATT, que condiciona la exención por categorías al cumplimiento de unos umbrales de cuota de mercado, garantiza que tales acuerdos no quedan cubiertos por la exención por encima de los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 %. Los umbrales de cuota de mercado se aplican a cualquier mercado tecnológico o de productos de referencia, incluido el mercado del producto vinculado.

185. El principal efecto restrictivo de la vinculación es la exclusión de otros proveedores del producto vinculado. Pero, además, la vinculación puede permitir al licenciante subir los cánones (apalancamiento), especialmente si el producto vinculante y el producto vinculado son parcialmente substituibles y los dos productos no se utilizan en una proporción fija. La vinculación impide al licenciatario cambiar de insumos en respuesta a una subida del canon que paga por el producto vinculante. Estos problemas de competencia son independientes del hecho de que las partes del acuerdo sean o no competidores. Para que la vinculación produzca efectos anticompetitivos, el licenciante ha de tener un grado significativo de poder de mercado respecto del producto vinculante, de manera que pueda restringir la competencia en el producto vinculado. A falta de poder de mercado en el producto vinculante, el licenciante no puede servirse de su tecnología con el fin anticompetitivo de excluir del mercado a los proveedores del producto vinculado. Además, como en el caso de las obligaciones de inhibición de la competencia, la vinculación debe cubrir cierta proporción del mercado del producto vinculado para que se produzcan efectos de exclusión.

186. La vinculación también puede generar eficiencias. Así ocurre, por ejemplo, cuando el producto vinculado es indispensable para una explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o para garantizar que la producción bajo licencia se ajusta a las normas de calidad respetadas por el licenciante y otros licenciatarios. En estos casos la vinculación no restringe en principio la competencia o puede acogerse al apartado 3 del artículo 81. En los casos en que los licenciatarios utilizan la marca del licenciante o a los consumidores les resulta evidente por cualquier otro motivo que hay un vínculo entre el producto que incorpora la tecnología licenciada y el licenciante, éste tiene un interés legítimo en asegurarse de que los productos sean de calidad suficiente para no ver devaluada su tecnología o su reputación como operador económico. Por lo demás, cuando los consumidores están al corriente de que los licenciatarios (y el licenciante) fabrican con la misma tecnología, es poco probable que se solicite una licencia sin la garantía de que la tecnología va a ser explotada por todos los licenciatarios de manera técnicamente satisfactoria.

187. La vinculación también puede tener efectos procompetitivos si el producto vinculado permite al licenciatario explotar la tecnología licenciada con bastante más eficacia que otras alternativas disponibles. Por poner un ejemplo, si el licenciante licencia una tecnología de procesos concreta, las partes pueden acordar que el licenciatario compre al licenciante un catalizador diseñado para su uso con la tecnología licenciada que permita explotarla de manera más eficiente que otros catalizadores. Cuando en estos casos la restricción está sujeta al apartado 1 del artículo 81, hay muchas probabilidades de que también se cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo por encima de los umbrales de cuota de mercado.

2.7. *Obligaciones de inhibición de la competencia*

188. En las licencias de tecnología las obligaciones de inhibición de la competencia adoptan la forma de obligación del licenciatario de no utilizar tecnologías de terceros que compitan con la tecnología licenciada. Las obligaciones de inhibición de la competencia que cubren un producto o una tecnología adicional suministrada por el licenciante se tratan conforme lo expuesto en la sección precedente sobre vinculación.

189. El RECATT exime las obligaciones de inhibición de la competencia tanto en el caso de los acuerdos entre competidores como en el de los acuerdos entre no competidores, hasta los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 % respectivamente.

190. El principal riesgo competitivo que plantean las obligaciones de inhibición de la competencia es la exclusión de tecnologías de terceros. Estas obligaciones también pueden facilitar las colusiones entre licenciantes en caso de uso acumulativo. La exclusión de tecnologías competidoras reduce la presión competitiva sobre los cánones aplicados por el licenciante y restringe la competencia entre las tecnologías presentes en el mercado limitando las

posibilidades que tienen los licenciatarios de cambiar de tecnología. Como en ambos casos el principal problema es la exclusión, en principio el análisis puede ser el mismo para los acuerdos entre competidores que para los acuerdos entre no competidores. Con todo, en el caso de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores en que ambas partes se comprometen a no utilizar tecnologías de terceros, el acuerdo puede facilitar las colusiones entre ellas en el mercado de productos, circunstancia que justifica la aplicación del umbral de cuota de mercado del 20 %.

