## Regras de concorrência aplicáveis aos acordos de transferência de tecnologia

## Comunicação nos termos do artigo 5.º do Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE a certas categorias de acordos e práticas concertadas, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003

(2003/C 235/04)

**(Texto relevante para efeitos do EEE)**

A Comissão convida as partes interessadas a apresentarem as suas observações sobre os seguintes documentos:

— projecto de Regulamento da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a categorias de acordos de transferência de tecnologia,

— projecto de Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia.

Estas observações deverão ser enviadas à Comissão no prazo de oito semanas a contar da data da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*. A Comissão publica habitualmente as observações recebidas em resposta a uma consulta pública. No entanto, é possível solicitar a confidencialidade para essas observações ou partes dessas observações. Se tal for o caso, deve ser claramente indicado na primeira página das observações que estas não devem ser objecto de divulgação pública. Deverá também ser enviada à Comissão uma versão não confidencial das observações para efeitos de publicação. As observações podem ser enviadas por correio electrónico para:

COMP-TECHNOLOGY-TRANSFER@cec.eu.int

Ou pelo correio para:

Comissão Europeia
Direcção-Geral da Concorrência
Unidade A 1 — Desenvolvimento de políticas (Antitrust/operações de concentração)
«Technology Transfer Review»
B-1049 Bruxelas.

# Projecto de Regulamento da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas [1], com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 [2], e, nomeadamente, o seu artigo 1.º,

Após publicação de um projecto do presente regulamento [3],

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte:

(1) O Regulamento n.º 19/65/CEE confere à Comissão competência para aplicar, por meio de regulamento, o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia e práticas concertadas conexas abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, sempre que em tais acordos ou práticas estejam implicadas apenas duas empresas.

(2) Em conformidade com o Regulamento n.º 19/65/CEE, a Comissão adoptou, nomeadamente, o Regulamento (CE) n.º 240/96, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia [4].

(3) Em 20 de Dezembro de 2001, a Comissão publicou um relatório de avaliação respeitante ao Regulamento de isenção por categoria n.º 240/96 relativo à transferência de tecnologia [5]. Tal desencadeou um debate público sobre a aplicação do referido regulamento, bem como sobre a aplicação em geral dos n.os 1 e 3 do artigo 81.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia. A resposta dos Estados-Membros e das partes interessadas ao relatório de avaliação foi em geral favorável à reforma da política comunitária de concorrência no domínio dos acordos de transferência de tecnologia. Considerou-se, por conseguinte, que o Regulamento (CE) n.º 240/96 devia ser substituído.

(4) Um novo regulamento com vista a substituir o Regulamento (CE) n.º 249/96 deverá preencher o duplo requisito de assegurar uma concorrência efectiva e garantir uma segurança jurídica adequada às empresas. A prossecução destes objectivos deve ter em conta a necessidade de simplificar o quadro regulamentar e a sua aplicação. É conveniente renunciar à abordagem que consiste em enumerar as cláusulas isentas, dando maior ênfase à determinação das categorias de acordos isentos até um determinado nível de poder de mercado, bem como à identificação das restrições ou cláusulas que não podem constar desses acordos. Tal coaduna-se com uma abordagem de carácter económico que aprecia o impacto dos acordos no mercado relevante. É igualmente consentâneo com esta abordagem estabelecer uma distinção entre os acordos entre concorrentes e os acordos entre não concorrentes.

(5) Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito à concessão de licenças no domínio da tecnologia. O presente regulamento deve apenas contemplar esses acordos quando o licenciante autoriza o licenciado a explorar a tecnologia licenciada para o fabrico ou o fornecimento de bens ou serviços. Não deve ser aplicado aos acordos de concessão de licenças que tenham como objecto reforçar a investigação e desenvolvimento. De igual forma, também não deve ser aplicado aos acordos de concessão de licenças para efeitos de agrupamentos de patentes, ou seja, acordos destinados a agrupar tecnologias para a concessão a terceiros de licenças relativas a este conjunto de direitos de propriedade intelectual.

(6) Para efeitos da aplicação do n.º 3 do artigo 81.º mediante regulamento, não é necessário definir quais os acordos de transferência de tecnologia susceptíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. A apreciação individual dos acordos nos termos do n.º 1 do artigo 81.º deve ter em conta diversos factores, nomeadamente a estrutura do mercado nos mercados da tecnologia e do produto relevantes.

(7) O benefício da isenção por categoria deve circunscrever-se aos acordos em relação aos quais seja possível considerar, com um grau de segurança suficiente, que preenchem as condições estabelecidas no n.º 3 do artigo 81.º. No intuito de alcançar os benefícios e os objectivos visados pela transferência de tecnologia, o presente regulamento deve igualmente ser aplicável às disposições contidas nos acordos de transferência de tecnologia que não constituem o objecto principal de tais acordos, mas que estejam directamente relacionadas com a aplicação da tecnologia licenciada.

(8) Os acordos de transferência de tecnologia contribuirão normalmente para melhorar a eficiência económica e promover a concorrência, dado que podem facilitar a disseminação, reduzir a duplicação em matéria de investigação e desenvolvimento, reforçar os incentivos a favor da investigação e desenvolvimento inicial, promover a inovação incremental e fomentar a concorrência no mercado do produto.

(9) A probabilidade desses efeitos, em termos de uma eficiência e concorrência acrescidas, compensarem os eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes de restrições contidas nos acordos de transferência de tecnologia depende do grau de poder de mercado das empresas em causa e, por conseguinte, da medida em que essas empresas se defrontam com uma concorrência por parte de empresas proprietárias de tecnologias alternativas ou de empresas fabricantes de produtos alternativos.

---

[1] JO 36 de 6.3.1965, p. 533.

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

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

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

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

(10) Em relação aos acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes, pode presumir-se, quando a quota agregada dos mercados relevantes detida pelas partes não excede 20 % e os acordos não contêm determinados tipos de restrições anticoncorrenciais graves, que estes conduzem geralmente a uma melhoria da produção ou da distribuição, assegurando aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes.

(11) Em relação aos acordos de transferência de tecnologia entre não concorrentes, pode presumir-se, quando a quota individual dos mercados relevantes detida por cada uma das partes não excede 30 % e os acordos não contêm determinados tipos de restrições anticoncorrenciais graves, que estes conduzem geralmente a uma melhoria da produção ou da distribuição, assegurando aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes.

(12) Acima destes limiares de quota de mercado, não pode haver qualquer presunção de que os acordos de transferência de tecnologia abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º conduzam normalmente a benefícios objectivos de natureza e dimensão de molde a compensar as desvantagens provocadas do ponto de vista da concorrência.

(13) O presente regulamento não deve isentar os acordos de transferência de tecnologia que contenham restrições que não sejam indispensáveis à melhoria da produção ou da distribuição. Em especial, os acordos de transferência de tecnologia que contenham determinadas restrições anticoncorrenciais graves, tais como a fixação de preços aplicados a terceiros, devem ser excluídos do benefício da isenção por categoria estabelecida pelo presente regulamento, independentemente da quota de mercado das empresas em causa. Na eventualidade de quaisquer restrições graves desse tipo, o acordo no seu conjunto deve ser excluído do benefício da isenção por categoria.

(14) No intuito de salvaguardar os incentivos em matéria de inovação e a aplicação adequada dos direitos de propriedade intelectual, a isenção por categoria deve ser sujeita a determinadas condições. Para o efeito, a isenção aplicada nomeadamente às obrigações de retrocessão dos melhoramentos dissociáveis deve circunscrever-se às obrigações não exclusivas. Se essas condições não forem respeitadas, só a restrição em causa deve ser excluída do benefício da isenção por categoria.

(15) Os limiares de quota de mercado, a não isenção dos acordos de transferência de tecnologia que contenham restrições anticoncorrenciais graves e as condições previstas no presente regulamento deverão normalmente assegurar que os acordos aos quais seja aplicada a isenção por categoria não permitam que as empresas neles participantes eliminem a concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em questão.

(16) Nos casos específicos em que os acordos abrangidos pelo âmbito de aplicação do presente regulamento tenham, não obstante, efeitos incompatíveis com o n.º 3 do artigo 81.º, a Comissão pode retirar o benefício da isenção por categoria. Tal poderá nomeadamente suceder quando os incentivos em matéria de inovação forem reduzidos ou o acesso aos mercados estiver sujeito a entraves.

(17) O Regulamento (CE) n.º 1/2003 habilita as autoridades competentes dos Estados-Membros a retirar o benefício da isenção por categoria no que se refere aos acordos de transferência de tecnologia que tenham efeitos incompatíveis com as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º, quando tais efeitos se façam sentir no seu território ou numa parte do mesmo e quando esse território apresentar as características de um mercado geográfico distinto. Os Estados-Membros devem garantir que o exercício deste poder de retirada do benefício da isenção não prejudique a aplicação uniforme em todo o mercado comum das regras de concorrência comunitárias, nem o pleno efeito das medidas adoptadas para sua execução.

(18) A fim de reforçar a supervisão de redes paralelas de acordos de transferência de tecnologia que tenham efeitos restritivos idênticos e que englobem mais de 50 % de um dado mercado, a Comissão pode declarar o presente regulamento inaplicável aos acordos de transferência de tecnologia que contenham restrições específicas relativas ao mercado em causa, restabelecendo desta forma a plena aplicação do artigo 81.º em relação a tais acordos.

(19) O presente regulamento abrange apenas os acordos de transferência de tecnologia entre um licenciante e um licenciado. Abarca este tipo de acordos, mesmo se forem estabelecidas condições a mais de um nível comercial, por exemplo, se o licenciado for obrigado a instituir um sistema de distribuição específica e forem enumeradas as obrigações que o licenciado pode ou deve impor aos revendedores dos produtos fabricados ao abrigo da licença. No entanto, essas condições e obrigações devem ser consentâneas com as regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição. Os acordos de fornecimento e distribuição celebrados entre um licenciado e os seus compradores não são isentos pelo presente regulamento. Estes acordos são apenas isentos se forem abrangidos por um regulamento de isenção por categoria aplicável aos acordos de fornecimento e distribuição.

(20) O presente regulamento não prejudica a aplicação do artigo 82.º

ADOPTOU O PRESENTE REGULAMENTO:

*Artigo 1.º*

**Definições**

1. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

a) «acordo», um acordo, uma decisão de uma associação de empresas ou uma prática concertada;

b) «acordo de transferência de tecnologia», um acordo de concessão de licenças de patentes, um acordo de concessão de licença de saber-fazer, um acordo de concessão de licença de direitos de autor sobre programas informáticos ou um acordo de concessão de licenças mistas de patentes, saber-fazer ou direitos de autor sobre programas informáticos, incluindo qualquer acordo desse tipo que contenha disposições respeitantes à venda e compra de produtos ou à concessão de licenças relativas a outros direitos de propriedade intelectual ou à cessão de direitos de propriedade intelectual, desde que essas disposições não constituam o objecto principal do acordo e estejam directamente relacionadas com o fabrico ou o fornecimentos dos produtos contratuais. É igualmente equiparada a acordos de transferência de tecnologia a cessão de patentes, saber-fazer, direitos de autor sobre programas informáticos ou uma conjugação dos mesmos, sempre que o risco associado à exploração da tecnologia incumba ao cedente, nomeadamente, quando o montante a desembolsar pela referida cessão depender do volume de negócios realizado pelo cessionário relativamente aos produtos fabricados ou fornecidos com base na tecnologia cedida, da quantidade de tais produtos fabricados ou do número de operações realizadas com base na utilização da tecnologia;

c) «produto», um bem e/ou um serviço, incluindo quer os bens e/ou serviços intermédios, quer finais;

d) «produtos contratuais», os produtos fabricados ou fornecidos com base na tecnologia licenciada;

e) «direitos de propriedade intelectual», os direitos de propriedade industrial, os direitos de autor e os direitos conexos;

f) «patentes», as patentes, os pedidos de patente, os modelos de utilidade, os pedidos de modelos de utilidade, os desenhos, as topografias de produtos semicondutores, os certificados complementares de protecção para os medicamentos ou quaisquer outros produtos para os quais podem ser obtidos tais certificados e os certificados de obtentor vegetal;

g) «saber-fazer», um conjunto de informações práticas não patenteadas, decorrentes da experiência e de ensaios, que são secretas, substanciais e identificadas. Neste contexto, por «secretas», entende-se o saber-fazer que não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção; por «substanciais», entende-se que o saber-fazer inclui informações indispensáveis ao fabrico ou fornecimento dos produtos contratuais; por «identificadas», entende-se que o saber-fazer é descrito de uma forma suficientemente completa, de maneira a permitir concluir que preenche os critérios de carácter secreto e substancial;

h) «empresas concorrentes», empresas que concorrem no mercado da tecnologia relevante e/ou no mercado do produto relevante:

— as empresas concorrem no «mercado da tecnologia relevante» se as empresas concederem licenças relativas a tecnologias concorrentes (concorrentes efectivos no mercado da tecnologia);

— as empresas concorrem no «mercado do produto relevante» se ambas forem activas nos mercados do produto e geográfico relevantes em que os produtos contratuais são vendidos (concorrentes efectivos no mercado do produto) ou se, com base em premissas realistas, poderiam realizar os investimentos adicionais necessários ou suportar outros custos de conversão necessários a fim de penetrar nos mercados do produto e geográfico relevantes em resposta a um ligeiro aumento duradouro dos preços relativos (concorrentes potenciais no mercado do produto);

i) «Sistema de distribuição selectiva», um sistema de distribuição em que o licenciante se compromete a apenas conceder licenças relativas ao fabrico e fornecimento dos produtos contratuais a licenciados seleccionados com base em critérios especificados, comprometendo-se esses licenciados a não vender tais produtos a distribuidores não autorizados.

2. Os termos «empresa», «licenciante» e «licenciado» incluem as respectivas empresas ligadas.

Por «empresas ligadas», entende-se:

a) As empresas em que uma das partes no acordo disponha, directa ou indirectamente:

i) do poder de exercer mais de metade dos direitos de voto; ou

ii) do poder de designar mais de metade dos membros do conselho fiscal ou de administração ou dos órgãos que representam legalmente a empresa; ou

iii) do direito de gerir as actividades da empresa;

b) As empresas que disponham, directa ou indirectamente, em relação a uma das partes no acordo, dos direitos ou poderes enumerados na alínea a);

c) As empresas em que uma empresa referida na alínea b) disponha, directa ou indirectamente, dos direitos ou poderes enumerados na alínea a);

d) As empresas em que uma parte no acordo, juntamente com uma ou mais das empresas referidas nas alíneas a), b) ou c), ou em que duas ou mais destas últimas empresas disponham conjuntamente dos direitos ou poderes enumerados na alínea a);

e) As empresas em que os direitos ou poderes enumerados na alínea a) sejam detidos em conjunto:

i) pelas partes no acordo, ou pelas respectivas empresas ligadas referidas nas alíneas a) a d); ou

ii) por uma ou mais empresas que sejam partes no acordo, ou uma ou mais das respectivas empresas ligadas, referidas nas alíneas a) a d), e uma ou mais empresas terceiras.

*Artigo 2.º*

**Isenção**

Nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado e sem prejuízo do disposto no presente regulamento, o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado é declarado inaplicável aos acordos de transferência de tecnologia concluídos entre duas empresas para o fabrico ou o fornecimento de produtos contratuais.

A presente isenção é aplicável na medida em que tais acordos contenham restrições da concorrência abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º. A isenção será aplicável enquanto não tiver cessado ou sido declarada nulo o direito de propriedade intelectual sobre tecnologia licenciada ou, em relação ao saber-fazer, enquanto permanecer secreto, salvo no caso de o saber-fazer se tornar do conhecimento público em virtude da acção do licenciado, caso em que a isenção será aplicável durante o período de vigência do acordo.

*Artigo 3.º*

**Limiares de quota de mercado**

1. Quando as empresas partes no acordo de transferência de tecnologia forem empresas concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º é aplicável na condição de a quota de mercado agregada das partes não exceder 20 % quer num mercado da tecnologia relevante quer num mercado do produto relevante.

2. Quando as empresas partes no acordo de transferência de tecnologia não forem empresas concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º é aplicável na condição de a quota de mercado de cada uma das partes não exceder 30 % dos mercados da tecnologia e do produto relevantes.

3. Para efeitos do disposto nos n.ºs 1 e 2, a quota de mercado de uma parte no ou nos mercados da tecnologia relevantes é definida em função da presença da tecnologia licenciada no ou nos mercados do produto relevantes. Por quota de mercado do licenciante no ou nos mercados da tecnologia relevantes, entende-se a quota de mercado agregada no ou nos mercados do produto relevantes respeitante aos produtos contratuais fabricados ou fornecidos pelo licenciante e seus licenciados.

*Artigo 4.º*

**Restrições graves**

1. Quando as empresas partes no acordo forem empresas concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável aos acordos que, directa ou indirectamente, de forma separada ou em conjugação com outros factores sob o controlo das partes, tiverem como objecto:

a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros;

b) A limitação da produção ou das vendas, exceptuando as limitações da produção dos produtos contratuais impostas ao licenciado num acordo não recíproco;

c) A repartição de mercados ou de clientes, salvo:

i) a obrigação imposta ao licenciado num acordo não recíproco de explorar a tecnologia licenciada apenas no âmbito de um ou mais domínios técnicos de utilização ou de um ou mais mercados do produto;

ii) o requisito de o licenciado fabricar ou fornecer os produtos contratuais exclusivamente para sua utilização própria, incluindo a venda destes produtos a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;

d) A restrição da capacidade do licenciado de explorar a sua própria tecnologia ou a restrição da capacidade das partes no acordo para realizarem actividades de investigação e desenvolvimento, excepto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

2. Quando as empresas partes no acordo não forem empresas concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável aos acordos que, directa ou indirectamente, de forma separada ou em conjugação com outros factores sob o controlo das partes, tenham como objecto:

a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros, sem prejuízo da possibilidade de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que tal não corresponda a um preço de venda fixo ou mínimo na sequência de pressões exercidas ou de incentivos oferecidos por qualquer das partes;

b) A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o licenciado pode vender os produtos contratuais, excepto:

i) a restrição das vendas no território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivos relativamente ao qual o licenciante se reservou as vendas;

ii) a restrição das vendas activas no território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivos atribuído pelo licenciante a outro licenciado;

iii) o requisito do licenciado fabricar ou fornecer os produtos contratuais exclusivamente para utilização própria, incluindo a venda destes produtos a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;

iv) a restrição das vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista;

v) a restrição das vendas a distribuidores não autorizados pelos membros de um sistema de distribuição selectiva;

c) A restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais por um licenciado que seja membro de um sistema de distribuição selectiva e que opere ao nível retalhista, sem prejuízo da possibilidade de um membro do sistema ser proibido de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.

*Artigo 5.º*

**Condições**

1. A isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável às seguintes obrigações contidas em acordos de transferência de tecnologia:

a) Obrigação directa ou indirecta imposta ao licenciado de conceder uma licença exclusiva ao licenciante, ou a um terceiro designado por este último, relativa a melhoramentos dissociáveis por ele introduzidos ou a novas aplicações da tecnologia licenciada por ele desenvolvidas;

b) Obrigação directa ou indirecta imposta ao licenciado de ceder, no todo ou em parte, ao licenciante, ou a um terceiro designado por este último, direitos relativos a melhoramentos ou a novas aplicações da tecnologia licenciada;

c) Obrigação directa ou indirecta de não impugnar a validade nem contestar o carácter secreto ou substancial dos direitos de propriedade intelectual de que o licenciante seja titular no mercado comum, sem prejuízo da possibilidade de rescindir o acordo de transferência de tecnologia, se o licenciado impugnar a validade ou contestar o carácter secreto ou substancial dos direitos de propriedade intelectual licenciados.

2. A isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável a qualquer obrigação directa ou indirecta que limite a produção de produtos contratuais pelo licenciado num acordo de transferência de tecnologia não recíproco celebrado entre empresas concorrentes.

3. A isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável, quando as empresas partes no acordo não sejam empresas concorrentes, a qualquer obrigação directa ou indirecta que limite a capacidade do licenciado para explorar a sua própria tecnologia ou que limite a capacidade das partes no acordo para realizarem actividades de investigação e desenvolvimento, salvo se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

*Artigo 6.º*

**Retirada do benefício do regulamento**

1. A Comissão pode retirar o benefício do presente regulamento nos termos do artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se verificar, num determinado caso, que um acordo de transferência de tecnologia ao qual seja aplicável o presente regulamento produz, não obstante, efeitos incompatíveis com as condições estabelecidas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado e, nomeadamente, quando:

a) For restringido o acesso ao mercado das tecnologias de terceiros, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbam os licenciados de recorrerem às tecnologias de terceiros;

b) For restringido o acesso ao mercado de potenciais licenciados, por exemplo através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbam os licenciantes de concederem licenças a outros licenciados;

c) Sem qualquer razão objectivamente válida, as partes não explorarem a tecnologia licenciada.

2. Sempre que, num caso específico, um acordo de transferência de tecnologia ao qual seja aplicável a isenção prevista no artigo 2.º produza efeitos incompatíveis com as condições estabelecidas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado no território de um Estado-Membro ou numa parte deste com todas as características de um mercado geográfico distinto, a autoridade responsável pela concorrência desse Estado-Membro pode retirar o benefício da aplicação do presente regulamento em relação a esse território, nas mesmas condições que as estabelecidas no n.º 1.