191. La exclusión puede producirse en situaciones en que una parte sustancial de los licenciatarios potenciales se encuentra vinculada a una o, en el caso de los efectos acumulativos, más fuentes de tecnología y no puede explotar tecnologías competidoras. Los efectos de exclusión pueden ser el resultado de acuerdos concluidos por un único licenciante que tenga un grado significativo de poder de mercado o de la acumulación de acuerdos concluidos por varios licenciantes, incluso si cada uno de los acuerdos o red de acuerdos está cubierto por el RECATT. En tal caso, es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave siempre que menos del 50 % del mercado esté vinculado a cierta tecnología. Por encima de este umbral es probable que se produzcan efectos de exclusión significativos si los licenciatarios potenciales se enfrentan a unas barreras de entrada relativamente altas. Si las barreras de entrada son poco importantes, pueden entrar en el mercado nuevos licenciatarios que exploten comercialmente tecnologías de terceros, erigiéndose así en una alternativa real a los licenciatarios ya establecidos en el mercado. Para determinar las posibilidades reales de que se produzca la entrada y expansión de terceros, también hay que tener en cuenta en qué medida están los distribuidores vinculados a los licenciatarios por obligaciones de inhibición de la competencia. Las tecnologías de terceros solamente tienen posibilidades reales de entrar en el mercado si tienen acceso a los activos de producción y distribución necesarios. En otras palabras, la entrada en el mercado no sólo depende de que haya licenciatarios sino también del grado de acceso a la distribución que tengan. Para evaluar los efectos de exclusión a nivel de distribución, la Comisión aplicará el marco analítico establecido en la sección 2.1 de las Directrices sobre restricciones verticales ([61]).

192. Cuando el licenciante tiene un grado significativo de poder de mercado, las obligaciones de los licenciatarios de utilizar únicamente la tecnología del licenciante pueden producir efectos de exclusión significativos. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del licenciante, mayor será el riesgo de exclusión de las tecnologías competidoras. Para que se produzcan efectos de exclusión apreciables, las obligaciones de inhibición de la competencia no tienen por qué cubrir necesariamente una parte sustancial del mercado. Aunque no medie tal cobertura, las obligaciones de inhibición de la competencia pueden producir efectos de exclusión apreciables si los sujetos pasivos de las mismas son precisamente las empresas que con mayor seguridad habrían concedido licencias de tecnologías competidoras. El riesgo de exclusión es especialmente alto cuando solamente hay un número limitado de licenciatarios potenciales y el acuerdo de licencia tiene por objeto una tecnología que los licenciatarios utilizan para fabricar un insumo para su propio uso. En estos casos la demanda del mercado está integrada exclusivamente por los licenciatarios. El riesgo de exclusión es menor cuando la tecnología se utiliza para fabricar un producto que se vende a terceros, ya que en tal caso la restricción sólo vincula la capacidad de producción y no la demanda del producto que incorpora la tecnología licenciada. En este último caso, para entrar en el mercado, los licenciantes solamente necesitan tener acceso a una capacidad de producción adecuada y, a menos que solamente unas pocas empresas posean o puedan conseguir los activos necesarios para obtener una licencia, es poco probable que el licenciante consiga cerrar el acceso de los competidores a los licenciatarios eficientes imponiendo obligaciones de inhibición de la competencia a sus licenciatarios.

193. Las obligaciones de inhibición de la competencia también pueden producir efectos procompetitivos. En primer lugar, estas obligaciones pueden fomentar la difusión de la tecnología reduciendo el riesgo de apropiación indebida de la tecnología licenciada, en especial de los conocimientos técnicos. Si se da al licenciatario el derecho a utilizar tecnologías competidoras de terceros, se corre el riesgo de que se utilicen conocimientos técnicos licenciados en la explotación de tecnologías competidoras y se beneficie así a competidores. Además, cuando un licenciatario también explota tecnologías competidoras, generalmente se hace más difícil controlar el pago de los cánones, lo que puede inducir a los propietarios de tecnologías a no licenciarlas.

194. En segundo lugar, las obligaciones de inhibición de la competencia pueden ser necesarias para que el licenciante tenga suficientes incentivos para invertir y explotar la tecnología licenciada de manera efectiva. No obstante, si el acuerdo está sujeto al apartado 1 del artículo 81, con frecuencia bastará para ello con imponer unas obligaciones mínimas en materia de producción o cánones, obligaciones que encierran un menor riesgo de exclusión de las tecnologías competidoras.