*Artigo 7.º*

**Não aplicação do regulamento**

1. Nos termos do artigo 1.º-A do Regulamento n.º 19/65/CEE, a Comissão pode declarar, através de regulamento, sempre que redes paralelas de acordos de transferência de tecnologia semelhantes abranjam mais de 50 % de um mercado relevante, que o presente regulamento não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia que contenham restrições específicas que digam respeito a esse mercado.

2. Qualquer regulamento adoptado nos termos do n.º 1 só pode produzir efeitos decorridos seis meses após a sua adopção.

*Artigo 8.º*

**Aplicação dos limiares de quota de mercado**

1. Para efeitos da aplicação dos limiares de quota de mercado previstos no artigo 3.º, são aplicáveis as seguintes regras:

a) A quota de mercado é calculada com base nos dados relativos ao valor das vendas no mercado; se tais dados não estiverem disponíveis, podem ser utilizadas estimativas com base noutras informações fiáveis relativas ao mercado, incluindo o volume das vendas no mercado, a fim de determinar a quota de mercado da empresa em causa;

b) A quota de mercado é calculada com base nos dados relativos ao ano civil anterior;

c) A quota de mercado das empresas a que se refere o n.º 2, alínea e), do artigo 1.º será repartida por igual entre cada uma das empresas com os direitos ou os poderes enumerados no n.º 2, alínea a), do artigo 1.º

2. Se a quota de mercado referida nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 3.º não for inicialmente superior a 20 % ou 30 %, respectivamente, mas vier posteriormente a ultrapassar estes níveis sem contudo exceder 25 % ou 35 %, respectivamente, a isenção prevista no artigo 2.º continuará a ser aplicável durante o período de dois anos civis subsequentes ao ano em que o limiar de 20 % ou 30 % foi excedido pela primeira vez.

3. Se a quota de mercado referida nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 3.º não for inicialmente superior a 20 % ou 30 %, respectivamente, mas vier posteriormente a ultrapassar 25 % ou 35 %, respectivamente, a isenção prevista no artigo 2.º continuará a ser aplicável durante o ano civil subsequente ao ano em que o nível de 25 % ou 35 % foi excedido pela primeira vez.

4. O benefício previsto nos n.ºs 2 e 3 não pode ser cumulado por forma a exceder um período de dois anos civis.

*Artigo 9.º*

**Período transitório**

1. É revogado o Regulamento (CE) n.º 240/96 com efeitos a partir de 1 de Maio de 2004.

2. A proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado não é aplicável durante o período de 1 de Maio de 2004 a 31 de Outubro de 2005 relativamente aos acordos já em vigor em 30 de Abril de 2004, que não satisfaçam as condições de isenção previstas no presente regulamento, mas que nessa data preencham as condições de isenção previstas no Regulamento (CEE) n.º 240/96.

*Artigo 10.º*

**Período de vigência**

O presente regulamento entra em vigor em 1 de Maio de 2004.

O seu período de vigência termina em 30 de Abril de 2014.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Feito em Bruxelas, . . .

# Projecto de Comunicação da Comissão Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia

## I. INTRODUÇÃO

1. As presentes orientações definem os princípios que regem a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 81.º do Tratado. Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito à concessão de licenças relativas a tecnologias, em que o licenciante autoriza o licenciado a explorar a tecnologia licenciada para o fabrico ou fornecimento de bens ou serviços, tal como definido no Regulamento (CE) n.º . . ./2004 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia (a seguir denominado RICTT) ([1]).

2. As orientações têm por objectivo fornecer directrizes sobre a aplicação do RICTT, bem como sobre a aplicação do artigo 81.º aos acordos de transferência de tecnologia que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT. As orientações não prejudicam uma eventual aplicação paralela do artigo 82.º do Tratado aos acordos de concessão de licenças. A aplicação do n.º 3 do artigo 81.º através de um pedido individual ou através de isenção por categoria não exclui a aplicação do artigo 82.º ([2]).

3. Os critérios estabelecidos nas presentes orientações devem ser aplicados em função das circunstâncias próprias de cada caso, o que exclui uma aplicação puramente mecânica. Cada caso deve ser apreciado em função das suas características próprias e as orientações devem ser aplicadas de forma razoável e flexível. A Comissão continuará a analisar o funcionamento do RICTT e as orientações a fim de tomar em consideração a necessidade de eventuais alterações.

4. As presentes orientações são aplicáveis sem prejuízo da interpretação do artigo 81.º susceptível de ser dada pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância.

## II. PRINCÍPIOS GERAIS

### 1. O artigo 81.º e os direitos de propriedade intelectual

5. O objectivo global do artigo 81.º consiste em salvaguardar a concorrência no mercado, a fim de promover o bem-estar dos consumidores e uma afectação eficaz dos recursos. O n.º 1 do artigo 81.º proíbe todos os acordos e práticas concertadas entre empresas e todas as decisões de associações de empresas ([3]), susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros ([4]) e que tenham por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência ([5]). Em derrogação a esta regra, o n.º 3 do artigo 81.º estabelece que a proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º pode ser declarada inaplicável aos acordos que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico e económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

6. A legislação relativa à propriedade intelectual confere direitos exclusivos aos titulares de patentes, direitos de autor, desenhos e modelos, marcas e outros direitos legalmente protegidos. O titular do direito de propriedade intelectual está habilitado por lei a impedir qualquer utilização não autorizada da sua propriedade intelectual e a explorá-la, nomeadamente, concedendo-a sob licença a terceiros. Logo que um produto que inclua um direito de propriedade intelectual tenha sido colocado no mercado do EEE pelo titular ou com a sua autorização, o direito de propriedade intelectual fica esgotado no sentido em que o titular não pode continuar a utilizá-lo para controlar a venda do produto ([6]). O licenciante não possui qualquer direito legalmente protegido de impedir a venda pelos licenciados ou pelos compradores de produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Em contrapartida, a venda de cópias de uma obra protegida não provoca o esgotamento dos direitos de execução, incluindo os direitos de locação, desta obra ([7]). O princípio do esgotamento de um direito é consentâneo com a função essencial dos direitos de propriedade intelectual, que consiste em conceder ao titular o direito de impedir outras pessoas de explorarem a sua propriedade intelectual sem o seu consentimento.

7. O facto de a legislação relativa à propriedade intelectual conceder direitos de exploração exclusivos não significa que os direitos de propriedade intelectual sejam excluídos da aplicação do direito da concorrência. Os artigos 81.º e 82.º são aplicáveis aos acordos através dos quais o titular concede licenças a outra empresa para esta explorar os seus direitos de propriedade intelectual ([8]). Tal não significa também que exista um conflito intrínseco entre os direitos de propriedade intelectual e as regras comunitárias em matéria de concorrência. Com efeito, estes dois corpos legislativos têm o mesmo objectivo fundamental, que consiste em promover o bem-estar dos consumidores, bem como uma afectação eficaz dos recursos. A inovação constitui uma componente essencial e dinâmica de uma economia de mercado aberta e competitiva. Os direitos de propriedade intelectual favorecem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a investirem no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo faz a concorrência, na medida em que conduz as empresas a inovar. Por esta razão, tanto os direitos de propriedade intelectual como a concorrência são necessários para promover a inovação e garantir que esta é explorada em condições competitivas.

8. A apreciação ao abrigo do artigo 81.º não se centra exclusivamente na situação *ex post*, em que o direito exclusivo pode reduzir o nível de concorrência no mercado. A fim de não reduzir uma concorrência dinâmica, não se pode esquecer que a criação de direitos de propriedade intelectual implica muitas vezes investimentos substanciais e que se trata frequentemente de um esforço que inclui riscos. Inúmeros direitos de propriedade intelectual têm apenas um valor comercial reduzido. Para manter o incentivo para inovar, o inovador não deve, por conseguinte, ser indevidamente limitado na exploração dos direitos de propriedade intelectual que se vierem a revelar com valor.

9. Quando a Comissão aprecia acordos de concessão de licenças ao abrigo do artigo 81.º, aplica em princípio aos direitos de propriedade intelectual o mesmo enquadramento analítico que utiliza para os outros tipos de propriedade. Este enquadramento é suficientemente flexível para lhe permitir tomar em consideração os aspectos dinâmicos da concessão de licenças de tecnologia. Tal significa, em especial, que não existe uma presunção de que os direitos de propriedade intelectual e os acordos de licença enquanto tal suscitam problemas de concorrência. Os acordos de licença podem não restringir a concorrência e criar apenas eficiências pró-competitivas. Os acordos de licença restritivos podem também dar frequentemente origem a ganhos de eficiência favoráveis à concorrência, que devem ser analisados ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º e que permitem compensar os efeitos negativos sobre a concorrência que decorrem de tais acordos restritivos ([9]).

## 2. **Quadro geral de aplicação do artigo 81.º**

10. O n.º 1 do artigo 81.º é aplicável tanto a restrições da concorrência entre as partes num acordo como a restrições da concorrência entre as partes, ou qualquer uma delas, e terceiros. Essas restrições da concorrência podem ser restrições por objecto ou restrições por efeito. As restrições da concorrência por objecto são as que, pela sua própria natureza, restringem a concorrência. Trata-se de restrições que, tendo em conta os objectivos das regras comunitárias em matéria de concorrência, se presume terem efeitos negativos sobre a concorrência, sendo por conseguinte supérfluo demonstrar o impacto real sobre o mercado para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º ([10]). Além disso, é pouco provável que, no caso das restrições por objecto, estejam preenchidas as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º. Vários factores permitem apreciar se um acordo tem ou não por objecto a restrição da concorrência. Trata-se nomeadamente do conteúdo do acordo e a finalidade objectiva que prossegue. Pode igualmente ser necessário tomar em consideração o contexto em que é ou será aplicado, bem como a conduta e o comportamento efectivo das partes no mercado ([11]). A forma como um acordo é efectivamente aplicado pode revelar uma restrição por objecto, ainda que o acordo formal não inclua qualquer disposição expressa nesse sentido. A prova da intenção subjectiva das partes de restringir a concorrência constitui um factor relevante, mas não uma condição necessária. Quanto aos acordos de licença, a Comissão considera que as restrições abrangidas pela lista de restrições graves da concorrência incluída no artigo 4.º do RICTT constituem restrições pelo objecto.

11. Para que os acordos de licença sejam restritivos da concorrência devido ao seu efeito devem poder afectar a concorrência numa medida tal que se possa esperar, com um grau de probabilidade razoável, que produzam efeitos negativos sobre os preços, a produção, a inovação ou a variedade e a qualidade dos bens e dos serviços no mercado relevante. Os efeitos negativos prováveis sobre a concorrência devem ser significativos ([12]). Um acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais quando, pelo menos, uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite às partes explorarem esse poder de mercado. O poder de mercado é a capacidade de manter preços acima dos níveis competitivos ou a produção em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação abaixo de níveis competitivos durante um período significativo de tempo.

12. Os acordos de licença podem contribuir para a criação, manutenção ou reforço do poder de mercado, restringindo a concorrência entre as partes ou restringindo a concorrência em relação a terceiros. Aquando da apreciação dos eventuais efeitos negativos sobre a concorrência, há que ter em conta não apenas os efeitos sobre os preços e sobre a produção, mas igualmente qualquer incidência negativa sobre a inovação. Os acordos de licença que têm uma incidência negativa significativa sobre a inovação realizada pelas partes no acordo ou por terceiros são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

13. Para analisar os efeitos restritivos de um acordo, é normalmente necessário definir o mercado relevante e examinar e apreciar, nomeadamente, a natureza dos produtos e das tecnologias em causa, a posição das partes, dos concorrentes e dos compradores no mercado, a presença de concorrentes potenciais, bem como o nível dos obstáculos à entrada.

14. A apreciação do carácter restritivo da concorrência de um acordo de licença deve efectuar-se em função do contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo com as suas alegadas restrições ([13]). Ao proceder a esta apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo alegadamente restritivo sobre a concorrência intertecnologias (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia) ([14]). O impacto do acordo na concorrência pode ser avaliado colocando as seguintes duas perguntas:

a) O acordo restringe a concorrência real ou potencial que teria existido se a licença não tivesse sido concedida? Em caso afirmativo, o acordo é normalmente abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, caso as trocas comerciais entre os Estados-Membros possam ser significativamente afectadas. Por exemplo, quando duas empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes concedem licenças cruzadas de tecnologias concorrentes e se comprometem a não vender produtos nos mercados nacionais da outra empresa, a concorrência (potencial) que existia antes do acordo é restringida. Do mesmo modo, quando um licenciante impõe aos seus licenciados a não utilização de tecnologias concorrentes e estas obrigações excluem as tecnologias de terceiros, a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência do acordo é restringida.

b) O acordo restringe a concorrência que teria existido na ausência das suas alegadas restrições da concorrência? Esta pergunta diz respeito à questão de saber se a restrição é ou não objectivamente necessária para a conclusão do acordo. Nesse caso, o acordo com as suas restrições não é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º. Esta apreciação é efectuada com base em factores objectivos externos às próprias partes e não em opiniões e características subjectivas das partes. A questão não é de saber se as partes na sua situação específica teriam aceite concluir um acordo menos restritivo, mas se, dada a natureza do acordo e as características do mercado, teria sido concluído um acordo menos restritivo por empresas num contexto semelhante. Por exemplo, as restrições territoriais num acordo entre não concorrentes podem não ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, se forem objectivamente necessárias para penetrar num novo mercado. Não são suficientes as alegações de que, na ausência de uma restrição, o fornecedor teria recorrido a uma integração vertical. As decisões quanto a saber se se deve ou não recorrer à integração vertical dependem de uma vasta gama de factores económicos complexos, alguns dos quais são próprios da empresa em causa. A opção à partida pela cooperação em detrimento da integração vertical já indica geralmente, de algum modo, que a integração vertical não era exequível.

15. No entanto, os acordos de licença não são apenas susceptíveis de ter uma incidência anticoncorrencial, apresentando igualmente um forte potencial pró-competitivo. Com efeito, podem promover a inovação permitindo aos inovadores obter um rendimento que cubra pelo menos parcialmente os seus custos de investigação e desenvolvimento. Os acordos de licença podem igualmente conduzir à divulgação de tecnologias, o que cria valor ao reduzir os custos de produção do licenciado ou ao permitir-lhe fabricar produtos novos ou produtos melhorados. Os ganhos de eficiência realizados a nível do licenciado provêm normalmente de uma combinação da tecnologia do licenciante e dos activos e das tecnologias do licenciado. Uma tal integração de activos complementares pode conduzir a uma configuração custos/produção que não seria possível de outro modo. Por exemplo, a combinação das tecnologias melhoradas pertencentes ao licenciante e dos activos de produção e de distribuição mais eficientes pertencentes ao licenciado podem permitir a redução dos custos de produção ou conduzir ao fabrico de um produto de melhor qualidade.

16. Os efeitos pró-competitivos dos acordos de licença devem ser confrontados com os efeitos restritivos no contexto do n.º 3 do artigo 81.º. Quando estiverem preenchidas as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, o acordo de licença restritivo em questão é válido e aplicável, não podendo ser exigida qualquer outra decisão prévia para o efeito ([15]). As restrições graves da concorrência apenas satisfazem as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º em circunstâncias muito excepcionais. Em geral, tais acordos não satisfazem (pelo menos) uma das duas primeiras condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. Normalmente não apresentam vantagens económicas objectivas, nem benefícios para os consumidores. Além disso, os acordos deste tipo também não satisfazem em geral a terceira condição relativa ao carácter indispensável das restrições. Por exemplo, se dois concorrentes se concedem mutuamente licenças relativamente às tecnologias respectivas e, no âmbito desse acordo, restringem os seus preços ou a sua produção em relação aos produtos fabricados com estas tecnologias, tal dará normalmente origem a uma produção mais reduzida e a uma má afectação de recursos, bem como a preços mais elevados para os consumidores. As restrições relativas aos preços e à produção dos produtos a fabricar também não são indispensáveis para obter os eventuais ganhos de eficiência devido ao facto de os dois concorrentes disporem das duas tecnologias.

## 3. **Definição de mercado**

17. A abordagem da Comissão em matéria de definição de mercado relevante consta da sua comunicação relativa à definição de mercado ([16]). As presentes orientações abordam apenas os aspectos da definição de mercado que apresentam uma importância especial no domínio dos acordos de licença de tecnologia.

18. A tecnologia é um factor que está integrado quer num produto quer num processo de produção. A concessão de licenças de tecnologia pode, por conseguinte, afectar a concorrência tanto no mercado dos factores de produção, como no mercado da produção propriamente dita. Um acordo entre duas partes que vendem produtos concorrentes e que se concedem mutuamente as licenças respectivas para as tecnologias utilizadas no fabrico desses produtos pode restringir a concorrência no mercado do produto relevante. Pode igualmente restringir a concorrência no mercado das tecnologias e eventualmente também noutros mercados de factores de produção. Para apreciar os efeitos de acordos de licença sobre a concorrência, pode por conseguinte revelar-se necessário definir o mercado relevante dos bens e serviços (mercado do produto), bem como o mercado da tecnologia ([17]). A expressão «mercado do produto» utilizada no artigo 3.º do RICTT refere-se aos mercados dos bens e serviços relevantes nas suas dimensões geográfica e de produto. Tal como decorre claramente do n.º 1, alínea h), do artigo 1.º do RICTT, a expressão é utilizada apenas para estabelecer uma distinção entre o mercado dos bens e serviços relevante e o mercado da tecnologia relevante.

19. O mercado do produto inclui, nomeadamente, os produtos finais e intermédios que incorporam a tecnologia licenciada, bem como os seus substitutos.

20. O mercado da tecnologia inclui a tecnologia licenciada e os seus substitutos, ou seja, outras tecnologias que os clientes poderão utilizar como substitutos. O método utilizado para definir o mercado da tecnologia assenta nos mesmos princípios que o utilizado para definir o mercado do produto. A partir da tecnologia comercializada pelas partes, é conveniente identificar as outras tecnologias que os clientes poderão passar a utilizar em reacção a um ligeiro mas permanente aumento dos preços relativos, isto é, das *royalties*.

21. Após a definição dos mercados relevantes, é conveniente atribuir quotas de mercado às diferentes fontes de concorrência que nele operam e que são utilizadas como indicador do poder relativo dos diferentes operadores. No caso do mercado da tecnologia, uma forma de proceder consiste em calcular as quotas de mercado com base na parte de cada tecnologia nas receitas totais constituídas pelas *royalties*, que representam uma parte das tecnologias no mercado em que diferentes tecnologias concorrentes são licenciadas. Uma outra abordagem, que é a utilizada no n.º 3 do artigo 3.º do RICTT, consiste em calcular as quotas detidas no mercado das tecnologias com base nas vendas de produtos que incorporam a tecnologia licenciada nos mercados do produto situados a jusante. Nesta abordagem, todas as vendas são tomadas em consideração, independentemente do facto de o produto incorporar uma tecnologia licenciada. Ao tomar em consideração tecnologias que são (apenas) utilizadas internamente, o n.º 3 do artigo 3.º afasta-se da prática normal ([18]). Contudo, no caso do mercado da tecnologia, a abordagem prevista no n.º 3 do artigo 3.º é considerada justificada. Na realidade, esta abordagem é geralmente um bom indicador da relevância da tecnologia. Em primeiro lugar, considera qualquer concorrência potencial de empresas que fabricam os produtos com a sua própria tecnologia e que são susceptíveis de começar a licenciá-la em reacção a um ligeiro mas permanente aumento do preço das licenças. Em segundo lugar, mesmo que seja pouco provável que outros titulares da tecnologia comecem a licenciá-la, o licenciante não tem necessariamente poder no mercado da tecnologia, ainda que possua uma parte elevada das receitas de licenças. Se o mercado do produto situado a jusante for competitivo, a concorrência que se exerce a esse nível pode efectivamente limitar o licenciante. O aumento das *royalties* a montante afecta os custos do licenciado, o que o torna menos competitivo e lhe faz perder vendas. A parte detida por uma tecnologia num mercado do produto reflecte igualmente este elemento e constitui, por conseguinte, normalmente um bom indicador do poder de mercado do licenciante. Contudo, em casos individuais não abrangidos pela zona de protecção proporcionada pelo RICTT, pode revelar-se necessário aplicar as duas abordagens anteriormente referidas, a fim de apreciar com exactidão o poder de mercado do licenciante.

22. Certos acordos de licença podem afectar a inovação. Contudo, quando a Comissão analisa estes efeitos, limita-se normalmente a examinar o impacto do acordo sobre a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes ([19]). A concorrência nesses mercados pode ser afectada por acordos que atrasam a introdução de produtos melhorados ou de novos produtos que, a prazo, substituirão os produtos existentes. Nesse caso, a inovação constitui uma fonte de concorrência potencial que deve ser tomada em consideração aquando da apreciação do impacto do acordo no mercado do produto e no mercado da tecnologia. Todavia, num número limitado de casos, pode ser útil e necessário definir mercados da inovação. É nomeadamente o que acontece quando o acordo afecta a inovação destinada a criar novos produtos e quando é possível determinar muito cedo os pólos de investigação e desenvolvimento ([20]). Pode então determinar-se se, após o acordo, se manterá um número de pólos de investigação e desenvolvimento competitivos suficiente para que uma concorrência efectiva se mantenha no domínio da inovação.