195. En tercer lugar, si el licenciante se compromete a hacer considerables inversiones para un cliente concreto, por ejemplo, en formación y adaptación de la tecnología licenciada a las necesidades del licenciatario, las obligaciones de inhibición de la competencia o las obligaciones que fijen una producción mínima o unos cánones mínimos pueden ser necesarias para inducir al licenciante a acometer la inversión y evitar problemas de cautividad. No obstante, en la mayoría de los casos el licenciante puede recuperar directamente tales inversiones exigiendo el pago de un importe a tanto alzado, lo que significa que hay alternativas menos restrictivas.

3. **Acuerdos de resolución de conflictos y acuerdos de renuncia**

196. En principio los acuerdos de transferencia de tecnología sirven para que el licenciante transfiera tecnología al licenciatario con vistas a que éste la explote. Sin embargo,

en algunos sectores las licencias cada vez se utilizan más para resolver conflictos o para evitar que una de las partes del acuerdo se valga de sus derechos de propiedad intelectual para impedir que la otra explote su propia tecnología. La concesión de licencias recíprocas en el marco de acuerdos de resolución de conflictos y de acuerdos de renuncia no es, en sí, restrictiva de la competencia, ya que estas licencias pueden permitir que las partes compitan *ex post*. Sin embargo, las condiciones de estos acuerdos pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81.

197. Los acuerdos que imponen a las partes restricciones en lo referente al uso de sus respectivas tecnologías, incluida la concesión de licencias a terceros, pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Incluso si se considera que las partes no son competidoras porque hay una posición bilateral de bloqueo, tales restricciones pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si no son objetivamente necesarias (cf. punto 14). Además, es poco probable que estos acuerdos cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. El principal beneficio del acuerdo es poner fin al conflicto o evitar futuros conflictos. Para ello basta con un acuerdo de licencia cruzada sin restricciones.

198. Cuando el acuerdo permite a ambas partes utilizar la tecnología de la otra y cubre el desarrollo futuro de estas tecnologías, hay que evaluar si reduce los incentivos que tienen las partes para innovar. Si las partes tienen un poder de mercado apreciable y el acuerdo impide que ninguna de ellas adquiera una ventaja competitiva sobre la otra, el acuerdo puede estar sujeto al apartado 1 del artículo 81 y es improbable que cumpla las condiciones del apartado 3 de ese mismo artículo, especialmente el requisito de indispensabilidad. Para la consecución del objetivo del acuerdo: garantizar que las partes puedan seguir explotando su propia tecnología sin que ninguna de las dos se lo pueda impedir a la otra, no es indispensable que se pongan de acuerdo para compartir futuras innovaciones.

199. Las obligaciones de pago de cánones y demás mecanismos de pago previstos en el marco de acuerdos de resolución de conflictos y de acuerdos de renuncia pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si permiten a las partes coordinar precios y tienen que evaluarse de la misma manera que los acuerdos entre competidores (cf. puntos 77 a 147). Los licenciatarios no deben estar sujetos al pago de cánones o, si el valor objetivo de las tecnologías no coincide, deben pagar unos cánones unilaterales (a tanto alzado) que reflejen la diferencia objetiva de valor.

200. En el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos y de los acuerdos de renuncia, se considera que las cláusulas de no oposición en principio no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Es inherente a estos acuerdos que las partes convengan no oponerse *ex post* a los derechos de propiedad intelectual cubiertos por el acuerdo. El objetivo del acuerdo es precisamente resolver los conflictos que existan o puedan surgir al respecto.

201. La exención por categorías es aplicable siempre que el acuerdo no contenga las restricciones especialmente graves de la competencia que se enumeran en el artículo 4 del RECATT. Es de señalar, no obstante (cf. 34), que con arreglo al artículo 2 de este Reglamento la exención por categorías sólo es aplicable si el acuerdo de licencia lo suscriben dos empresas con el objeto de fabricar productos que incorporen la tecnología licenciada. Por lo tanto, la exención por categorías no es aplicable cuando las licencias se conceden con el fin exclusivo de resolver un conflicto o evitar posibles conflictos y no con fines de fabricación.

4. **Consorcios tecnológicos**

202. Los consorcios tecnológicos son acuerdos por los que dos o más partes crean un paquete de tecnologías que no sólo se licencia a los miembros del consorcio sino también a terceros. En términos de estructura, los consorcios tecnológicos pueden consistir en simples acuerdos entre un número limitado de partes o en acuerdos más complejos por los que se encomienda la tarea de conceder las licencias de las tecnologías compartidas a una entidad aparte. En ambos casos el consorcio puede ofrecer a los licenciatarios la posibilidad de operar en el mercado con una sola licencia.

203. En algunos casos las tecnologías del consorcio secundan (parcial o totalmente) una norma industrial de hecho o de derecho. Sin embargo, no hay vínculos inherentes entre los consorcios tecnológicos y las normas. Cuando los consorcios tecnológicos secundan una norma industrial, no secundan necesariamente una única norma. Pueden secundar normas competidoras ([62]).

204. Los acuerdos por los que se crean consorcios tecnológicos y se regula su funcionamiento no están cubiertos por la exención por categorías, sea cual sea el número de participantes (cf. sección II.2.2.). Tales acuerdos solamente están sujetos a estas Directrices. Los consorcios plantean problemas especiales relativos a la elección de las tecnologías y al funcionamiento del consorcio, que no se plantean con otros tipos de licencias. Con todo, las licencias individuales concedidas por el consorcio a terceros se tratan de la misma manera que cualquier otro acuerdo de licencia, que está eximido si se cumplen las condiciones establecidas en el RECATT, incluidos los requisitos del artículo 4 de dicho Reglamento, que enumera las restricciones especialmente graves.

205. Los consorcios tecnológicos pueden ser restrictivos de la competencia. La creación de un consorcio tecnológico implica necesariamente la venta conjunta de las tecnologías compartidas, lo que en el caso de los consorcios integrados por tecnologías substituibles entre sí equivale a un cartel de fijación de precios. Además, los consorcios tecnológicos no sólo restringen la competencia entre las partes, sino que, en especial cuando secundan o establecen *de facto* una norma industrial, también restringen la competencia en innovación excluyendo las tecnologías alternativas. La existencia de la norma y del consorcio tecnológico asociado a ella puede hacer más difícil que otras tecnologías nuevas y mejoradas entren en el mercado.

206. Los consorcios tecnológicos también pueden producir efectos procompetitivos, en especial la reducción de los costes de las transacciones. La creación de un consorcio permite centralizar la concesión de licencias de las tecnologías cubiertas por el consorcio. Esto es particularmente importante en los sectores en que los derechos de propiedad intelectual son corrientes y, para operar en el mercado, es preciso obtener licencias de muchos licenciantes. En los casos en que los licenciatarios reciben servicios permanentes relacionados con la aplicación de la tecnología licenciada, la concesión conjunta de licencias y la prestación de servicios pueden traducirse en reducciones de costes aún mayores.

4.1. *Naturaleza de las tecnologías compartidas*

207. Los riesgos competitivos y el potencial de creación de eficiencias de los consorcios tecnológicos dependen en gran parte de la relación entre las tecnologías compartidas y de su relación con las tecnologías ajenas al consorcio. Hay que hacer dos distinciones básicas: a) entre tecnologías complementarias y substitutivas y b) entre tecnologías esenciales y no esenciales.

208. Dos tecnologías son complementarias y no substitutivas cuando desde un punto de vista tecnológico es preciso disponer de las dos para fabricar el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas. Por el contrario, dos tecnologías son substitutivas cuando desde un punto de vista tecnológico cualquiera de las dos permite al titular fabricar el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas. Una tecnología es esencial si no hay ningún substituto para ella dentro o fuera del consorcio y constituye una parte del paquete de tecnologías imprescindible para fabricar el producto o productos o realizar el proceso o procesos objeto del consorcio. Las tecnologías esenciales también son, por definición, complementarias.

209. Cuando las tecnologías de un consorcio son substitutivas, hay más probabilidades de que los cánones sean más altos, porque los licenciatarios no se benefician de la competencia entre las tecnologías en cuestión. Cuando las tecnologías del consorcio son complementarias el acuerdo reduce los costes de las transacciones y puede dar lugar a unos cánones globales más bajos, porque las partes están en condiciones de fijar unos cánones comunes para el paquete, en vez de fijar cada una un canon que no tenga en cuenta los fijados por los demás.

210. La distinción entre tecnologías complementarias y substitutivas no siempre está clara, ya que las tecnologías pueden ser parcialmente substitutivas y parcialmente complementarias. Cuando las eficiencias que genera la integración de dos tecnologías hace probable que los licenciantes soliciten ambas tecnologías, éstas se consideran complementarias incluso si son parcialmente substituibles. En tales casos, de no existir el consorcio, los licenciatarios seguramente optarían por obtener licencias para ambas tecnologías, dado el beneficio económico adicional derivado de utilizar las dos tecnologías en vez de una sola.