### 4. **Distinção entre concorrentes e não concorrentes**

23. Em geral, os acordos entre concorrentes colocam maiores riscos para a concorrência do que os acordos entre não concorrentes. Contudo, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia (concorrência intratecnologias) constitui um complemento importante para a concorrência entre as empresas que utilizam tecnologias concorrentes (concorrência intertecnologias). A concorrência intratecnologia pode, por exemplo, dar origem a preços mais reduzidos dos produtos que englobam a tecnologia em causa, o que pode não apenas trazer vantagens directas e imediatas para os consumidores desses produtos, mas igualmente promover a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes. No contexto da concessão de licenças, é necessário igualmente ter em conta o facto de os licenciados venderem o seu próprio produto e não revenderem um produto fornecido por outra empresa. Por conseguinte, poderá existir uma maior possibilidade de diferenciação dos produtos e da concorrência com base na qualidade entre licenciados do que no caso de acordos verticais para a revenda de produtos.

24. A fim de determinar a relação concorrencial entre as partes, é conveniente examinar se estas teriam sido concorrentes reais ou potenciais no caso de o acordo não ter existido. Se sem o acordo as partes não tivessem sido concorrentes reais ou potenciais em nenhum dos mercados relevantes, considera-se que não são concorrentes. Se, em contrapartida, o licenciante e o licenciado operam ambos no mesmo mercado do produto ou no mesmo mercado da tecnologia, são concorrentes reais no mercado relevante. As partes são consideradas concorrentes potenciais no mercado do produto se, na ausência do acordo, tivessem provavelmente realizado os investimentos suplementares necessários para penetrar no mercado relevante em reacção a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços dos produtos. As partes são, por exemplo, susceptíveis de serem consideradas concorrentes potenciais no mercado do produto, quando o licenciado produz com base na sua própria tecnologia num mercado geográfico e começa a produzir num outro mercado geográfico com base numa tecnologia concorrente. Nessas circunstâncias, é provável que o licenciado tivesse podido entrar no segundo mercado geográfico com base na sua própria tecnologia, a menos que tal entrada fosse excluída por factores objectivos. Considera-se que as partes são concorrentes potenciais no mercado da tecnologia quando possuem tecnologias de substituição, ainda que, no caso em apreço, o licenciado não conceda licenças da sua própria tecnologia, desde que seja susceptível de o fazer em reacção a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços da tecnologia em causa.

25. Se as partes possuírem tecnologias que se encontram numa posição de bloqueio unidireccional ou bidireccional, considera-se que não são concorrentes no mercado da tecnologia. Verifica-se uma situação de bloqueio unidireccional, quando uma tecnologia não pode ser explorada sem interferir com outra tecnologia. É por exemplo o que acontece quando uma patente cobre um melhoramento de uma tecnologia abrangida por uma outra patente. Nesse caso, a exploração da patente que abrange o melhoramento pressupõe que o titular obtém uma licença para a patente de base. Verifica-se uma situação de bloqueio bidireccional quando nenhuma das tecnologias pode ser explorada sem interferir com a outra e quando os titulares devem, por conseguinte, obter uma licença ou uma dispensa um do outro. Para determinar se existe uma situação de bloqueio, a Comissão baseia-se em factores objectivos, e não em opiniões subjectivas das partes. A Comissão pressupõe que os titulares de tecnologias que, de um ponto de vista técnico, podem substituir uma outra tecnologia, são potenciais concorrentes no mercado da tecnologia, a menos que as partes apresentem provas convincentes da existência de uma posição de bloqueio. No caso de uma situação de bloqueio bidireccional, são necessárias provas especialmente convincentes. Como provas pertinentes, podem referir-se decisões judiciais definitivas na matéria ou pareceres de peritos independentes. Neste último caso, a Comissão examinará cuidadosamente, em especial, a forma como o perito foi seleccionado.

26. Em certos casos, pode igualmente ser possível concluir que, embora o licenciante e o licenciado fabriquem produtos concorrentes, não são concorrentes no mercado do produto e no mercado da tecnologia relevantes, uma vez que a tecnologia licenciada constitui uma inovação de tal forma radical que a tecnologia do licenciado se tornou obsoleta ou não concorrencial. Nesses casos, a tecnologia do licenciante ou cria um novo mercado ou exclui a tecnologia do licenciado do mercado. Todavia, tal é frequentemente impossível de estabelecer no momento da conclusão do acordo. Normalmente, é só quando a tecnologia ou os produtos que a incorporam estão disponíveis para os consumidores durante um certo tempo, que se afigura evidente que a antiga tecnologia se tornou obsoleta ou não competitiva. Por exemplo, quando a tecnologia CD foi desenvolvida e os leitores e os discos foram colocados no mercado, não era evidente que esta nova tecnologia substituiria a tecnologia dos LP. Tal só se tornou evidente anos mais tarde. Por conseguinte, as partes serão consideradas concorrentes se, no momento da conclusão do acordo, não for evidente que a tecnologia do licenciado é obsoleta ou não concorrencial. No entanto, tendo em conta o facto de tanto o n.º 1 como o n.º 3 do artigo 81.º deverem ser aplicados em função do contexto real em que o acordo é concluído, a apreciação poderá ser alterada em caso de evolução significativa da situação. A caracterização da relação entre as partes poderá, por conseguinte, ser alterada se, mais tarde, a tecnologia do licenciado se tornar obsoleta ou não concorrencial no mercado.

## III. APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

### 1. Os efeitos da isenção por categoria

27. Os acordos de transferência de tecnologia que satisfaçam as condições enunciadas no RICTT são isentos da proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º. Os acordos que beneficiam da isenção por categoria são legalmente válidos e aplicáveis. Tais acordos só podem ser proibidos para o futuro e apenas mediante a retirada formal da isenção por categoria pela Comissão ou pela autoridade responsável pela concorrência de um Estado-Membro. Os acordos que beneficiam das isenções por categoria não podem ser declarados inválidos por razões de concorrência por tribunais nacionais no âmbito de litígios entre particulares.

28. A isenção por categoria de acordos de transferência de tecnologia restritivos baseia-se na presunção de que tais acordos satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. Pressupõe-se, por conseguinte, que esses acordos permitem realizar ganhos de eficiência, que as restrições que incluem são indispensáveis para a obtenção desses ganhos de eficiência, que os consumidores no mercado relevante receberão uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e que os acordos não conferirão às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa. Os limiares de quota de mercado (artigo 3.º), a lista das restrições graves (artigo 4.º), bem como as condições (artigo 5.º) têm por objectivo garantir que apenas os acordos relativamente aos quais se pode razoavelmente pressupor que satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º beneficiarão da isenção por categoria.

29. A maior parte dos acordos de transferência de tecnologia não são restritivos da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º. Num certo número de casos, alguns dos quais são mencionados na Secção IV, os acordos de licença individuais não são abrangidos pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º, quer porque não restringem a concorrência, quer porque a restrição da concorrência não é significativa ([21]). Na medida em que tais acordos seriam de qualquer forma abrangidos pelo âmbito do RICTT, não há necessidade de determinar se são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º ([22]).

30. Fora do âmbito da isenção por categoria, é importante examinar se, no caso individual, o acordo é abrangido pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º e, em caso afirmativo, se estão satisfeitas as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. Não existe qualquer presunção de que os acordos de transferência de tecnologia, que não beneficiem da isenção por categoria, são incompatíveis com o artigo 81.º. Não existe nomeadamente qualquer presunção de ilegalidade simplesmente devido ao facto de as quotas de mercado das partes serem superiores aos limiares definidos no artigo 3.º do RICTT. Tais acordos podem não ser restritivos ou, ainda que o sejam, podem satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. A não aplicação da isenção por categoria significa simplesmente que é necessário proceder a uma apreciação individual. Só quando os acordos incluem restrições graves da concorrência é que se pode normalmente presumir que são proibidos pelo artigo 81.º

## 2. Âmbito de aplicação e vigência do regulamento de isenção por categoria

### 2.1. *Acordos entre duas partes*

31. Em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 2.º do RICTT, este abrange apenas os acordos de transferência de tecnologia *entre duas empresas*, pelo que os acordos de transferência de tecnologia concluídos entre mais de duas empresas não são abrangidos pelo RICTT. O factor decisivo para distinguir os acordos entre duas partes e os acordos com várias partes reside no facto de o acordo em questão ter sido concluído por mais de duas partes.

32. Os acordos concluídos entre duas partes são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT, ainda que o acordo inclua disposições aplicáveis a vários níveis da cadeia comercial. Assim, o RICTT é aplicável a um acordo de licença respeitante não apenas ao estádio da produção, mas igualmente ao estádio da distribuição, que especifique as obrigações que o licenciado pode ou deve impor ao revendedores dos produtos fabricados ao abrigo da licença ([23]).

33. Os acordos de licença concluídos entre mais de duas empresas suscitam frequentemente as mesmas questões do que os acordos de licença da mesma natureza concluídos entre duas partes. Na sua apreciação individual de acordos de licença que são da mesma natureza do que os abrangidos pela isenção por categoria, mas que são concluídos entre mais de duas partes, a Comissão aplicará por analogia os princípios estabelecidos no RICTT. Os acordos entre mais de duas empresas que teriam sido objecto de uma isenção por categoria caso tivessem sido concluídos entre apenas duas empresas serão em princípio tratados como se fossem abrangidos pela isenção por categoria.

### 2.2. *Acordos relativos ao fabrico ou ao fornecimento de produtos contratuais*

34. O artigo 2.º do RICTT estabelece que, para que os acordos de licença sejam abrangidos, devem dizer respeito *ao fabrico ou ao fornecimento de produtos contratuais*, isto é, produtos que incorporam ou que são fabricados com a tecnologia licenciada. O RICTT não abrange os agrupamentos de tecnologias. A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais partes acordam em reunir as suas tecnologias e licenciá-las como um pacote, bem como acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em conceder licenças a terceiros e autorizá-los a concederem eles próprios licenças relativamente ao pacote de tecnologias. Os agrupamentos de tecnologias são abordados na secção IV.4. Do mesmo modo, o RICTT não é aplicável a acordos ao abrigo dos quais o licenciado é autorizado pelo licenciante a conceder licenças a terceiros (sublicenciados) para a exploração da tecnologia do licenciante. Todavia, a Comissão aplicará, por analogia, os princípios estabelecidos no RICTT e nas presentes orientações a tais «acordos-quadro de licença» entre o licenciante e o licenciado. Os acordos entre o licenciado e os sublicenciados são abrangidos pelo RICTT.

35. O RICTT não é aplicável a acordos de licença, incluindo acordos de licenciamento cruzado, que se destinem a assegurar que uma parte não invoca os seus direitos de propriedade intelectual para impedir a outra de explorar a sua própria tecnologia (acordos de não reivindicação). Também não é aplicável a acordos que tenham unicamente por objecto a resolução de litígios no âmbito dos quais é alegado que os direitos de propriedade intelectual de uma parte infringem os direitos de propriedade intelectual da outra parte e vice-versa (acordos de resolução de litígios). Em nenhum dos casos o acordo é concluído relativamente ao fabrico ou fornecimento de produtos contratuais. Tais acordos são tratados na Secção IV.3.

36. A expressão *produtos contratuais* inclui os produtos fabricados ou os serviços fornecidos com a tecnologia licenciada, isto é, tanto os casos em que a tecnologia licenciada é utilizada no processo de produção, como os casos em que é integrada no próprio produto. Nas presentes orientações, a expressão «produtos que incorporam a tecnologia licenciada» abrange os dois casos. O RICTT é aplicável a todos os casos em que a tecnologia é licenciada com o objectivo de produzir bens e serviços, incluindo a subcontratação por parte do licenciante ([24]).

37. A subcontratação é um acordo por força do qual o licenciante concede a tecnologia ao licenciado, que se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o licenciante com base nessas tecnologias. A subcontratação pode igualmente incluir o fornecimento, por parte do licenciante, de equipamentos a utilizar para a produção dos bens e dos serviços abrangidos pelo acordo. Para que este último tipo de subcontratação seja abrangido pelo RICTT, é a tecnologia licenciada que deve constituir o objecto principal do acordo e não os equipamentos fornecidos.

38. Os acordos de subcontratação, enquanto tal, não são normalmente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando a tecnologia licenciada ou o equipamento fornecido é necessário para a produção dos bens e dos serviços abrangidos pelo acordo. O facto de uma empresa subcontratar a produção de bens e serviços a outra empresa e obrigar o subcontratante a utilizar a tecnologia licenciada unicamente para produzir os bens e serviços abrangidos pelo acordo e a fornecer esses bens e serviços exclusivamente ao licenciante, não constitui em si uma restrição da concorrência. A obrigação de fornecimento exclusivo é inerente à subcontratação e não constitui uma restrição dos clientes para efeitos do RICTT. O critério de necessidade é cumprido se na ausência do acordo o subcontratante não pudesse ter fabricado um produto com as mesmas características que as encomendadas pelo licenciante.

39. Contudo, os acordos de subcontratação podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º quando ultrapassam a mera subcontratação da produção de bens e serviços a outra empresa, tal como descrito no ponto anterior. As preocupações em termos de concorrência podem, por exemplo, surgir quando os acordos de subcontratação reduzem a capacidade ou o incentivo de um subcontratante para inovar, quando impedem a entrada de terceiros ou quando facilitam uma colusão no mercado. As restrições impostas ao subcontratante para realizar a investigação e desenvolvimento, bem como as obrigações de retrocessão são abordadas da mesma forma que em todos os outros acordos de licença. Tal é igualmente válido para as obrigações de não concorrência que impõem aos subcontratantes não negociar com terceiros no que diz respeito aos produtos que não são fabricados para o licenciante ou em relação a tecnologias que não foram por ele licenciadas. Todavia, o simples facto de a produção abrangida pelo acordo ocupar a maior parte ou a totalidade da capacidade do subcontratante não é suficiente para concluir que existe exclusão do mercado, desde que o subcontratante não seja impedido de expandir a sua capacidade.

40. A subcontratação, tal como definida, não inclui a subcontratação de investigação e desenvolvimento, através da qual o licenciado se compromete a prosseguir os trabalhos de investigação e desenvolvimento no domínio abrangido pela tecnologia licenciada e a devolver o pacote de tecnologia melhorada ao licenciante. O principal objecto de tais acordos é o fornecimento de serviços de investigação e desenvolvimento destinados a melhorar a tecnologia, por oposição à produção de bens e serviços com base na tecnologia licenciada. Tais acordos não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT nem pelas presentes orientações.

41. Do mesmo modo, o RICTT e as orientações não abrangem acordos através dos quais uma tecnologia é licenciada a fim de permitir ao licenciado continuar a realizar investigação e desenvolvimento por sua própria conta para exploração posterior. Por exemplo, o RICTT e as orientações não abrangem o licenciamento de um instrumento de investigação tecnológica utilizado no processo de actividades de investigação suplementares.

2.3. *O conceito de acordos de transferência de tecnologia*

42. O RICTT e as presentes orientações abrangem os acordos de transferência de tecnologia. Nos termos do disposto no n.º 1, alíneas b) e f), do artigo 1.º do RICTT, a noção de *tecnologia* abrange as patentes e os pedidos de patentes, os modelos de utilidade e os pedidos de modelos de utilidade, os direitos sobre desenhos e modelos, os direitos de obtenção vegetal, as topografias de produtos semicondutores, os certificados de protecção suplementar para produtos farmacêuticos ou outros produtos, relativamente aos quais tais certificados de protecção suplementar podem ser obtidos, direitos de autor relativos a suportes lógicos e saber-fazer.

43. O saber-fazer é definido no n.º 1, alínea g), do artigo 1.º como um conjunto de informações práticas não patenteadas, decorrentes da experiência e de ensaios, que são secretas, substanciais e identificadas. *Secretas* significa que o saber-fazer não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção. *Substanciais* significa que o saber-fazer inclui informações indispensáveis ao fabrico ou fornecimento dos produtos abrangidos pelo acordo de licença ou à aplicação do processo abrangido por esse acordo. *Identificadas* significa que o saber-fazer é descrito de uma forma suficientemente completa, de maneira a permitir concluir que preenche os critérios de carácter secreto e substancial.

44. A noção de *transferência* implica que a tecnologia deve passar de uma empresa para outra. Tal efectua-se normalmente através da concessão de uma licença graças à qual o licenciante concede ao licenciado o direito de utilizar a sua tecnologia mediante o pagamento de *royalties*. A transferência pode igualmente efectuar-se através de um acordo de sub-licença, ao abrigo do qual um licenciado, após para tal ter sido autorizado pelo licenciante, concede licenças a terceiros (sub-licenciados) para a exploração da tecnologia. Todavia, em caso de sub-licenças, o acordo concluído entre o licenciante e o licenciado não é abrangido pelo RICTT, na medida em que a licença não é concedida para produzir bens e serviços a partir da tecnologia licenciada, ver ponto 34.

45. Nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 1.º do RICTT, este abrange igualmente os acordos de cessão de tecnologia, sob reserva de o risco associado à exploração da propriedade intelectual ser suportado pelo cedente, em especial quando o montante devido a título da cessão depende do volume de negócios realizado pelo cessionário com os produtos fabricados ou fornecidos com a tecnologia cedida, da quantidade de produtos fabricada ou do número de operações realizadas com a tecnologia em causa. Esses acordos de cessão funcionam de certo modo como um acordo de licença tradicional. Uma característica comum dos acordos de licença é o facto de a remuneração devida ao licenciante depender da utilização pelo licenciado da tecnologia licenciada. Os outros casos de cessão não são abrangidos pelo RICTT.

46. O RICTT só é aplicável aos acordos que tenham por objecto principal a transferência de tecnologia, por oposição à aquisição de bens e serviços ou à concessão de licenças relativamente a outros tipos de propriedade intelectual. Os acordos que incluem disposições relativas à compra e à venda de produtos só são abrangidos pelo RICTT se essas disposições não constituírem o objecto principal do acordo e estiverem directamente relacionadas com a aplicação da tecnologia licenciada. É provavelmente o que acontece quando os produtos associados são maquinaria ou processos especialmente concebidos para que a tecnologia licenciada neles seja integrada ou para que esta possa ser explorada de forma eficaz. Em contrapartida, se o produto for simplesmente um outro elemento que entra na composição do produto final, será conveniente examinar cuidadosamente se a tecnologia licenciada constitui o objecto principal do acordo. Quando, por exemplo, o licenciado fabrica já um produto final com base numa outra tecnologia, a licença deve introduzir uma melhoria significativa no processo de produção do licenciado, superior ao valor do produto adquirido ao licenciante. A exigência de que os produtos associados devem estar directamente ligados à concessão da licença de tecnologia implica que o RICTT não abrange a compra de produtos que não tenham qualquer relação com os produtos que incluem a tecnologia licenciada. É por exemplo o que acontece quando o produto associado não se destina a ser utilizado com o produto licenciado, mas está associado a uma actividade num mercado do produto distinto.

47. O RICTT só abrange a concessão de licenças relativamente a outros tipos de propriedade intelectual, tais como as marcas e os direitos de autor que não os relativos a suportes lógicos, se estiverem directamente associados à exploração da tecnologia licenciada e não constituírem o objecto principal do acordo. Esta condição garante que os acordos que abrangem outros tipos de direitos de propriedade intelectual só beneficiam da isenção por categoria se esses direitos permitirem ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada. O licenciante pode, por exemplo, autorizar o licenciado a utilizar a sua marca nos produtos que incluem a tecnologia licenciada. A licença de uma marca pode igualmente permitir ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada, uma vez que os consumidores farão directamente a associação entre o produto e as características que lhe são conferidas pela tecnologia licenciada. A obrigação de o licenciado utilizar a marca do licenciante pode igualmente favorecer a divulgação da tecnologia, permitindo ao licenciante identificar-se como fonte da tecnologia utilizada. Contudo, quando o valor da tecnologia licenciada é limitado, uma vez que utiliza já uma tecnologia idêntica ou muito semelhante, e quando o objecto principal do acordo é a marca, o RICTT não é aplicável ([25]).

48. A concessão de uma licença de direitos de autor para a reprodução e distribuição da obra protegida, isto é, a produção de cópias destinadas a serem revendidas, é considerada semelhante à concessão de uma licença de tecnologia. Tais acordos de licença relativos à produção e à venda de produtos com base num direito de propriedade intelectual, são considerados da mesma natureza que os acordos de transferência de tecnologia e colocam normalmente os mesmos problemas. Regra geral, a Comissão aplicará, por conseguinte, os princípios definidos no RICTT e nas presentes orientações quando for chamada a apreciar, ao abrigo do artigo 81.º, tal concessão de uma licença de direitos de autor.

49. Considera-se, por outro lado, que a concessão de licenças de direitos de execução e outros direitos conexos coloca problemas específicos e que não é oportuno apreciar este tipo de licença com base nos princípios enunciados nas presentes orientações. No caso dos vários direitos relativos às execuções, o valor não é criado pela reprodução e venda de cópias de um produto, mas por cada execução individual da obra protegida. Esta exploração pode assumir diferentes formas, nomeadamente a execução, a apresentação ou a locação de material protegido, tal como filmes, música ou manifestações desportivas. Para efeitos da aplicação do artigo 81.º, é necessário ter em conta a especificidade da obra e a forma como é explorada ([26]). A Comissão não aplicará, por conseguinte, por analogia o RICTT nem as presentes orientações à concessão de licenças destes outros direitos.