211. Desde un punto de vista jurídico, dos tecnologías también son complementarias cuando están en una posición bilateral de bloqueo. Sin embargo, en general la Comisión considerará que no es preciso crear un consorcio para desbloquear las posiciones de bloqueo. Como se ha indicado en la sección 3, las partes pueden solucionar la posición de bloqueo concediendo una licencia cruzada o firmando un

acuerdo de renuncia que las autorice a explotar independientemente sus respectivas tecnologías. Por consiguiente, la Comisión tratará los consorcios tecnológicos de patentes de bloqueo de la misma manera que los consorcios tecnológicos de tecnologías substitutivas.

212. La inclusión en un consorcio de tecnologías substitutivas restringe la competencia intertecnologías dentro del consorcio y equivale a una vinculación colectiva. Además, si la parte predominante del consorcio está integrada por tecnologías substitutivas, el acuerdo equivale a una práctica de fijación de precios entre competidores. Por regla general, la Comisión considera que la inclusión de tecnologías substitutivas en un consorcio constituye una infracción del apartado 1 del artículo 81. Además, considera poco probable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 en tales casos. Como las tecnologías en cuestión son alternativas, la inclusión de las dos tecnologías en el consorcio no da lugar a economías en los costes de las transacciones. De no existir el consorcio, los licenciatarios no solicitarían ambas tecnologías. No basta con que las partes sigan siendo libres de conceder licencias independientemente. Lo más probable es que opten por no hacerlo para no perjudicar al consorcio, que es el que les permite ejercer conjuntamente poder de mercado.

213. Cuando un consorcio está integrado exclusivamente por tecnologías esenciales y, por consiguiente, también complementarias, la creación del consorcio en principio no entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, independientemente de la posición de mercado de las partes. Sin embargo, las condiciones de concesión de licencias pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81.

214. Cuando se incluyen en el consorcio patentes no esenciales pero complementarias, hay cierto riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros. Una vez que una tecnología queda incluida en el consorcio y se integra el paquete licenciado, lo lógico es que los licenciatarios no se muestren propensos a solicitar una licencia para una tecnología competidora, ya que los cánones que pagan por el paquete de tecnologías ya incluyen una tecnología substitutiva. Además, la inclusión de tecnologías que no son necesarias para fabricar el producto o productos o realizar el proceso o procesos relacionados con el consorcio tecnológico obliga a los licenciatarios a pagar por tecnologías que acaso no necesitan. La inclusión de patentes complementarias equivale, pues, a una vinculación colectiva. Cuando un consorcio comprende tecnologías no esenciales es probable que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el consorcio ocupa una posición significativa en alguno de los mercados de referencia.

215. Para evaluar los consorcios tecnológicos que comprenden tecnologías no esenciales, es decir, tecnologías para las que hay substitutos fuera del consorcio o que no son necesarias para fabricar uno o más productos relacionados con el consorcio, la Comisión tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

a) Si hay motivos procompetitivos para incluir las tecnologías no esenciales en el consorcio.

b) Si los licenciantes siguen siendo libres de licenciar independientemente sus respectivas tecnologías. Si el consorcio está integrado por un número limitado de tecnologías y hay tecnologías substitutivas fuera de él, puede ser una opción viable para los licenciatarios confeccionar su propio paquete tecnológico integrado en parte por tecnologías del consorcio y en parte por tecnologías de terceros.

c) Si las tecnologías objeto del consorcio están disponibles en un único paquete o es posible obtener una licencia para una parte solamente del paquete con la correspondiente reducción de los cánones. Esta posibilidad no sólo es importante en los casos en que el consorcio incluye tecnologías no esenciales, sino también cuando las tecnologías objeto del consorcio tienen aplicaciones diferentes y para algunas de ellas no es necesario utilizarlas todas. En el primer caso, el derecho a obtener una licencia para una parte solamente del paquete reduce el riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros ajenas al consorcio. En el segundo, con el derecho a licenciar solamente una parte del paquete se evita que las tecnologías que no son esenciales para un producto o un proceso concreto queden vinculadas a tecnologías esenciales. Este derecho a licenciar sólo una parte del paquete es una opción real si el licenciatario obtiene una reducción correspondiente de los cánones. Para ello es preciso que se haya determinado qué parte del canon global corresponde a cada tecnología del consorcio. Cuando los acuerdos de licencia concluidos por el consorcio y licenciatarios individuales son de una duración relativamente dilatada y la tecnología del consorcio constituye *de facto* una norma industrial, también hay que tener en cuenta que el consorcio puede cerrar el acceso al mercado de nuevas tecnologías substitutivas. Para evaluar este riesgo de exclusión, es importante saber si los licenciatarios tienen derecho a rescindir la licencia con un preaviso razonable y con la correspondiente reducción de los cánones.

4.2. *Evaluación de las restricciones individuales*

216. Esta sección trata de varias restricciones que, de una u otra forma, son habituales en los consorcios tecnológicos y se han de evaluar en el contexto global del consorcio. Recuérdese (cf. punto 240) que el RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia entre el consorcio y terceros, incluida la lista de restricciones especialmente graves de su artículo 4. Esta sección se limita, pues, a tratar la cuestión de la creación del consorcio y la problemática de la concesión de licencias en el contexto de los consorcios tecnológicos.

217. Para hacer su evaluación, la Comisión se atendrá a los siguientes principios básicos:

1) Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del consorcio, mayor será el riesgo de que produzca efectos anticompetitivos.

2) Los consorcios que ocupan una posición fuerte en el mercado deben ser abiertos y no discriminatorios.

3) Los consorcios no deben excluir indebidamente las tecnologías de terceros ni limitar la creación de consorcios alternativos.

218. En principio, las empresas que crean un consorcio tecnológico son libres de acordar el canon pagadero por el paquete tecnológico y qué parte del canon corresponde a cada tecnología. Tal acuerdo es inherente a la creación del consorcio y no es en sí restrictivo de la competencia. De hecho, si la selección de las tecnologías que hay que incluir en el consorcio la lleva a cabo un experto independiente, el consorcio puede dar lugar a una competencia entre las soluciones tecnológicas disponibles. Por otro lado, los licenciatarios deben ser libres de fijar el precio y la cantidad de productos fabricados bajo licencia.

219. Si el consorcio goza de una fuerte posición de mercado, los cánones y demás condiciones de la licencia no deben ser discriminatorios y las licencias no deben ser exclusivas. Estos dos requisitos son necesarios para garantizar que el consorcio sea abierto y no tenga efectos de exclusión ni otros efectos anticompetitivos en los mercados descendentes. Ahora bien, estos requisitos no obstan para que se apliquen cánones distintos según la aplicación de que se trate. En general, la aplicación de cánones de diferente nivel en mercados de productos distintos no se considera restrictiva de la competencia, siempre y cuando no se produzca discriminación alguna dentro de dichos mercados de productos. Concretamente, el trato de los licenciatarios no debe depender de si son licenciantes o no. Por consiguiente, la Comisión tendrá en cuenta si los licenciantes también están sujetos al pago de cánones.

220. Los licenciantes y los licenciatarios deben ser libres de desarrollar productos y normas competidores, así como de conceder licencias al margen del consorcio. Estos requisitos son necesarios para limitar el riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros y garantizar que el consorcio no limita la innovación e impide la creación de soluciones tecnológicas competidoras. En los casos en que el consorcio crea una norma industrial (*de facto*) o las partes están sujetas a obligaciones de inhibición de la competencia, hay muchas posibilidades de que el consorcio impida el desarrollo de tecnologías y normas nuevas y mejoradas.

221. Las obligaciones de cesión de los derechos sobre perfeccionamientos no deben ser exclusivas y deben limitarse a los perfeccionamientos esenciales para la utilización de la tecnología objeto del consorcio. De este modo, el consorcio puede beneficiarse de los perfeccionamientos estrechamente relacionados con la tecnología objeto del mismo y, al mismo tiempo, los propietarios de los perfeccionamientos son libres de no conceder al consorcio licencias sobre los perfeccionamientos independientes. Las partes tienen derecho a asegurarse de que la explotación de la tecnología objeto del consorcio no se vea entorpecida por licenciatarios que hayan obtenido u obtengan patentes esenciales.

222. Uno de los problemas que plantean los consorcios de patentes es el riesgo de que sirvan para proteger patentes inválidas. Resulta más costoso y arriesgado oponerse a la validez de una patente integrada en un consorcio, porque basta con que una patente del consorcio sea válida para que la oposición resulte infructuosa. El hecho de que un consorcio incluya patentes inválidas puede obligar a los licenciatarios a pagar cánones más elevados y también puede frenar la innovación en el campo cubierto por la patente inválida. Para impedir que ello ocurra, el derecho a rescindir la licencia en caso de oposición a una patente debe limitarse a la tecnología cuya patente se cuestiona y no debe ser extensivo a todo el paquete de tecnologías.

4.3. *Marco institucional por el que se rige el consorcio*

223. El modo en que se crea, organiza y funciona un consorcio tecnológico puede reducir el riesgo de que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, como también puede constituir una garantía del carácter procompetitivo del acuerdo.