50. A Comissão não alargará também os princípios enunciados no RICTT e nas presentes orientações às licenças de marca. Contudo, a concessão de licenças de marca ocorre frequentemente no contexto da distribuição e revenda de bens e serviços, e assemelha-se geralmente mais aos acordos de distribuição do que aos acordos de licença de tecnologia. Quando uma licença de marca está directamente associada à utilização, venda ou revenda de bens e serviços e não constitui o objecto principal do acordo, o acordo de licença é abrangido pelo Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas ([27]).

2.4. *Duração*

51. A isenção por categoria será aplicável enquanto o direito de propriedade licenciado não tiver cessado ou sido declarado nulo ou, no caso do saber-fazer, enquanto permanecer secreto, salvo se o saber-fazer for divulgado pelo licenciado, caso em que a isenção será aplicável durante o período de vigência do acordo (ver artigo 2.º do RICTT).

52. A isenção por categoria é aplicável a cada direito de propriedade intelectual licenciado abrangido pelo acordo e deixa de ser aplicável na data de cessação, nulidade ou entrada no domínio público do último direito de propriedade intelectual que constitua uma «tecnologia» na acepção do RICTT (ver ponto 42).

53. Fora do âmbito de aplicação da isenção por categoria, a apreciação pode divergir em função do tipo de propriedade intelectual em causa e do facto de, por exemplo, o acordo abranger uma patente de base ou um melhoramento numa patente de base cuja vigência terminou.

2.5. *Relação com outros regulamentos de isenção por categoria*

54. O RICTT abrange os acordos entre duas partes relativos à concessão de licenças de tecnologia tendo em vista o fabrico ou o fornecimento de produtos contratuais. Contudo, a tecnologia pode constituir igualmente um elemento de outro tipo de acordos. Além disso, os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são seguidamente vendidos no mercado. Afigura-se, por conseguinte, necessário examinar as relações entre o RICTT e o Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização ([28]), o Regulamento n.º 2659/2000 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 82.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento ([29]), bem como com o Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas ([30]).

2.5.1. Os regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e aos acordos de investigação e desenvolvimento

55. Nos termos do disposto no n.º 1, alínea c), do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 2658/2000 relativo aos acordos de especialização, esse regulamento abrange, nomeadamente, os acordos de produção conjunta ao abrigo dos quais duas ou mais empresas acordam em fabricar determinados produtos conjuntamente. O regulamento é igualmente aplicável às disposições relativas à cessão ou à utilização de direitos de propriedade intelectual, desde que estes não constituam o objecto principal do acordo, mas estejam directamente associados e seja necessários à sua aplicação.

56. Quando empresas criam uma empresa comum de produção e concedem a esta empresa uma licença para a exploração de uma tecnologia utilizada na produção dos produtos fabricados pela empresa comum, este tipo de licença é abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 2658/2000 e não pelo RICTT. Por esta razão, a concessão de licenças no âmbito de uma empresa comum de produção é normalmente apreciada ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 2658/2000. Contudo, quando a empresa comum concede sob licença a terceiros a tecnologia, a actividade não está associada ao fabrico de produtos pela empresa comum, não sendo por conseguinte abrangida por este regulamento. Tais acordos de licença que permitem reunir as tecnologias das partes, constituem agrupamentos de tecnologias e são abordados na secção IV.4.

57. O Regulamento (CE) n.º 2659/2000 relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento abrange os acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em desenvolver em comum actividades de investigação e desenvolvimento e em explorar em comum os respectivos resultados. Nos termos do disposto no n.º 11 do artigo 2.º, a investigação e desenvolvimento ou a exploração dos resultados são efectuados em comum, quando as tarefas a eles relativas são executadas por uma equipa, uma organização ou uma empresa comum, confiadas em comum a um terceiro ou repartidas entre as partes em função de uma especialização na investigação, desenvolvimento, produção ou distribuição, incluindo a concessão de licenças.

58. O Regulamento (CE) n.º 2659/2000 abrange, por conseguinte, a concessão de licenças entre as partes e pelas partes a uma entidade comum no âmbito de um acordo de investigação e desenvolvimento. No âmbito de tal acordo, as partes podem igualmente determinar as condições em que o resultado dos acordos de investigação e desenvolvimento será concedido sob licença a terceiros. Contudo, como os licenciados terceiros não são parte no acordo de investigação e desenvolvimento, o acordo de licença individual concluído com terceiros não é abrangido pelo Regulamento (CE) n.º 2659/2000. Tais acordos de licença podem beneficiar de uma isenção por categoria se satisfizerem as condições estabelecidas no RICTT.

2.5.2. O Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais

59. O Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo aos acordos verticais abrange os acordos concluídos entre duas ou mais empresas, cada uma das quais opera, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou de distribuição e que dizem respeito às condições em que as partes podem comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços. Abrange, por conseguinte, os acordos de fornecimento e de distribuição ([31]).

60. Uma vez que o RICTT só abrange os acordos concluídos entre duas partes e sendo o licenciado, que vende produtos que incluam a tecnologia licenciada, um fornecedor para efeitos da aplicação do Regulamento (CE) n.º 2790/1999, estes dois regulamentos de isenção por categoria estão estreitamente associados. Os acordos concluídos entre um licenciante e um licenciado estão sujeitos ao RICTT, enquanto os acordos concluídos entre um licenciado e os compradores estão sujeitos ao Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e às Orientações relativas às restrições verticais ([32]).

61. O RICTT isenta os acordos entre o licenciante e o licenciado, mesmo quando estes impõem obrigações ao licenciado quanto à forma como ele deve vender os produtos que incluem a tecnologia licenciada. O licenciado pode nomeadamente ser obrigado a criar um determinado tipo de sistema de distribuição, por exemplo, uma distribuição exclusiva ou selectiva. Todavia, os acordos de distribuição concluídos para a aplicação deste tipo de obrigação devem estar em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 2790/1999 para poderem ser objecto de uma isenção por categoria. Assim, o licenciante pode impor ao licenciado a criação de um sistema baseado na distribuição exclusiva, em conformidade com regras precisas. Contudo, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999, os distribuidores devem poder efectuar vendas passivas nos territórios de outros distribuidores exclusivos.

62. Além disso, os distribuidores devem em princípio ter a liberdade de vender, tanto activa como passivamente, nos territórios abrangidos pelos sistemas de distribuição de outros licenciados que produzem os seus próprios produtos a partir da tecnologia licenciada. Para efeitos da aplicação do Regulamento (CE) n.º 2790/1999, cada licenciado constitui um fornecedor distinto. Todavia, os motivos subjacentes à concessão da isenção por categoria previstos nesse regulamento podem igualmente ser aplicados quando os produtos que incluem a tecnologia licenciada são vendidos pelos licenciados sob uma marca comum pertencente ao licenciante. Quando esses produtos são vendidos sob uma marca comum, pode ser desejável, pelas mesmas razões de eficácia, aplicar os mesmos tipos de restrições entre os sistemas de distribuição dos licenciados que no caso de um sistema de distribuição vertical único. Em tais casos, é pouco provável que a Comissão conteste eventuais restrições, quando as condições enunciadas no Regulamento (CE) n.º 2790/1999 são cumpridas por analogia. Para que exista uma identidade de marca comum, os produtos devem ser vendidos e comercializados sob uma marca comum, que é predominante no que diz respeito às noções de qualidade e outras informações pertinentes para os consumidores. Não é suficiente que o produto tenha, para além das marcas dos licenciados, igualmente a marca do licenciante, que permitiria identificar este último como fonte da tecnologia licenciada.

### 3. **A zona de protecção criada pelo regulamento de isenção por categoria**

63. Nos termos do disposto no artigo 3.º do RICTT, a isenção por categoria de acordos restritivos está sujeita a limiares de quotas de mercado, o que limita o âmbito da aplicação da isenção por categoria aos acordos que se presume geralmente satisfazerem as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º

64. O limiar aplicável varia consoante o acordo tenha sido concluído entre concorrentes ou entre não concorrentes. Para efeitos da aplicação do RICTT, as empresas são consideradas concorrentes no mercado da tecnologia relevante, quando concedem a terceiros licenças em relação a tecnologias concorrentes. A concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tomada em consideração para a aplicação dos limiares de quota de mercado. Fora da zona de protecção, a concorrência potencial no mercado da tecnologia é tomada em consideração e pode dar origem a uma requalificação da relação concorrencial entre as partes, ver em especial o ponto 24.

65. As empresas são consideradas concorrentes em relação aos produtos em causa, quando operam ambas no ou nos mercados do produto e no ou nos mercados geográficos relevantes em que os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são vendidos (concorrentes reais). São igualmente consideradas concorrentes, quando poderiam, em termos realistas, realizar os investimentos suplementares necessários ou suportar os outros custos necessários para poderem penetrar no ou nos mercados do produto ou no ou nos mercados geográficos relevantes em resposta a um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos (concorrentes potenciais).

66. Decorre dos pontos 64 e 65 que duas empresas não são concorrentes para efeitos do RICTT, quando o licenciante não é um fornecedor nem real nem potencial de produtos no mercado relevante e o licenciado, já presente no mercado do produto, não concede licenças de uma tecnologia concorrente, ainda que possua e produza com base numa tecnologia concorrente. Contudo, as partes tornam-se concorrentes se mais tarde o licenciado começar a conceder licenças da sua tecnologia ou o licenciante se tornar um fornecedor real ou potencial de produtos no mercado relevante. Além disso, tal como indicado no ponto 64, acima do limiar de quota de mercado é tomada em consideração a concorrência potencial no mercado da tecnologia.

67. No que diz respeito aos acordos entre concorrentes, o limiar de quota de mercado é de 20 % e para os acordos entre não concorrentes de 30 %, (ver n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do RICTT). Quando as empresas parte no acordo de licença não são concorrentes, o acordo é abrangido se a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapassar 30 % nos mercados da tecnologia e do produto relevantes. Quando as empresas parte no acordo de licença são concorrentes, o acordo é abrangido se as quotas de mercado combinadas das partes não ultrapassarem 20 % nos mercados da tecnologia e do produto relevantes. Daí resulta que os limiares de quota de mercado são aplicáveis tanto ao mercado da tecnologia como ao mercado do produto que incorpora a tecnologia licenciada. Se a quota de mercado detida ultrapassar o limiar aplicável num dos mercados relevantes, o acordo não poderá beneficiar da isenção por categoria nesse mercado.

68. No que diz respeito ao mercado da tecnologia, decorre do n.º 3 do artigo 3.º do RICTT que a quota de mercado do licenciante deve ser calculada com base no total das vendas realizadas pelo licenciante, pelo licenciado, bem como pelos licenciados de produtos que incorporam a tecnologia do licenciante e isto individualmente para cada mercado do produto ([33]). Quando as partes são concorrentes no mercado da tecnologia, as vendas de produtos que incorporam a tecnologia do licenciado devem ser acrescentadas às vendas dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada. No caso de tecnologias novas, que não tenham ainda gerado vendas, é atribuída uma quota de mercado igual a zero. Quando as vendas se iniciarem, a tecnologia começará a acumular quota de mercado.