224. Así, si en el proceso pueden participar todos los interesados hay más probabilidades de que las tecnologías sean seleccionadas atendiendo a su precio y calidad que si el consorcio es creado por un grupo limitado de titulares de tecnologías. De igual modo, cuando los órganos rectores del consorcio están integrados por representantes de intereses diversos, es más probable que las condiciones de concesión de las licencias, como los cánones, sean abiertas y no discriminatorias y reflejen el valor de la tecnología licenciada que si el consorcio está controlado por los representantes de los licenciantes.

225. Otro factor importante es la participación de expertos independientes en la creación y funcionamiento del consorcio. Por poner un ejemplo, determinar si una tecnología es esencial para un consorcio suele ser una tarea muy compleja que exige conocimientos especiales. La participación en el proceso de selección de expertos independientes puede contribuir sobremanera a garantizar el cumplimiento de un compromiso de incluir únicamente tecnologías esenciales.

226. La Comisión tendrá en cuenta cómo se selecciona a los expertos y qué funciones desempeñan exactamente. Los expertos deben ser independientes de las empresas que hayan creado el consorcio. Si están vinculados de algún modo a los licenciantes o tienen alguna otra relación de dependencia de ellos, no serán tenidos en cuenta. Los expertos también deben tener la experiencia técnica necesaria para desempeñar las funciones que se les hayan encomendado. Pueden figurar entre ellas determinar si las tecnologías propuestas son válidas y si son esenciales para el paquete tecnológico que se quiere crear, esto es, si son necesarias para fabricar el producto o productos o realizar el proceso o procesos relacionados con el consorcio tecnológico.

227. También es importante examinar las disposiciones sobre intercambio de información sensible entre las partes. En los mercados oligopolísticos los intercambios de información sensible, como información sobre precios y producción, pueden facilitar las colusiones ([63]). En estos casos la Comisión tendrá en cuenta si se han tomado medidas para evitar el intercambio de información sensible. Un experto o un organismo licenciante independientes pueden desempeñar un papel importante a este respecto, asegurándose de que los datos sobre producción y ventas que sean necesarios para calcular y verificar los cánones no sean revelados a empresas que compitan en los mercados afectados.

228. Finalmente, es importante tener en cuenta qué mecanismo de resolución de conflictos prevén los actos constitutivos del consorcio. Cabe presumir un mayor grado de imparcialidad si la tarea de resolver los conflictos se delega en organismos o personas independientes del consorcio y de los miembros del mismo.

([1]) DO L . . .. El RECATT sustituye al Reglamento (CE) 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 31 de 9.2.1996, p. 2).

([2]) Véase la sentencia de 16.3.2000, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. I-1365, apartado 130, y punto 97 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C . . .).

([3]) En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

([4]) Véase la Comunicación relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO C . . .).

([5]) En adelante el término «restricción» incluirá la prevención y el falseamiento de la competencia.

([6]) Este principio de agotamiento comunitario está consagrado en el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 104/89/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas (DO L 40 de 11.2.1989, p. 1), que dispone que el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.

([7]) Véanse las sentencias de 17.5.1988, asunto 158/86, *Warner Brothers* y *Metronome Video*, Rec. p. 2605, y de 22.9.1998, asunto C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. I-5171.

([8]) Véase, por ejemplo, la sentencia de 13.7.1966, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten* y *Grundig*, Rec. 429.

([9]) La metodología que se sigue para aplicar el apartado 3 del artículo 81 está expuesta en las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado citadas en la nota 2.

([10]) Véase, p.ej., la sentencia de 8.7.1999, asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. I-4125, apartado 99.

([11]) Véanse las sentencias de 28.4.1984, asuntos acumulados 29/83 y 30/83, *CRAM y Rheinzink*, Rec. 1679, apartado 26, y de 8.11.1983, asuntos acumulados 96/82 y otros, *ANSEAU-NAVEWA*, Rec. 3369, apartados 23 a 25.

([12]) La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO C 368 de 22.12.2001, p. 13) ofrece orientación sobre la cuestión de la apreciabilidad de los efectos. La Comunicación hace una definición negativa de la apreciabilidad. Los acuerdos que no están cubiertos por la Comunicación *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos apreciables. Es preciso proceder a su evaluación individual.

([13]) Véanse las sentencias de 30.6.1966, asunto 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 337, y 28.5.1998, asunto C-7/95 P, *John Deere*, Rec. I-3111, apartado 76.

([14]) Véase la sentencia de 13.7.1966, asuntos acumulados 56/64 y 58/66, *Consten* y *Grundig*, Rec. 429.

([15]) Véase el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

([16]) Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 6.12.1997, p. 5).

(17) Por lo que se refiere a estas distinciones, véanse también las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2), puntos 44 a 52.

(18) Véase el punto 98 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291 de 13.10.2000, p. 1).

(19) Véanse los puntos 50 a 52 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 17.

(20) Ídem, punto 51.

(21) Véase, a este respecto, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia citada en la nota 12.

(22) Con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) nº 1/2003, los acuerdos que pueden afectar al comercio entre Estados miembros pero que no están prohibidos por el artículo 81 no pueden ser prohibidos por las legislaciones nacionales de competencia.

(23) Véase el considerando 19 del RECATT.

(24) Estas Directrices substituyen a la Comunicación de la Comisión referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (DO C 1 de 3.1.1979, p. 2).

(25) Véase la decisión de la Comisión en *Moosehead/Whitbread* (DO L de 100, 20.4.1990, p. 32).

(26) Véase la sentencia de 6.10.1982, asunto 262/81, *Coditel* (II), Rec. p. 3381.

(27) DO L 336 de 29.12.1999, p. 21.

(28) DO L 304 de 5.2.2000, p. 3.

(29) DO L 304 de 5.2.2000, p. 7.

(30) Véase la nota 27.

(31) Véase la guía «La política de competencia en Europa — Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución», 2002.

(32) Véanse las notas 18 y 27.

(33) Los motivos que justifican este método de cálculo se exponen en el punto 21.

(34) Véase, p. ej., la jurisprudencia citada en la nota 11.

(35) Véase el punto 84 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.

(36) Lo mismo ocurre cuando una parte concede a la otra una licencia y se compromete a comprarle un insumo material al licenciatario. El precio de compra puede desempeñar la misma función que los cánones.

(37) Véanse la sentencia de 25.2.1986, asunto 193/83, *Windsurfing International*, Rec. p. 611, apartado 67, y el punto 14 de las presentes Directrices, donde se precisa que los acuerdos que restringen la competencia efectiva o potencial que existiría a falta del acuerdo están sujetos al apartado 1 del artículo 81.

(38) Las licencias cruzadas de tecnologías no competidoras se tratan como dos licencias no recíprocas.

(39) Las restricciones de sector de aplicación se definen en la sección IV.2.4.

(40) Las restricciones de uso cautivo también se tratan en la sección IV.2.5.

(41) Por lo que se refiere a la distinción entre ventas activas y pasivas, véanse las Directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 18, punto 50.

(42) Véase el punto 116 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 18.

(43) Véase la sentencia de 8.6.1982, asunto 258/78, *Nungesser*, Rec. p. 2015, apartado 77.

(44) Véase la sentencia de 25.10.1977, asunto 26/76, *Metro* (I), Rec. 1875.

(45) Si la tecnología licenciada es obsoleta no cabe hablar de restricción de la competencia; véase la sentencia de 27.9.1988, asunto 65/86, *Bayer/Süllhofer*, Rec. p. 5249.

(46) Véase el punto 10.

(47) Véase el punto 66.

(48) Véase el punto 33 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.

(49) Véase el punto 8 de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 12.

(50) Véase la sentencia de 7.10.1999, asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. II-2969, apartado 101.

(51) Véase el punto 23 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 16.

(52) Citadas en la nota 28. Véanse, especialmente, los puntos 115 y ss.

(53) Por lo que se refiere a estos conceptos, véase la sección IV.4.1.

(54) Véase el punto 73 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.

(55) Apartado 130 de la sentencia citada en la nota 2. Del mismo modo, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no obsta para la aplicación de las normas del Tratado sobre libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. Estas disposiciones son, en determinadas circunstancias, aplicables a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81, véase la sentencia de 19.2.2002, asunto C-309/99, *Wouters*, Rec. I -1577, apartado 120.

(56) Véase la sentencia de 10.7.1990, asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. II-309. Véase, asimismo, el punto 98 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.

(57) Véase el punto 164 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 28.

(58) Véase la Comunicación de la Comisión en el asunto *Canon/Kodak* (DO C 330 de 1.11.1997, p. 10).

(59) Los daños que el acuerdo ocasiona a un grupo de consumidores no pueden compensarse con los beneficios que tiene para otro grupo de consumidores; véase el punto 40 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81, citadas en la nota 2.

(60) Por lo que atañe al marco analítico aplicable, véase los puntos 138 y ss. de las Directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 18.

(61) Véase la nota 28.

(62) Véase el comunicado de prensa de la Comisión IP/02/1651 referente a la concesión de licencias de patentes para servicios móviles de tercera de generación (3G). En este asunto estaban implicados cinco consorcios tecnológicos que desarrollaban cinco tecnologías distintas que podían utilizarse para fabricar equipos de 3G.

(63) Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, citada en la nota 13.