69. No que diz respeito aos mercados do produto, a quota de mercado do licenciado deve ser calculada com base nas vendas pelo licenciado dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada e nas vendas dos produtos concorrentes, ou seja, as vendas globais do licenciado no mercado do produto relevante. Quando o licenciante é igualmente fornecedor de produtos no mercado relevante, as vendas do licenciante no mercado do produto relevante devem igualmente ser tomadas em consideração. Todavia, aquando do cálculo das quotas de mercado, as vendas realizadas por outros licenciados não são tomadas em consideração para o cálculo da quota de mercado do licenciado e/ou do licenciante.

70. As quotas de mercado deverão ser calculadas com base nos dados relativos ao valor das vendas, quando esses dados estiverem disponíveis, uma vez que dão normalmente uma indicação mais exacta da relevância de uma tecnologia do que os dados relativos ao volume de vendas. Contudo, quando esses dados não estiverem disponíveis, é possível utilizar estimativas que se baseiem noutras informações fiáveis, incluindo os dados relativos aos volumes de vendas.

71. Os princípios definidos anteriormente podem ser ilustrados pelos seguintes exemplos:

**Concessão de licenças entre não concorrentes**

*Exemplo 1*

A empresa A é especializada no desenvolvimento de produtos e técnicas biotecnológicos, tendo desenvolvido um novo produto, o Xeran. Não desenvolve as suas actividades como produtor em massa de Xeran, em relação ao qual não dispõe de instalações nem de produção nem de distribuição. A empresa B é um dos fabricantes de produtos concorrentes, recorrendo a tecnologias não privativas livremente disponíveis. No ano 0, B vendia produtos no valor de 25 milhões de euros, fabricados com as tecnologias livremente disponíveis. No ano 1, A concede a B uma licença para o fabrico de Xeran. Nesse ano, B vende produtos no valor de 15 milhões de euros com recurso às tecnologias livremente disponíveis e Xeran no valor de 15 milhões de euros. No ano 2 e nos anos seguintes, B fabrica e vende apenas Xeran no valor de 40 milhões de euros por ano. Para além disso, no ano 1, A concede também uma licença a C. C não desenvolvia anteriormente quaisquer actividades nesse mercado do produto. C fabrica e vende apenas Xeran, no valor de 10 milhões de euros no ano 1 e de 15 milhões de euros no ano 2 e seguintes. Partamos do princípio que está estabelecido que o mercado total de Xeran e dos seus substitutos, em que B e C desenvolvem as suas actividades, tem um valor anual de 200 milhões de euros.

No ano 1, ano em que foi concluído o acordo de licença, a quota de A no mercado da tecnologia é de 0 %, uma vez que a sua quota de mercado deve ser calculada com base nas vendas totais de Xeran realizadas no ano anterior. No ano 2, a quota de A no mercado da tecnologia é de 12,5 %, reflectindo o valor de Xeran fabricado por B e C no ano anterior. No ano 3 e seguintes, a quota de A no mercado da tecnologia é de 27,5 %, reflectindo o valor de Xeran fabricado por B e C no ano anterior.

No ano 1, a quota de B no mercado do produto é de 12,5 %, reflectindo as vendas de 25 milhões de euros de B no ano 0. No ano 2, a quota de mercado de B é de 15 %, uma vez que as suas vendas aumentaram para 30 milhões de euros no ano 1. No ano 3 e seguintes, a quota de mercado de B é de 20 %, uma vez que as suas vendas se elevaram a 40 milhões de euros por ano. A quota de C no mercado do produto é de 0 % no ano 1, de 1,5 % no ano 2 e de 7,5 % posteriormente.

Dado que se trata de um acordo entre não concorrentes e a quota de mercado de A, B e C é inferior a 30 % por ano, os acordos são abrangidos pela zona de segurança do RICTT.

*Exemplo 2*

A situação é idêntica à do exemplo 1, mas agora B e C operam em mercados geográficos diferentes. Partamos do princípio que está estabelecido que o mercado total de Xeran e dos seus substitutos tem um valor anual de 100 milhões de euros em cada mercado.

Neste caso, a quota de A no mercado da tecnologia deve ser calculada em relação a cada um dos dois mercados geográficos. No mercado em que B desenvolve as suas actividades, a quota de mercado de A depende da venda de Xeran por B. Como neste exemplo se presume que o mercado total tenha um valor de 100 milhões de euros, isto é, metade da dimensão do mercado citado no exemplo 1, a quota de mercado de A é de 0 % no ano 1, de 15 % no ano 2 e de 40 % posteriormente. A quota de mercado de B é de 25 % no ano 1, 30 % no ano 2 e 40 % no ano 3. Nos anos 1 e 2, a quota de mercado tanto de A como de B não ultrapassou o limiar de 30 %. No entanto, o limiar é excedido a partir do ano 3 e isto significa que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 8.º do RICTT, após o ano 4, o acordo de licença entre A e B deixará de beneficiar da zona de segurança, devendo ser apreciado numa base individual.

No mercado em que C desenvolve as suas actividades, a quota de mercado de A depende da venda de Xeran por C. A quota de A no mercado da tecnologia, com base nas vendas de C no ano anterior, é, por conseguinte, de 0 % no ano 1, de 10 % no ano 2 e de 15 % posteriormente. A quota de C no mercado do produto é a mesma: 0 % no ano 1, 10 % no ano 2 e 15 % posteriormente. O acordo de licença entre A e C é, por conseguinte, abrangido pela zona de segurança durante todo o seu período de vigência.

**Concessão de licenças entre concorrentes**

*Exemplo 1*

As empresas A e B desenvolvem actividades no mesmo mercado relevante relativamente a um determinado produto químico. Também são ambas titulares de uma patente no que diz respeito às diferentes tecnologias utilizadas para o fabrico deste produto. No ano 1, A e B celebraram um acordo de licenças cruzadas pelo qual cada uma das empresas concede à outra o direito de utilizar a sua tecnologia. No ano 0, A e B utilizam apenas a sua própria tecnologia na sua produção e A vende produtos no valor de 15 milhões de euros e B de 20 milhões de euros. A partir do ano 1, utilizam ambas a sua própria tecnologia e a tecnologia uma da outra. Desse ano para diante, A vende produtos no valor de 10 milhões de euros fabricados com a sua própria tecnologia e 10 milhões de euros de produtos fabricados com a tecnologia de B. B vende a partir do ano 1 produtos no valor de 15 milhões de euros fabricados com a sua própria tecnologia e 10 milhões de euros de produtos fabricados com a tecnologia de A. Partamos do princípio que o mercado total do produto e dos seus substitutos tem um valor anual de 100 milhões de euros.

A fim de apreciar o acordo de licença no âmbito do RICTT, as quotas de mercado de A e B devem ser ambas calculadas com base nos mercados da tecnologia e do produto. A quota de A no mercado da tecnologia depende do montante do produto vendido no ano anterior que foi fabricado por A e B com a tecnologia de A. No ano 1, a quota de A no mercado da tecnologia é, por conseguinte, de 15 %, reflectindo a sua própria produção e vendas de 15 milhões de euros no ano 0. A partir do ano 2, a quota de A no mercado da tecnologia é de 20 %, reflectindo as vendas no valor de 20 milhões de euros do produto fabricado com a tecnologia de A e fabricado e vendido por A e B (10 milhões de euros cada). Do mesmo modo, no ano 1, a quota de B no mercado da tecnologia é de 20 % e de 25 % posteriormente.

As quotas de mercado de A e B no mercado do produto dependem das suas vendas respectivas do produto no ano anterior, independentemente da tecnologia utilizada. A quota de A no mercado do produto é de 15 % no ano 1 e de 20 % posteriormente. A quota de B no mercado do produto é de 20 % no ano 1 e de 25 % posteriormente.

Como se trata de um acordo entre concorrentes, a sua quota de mercado cumulada, nos mercados da tecnologia e do produto, tem de ser inferior ao limiar de quota de mercado de 20 %, a fim de poder beneficiar da zona de segurança. É evidente que tal não acontece neste caso. A quota de mercado cumulada nos mercados das tecnologia e do produto é de 35 % no ano 1 e de 45 % posteriormente. Este acordo entre concorrentes deve, por conseguinte, ser apreciado numa base individual.

## 4. Restrições graves da concorrência nos termos do regulamento de isenção por categoria

### 4.1. *Princípios gerais*

72. O artigo 4.º do RICTT inclui uma lista de restrições graves da concorrência. Uma restrição da concorrência é considerada grave em função da sua própria natureza e do facto de a experiência ter demonstrado que tal restrição era quase sempre anticoncorrencial. Em conformidade com a jurisprudência dos tribunais comunitários ([34]), tal restrição pode resultar do objectivo específico do acordo ou das circunstâncias próprias de cada caso individual, ver ponto 10. Antes de se concluir que uma determinada restrição constitui uma restrição grave da concorrência, pode, por conseguinte, revelar-se necessário examinar os factos na origem do acordo e as circunstâncias específicas em que este se inscreve.

73. Quando um acordo de transferência de tecnologia inclui uma restrição grave da concorrência, os n.os 1 e 2 do artigo 4.º do RICTT estabelecem que o acordo no seu conjunto não pode beneficiar da isenção por categoria. Não é possível dissociar as restrições graves. Além disso, a Comissão considera que, no âmbito de uma apreciação individual, as restrições graves da concorrência só excepcionalmente satisfarão as quatro condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º, ver ponto 16.

74. O artigo 4.º do RICTT estabelece uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.

### 4.2. *Acordos entre concorrentes*

75. O n.º 1 do artigo 4.º enumera as restrições graves relativas aos acordos de licença entre concorrentes. Em conformidade com esta disposição, o RICTT não é aplicável aos acordos que, directa ou indirectamente, de forma separada ou em conjugação com outros factores sob o controlo das partes, tiverem por objecto:

a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros;

b) A limitação da produção ou das vendas, exceptuando as limitações da produção dos produtos contratuais impostas ao licenciado num acordo não recíproco;

c) A repartição de mercados ou de clientes, salvo:

i) a obrigação imposta ao licenciado num acordo não recíproco de explorar a tecnologia licenciada apenas no âmbito de um ou mais domínios técnicos de utilização ou de um ou mais mercados do produto; e

ii) o requisito de o licenciado fabricar ou fornecer os produtos contratuais exclusivamente para sua utilização própria, incluindo a venda destes produtos a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;

d) A restrição da capacidade do licenciado de explorar a sua própria tecnologia ou a restrição da capacidade das partes no acordo para realizarem investigação e desenvolvimento, excepto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

76. A restrição grave constante do n.º 1, alínea a), do artigo 4.º, diz respeito aos acordos entre concorrentes que têm por objecto a fixação de preços dos produtos vendidos a terceiros. A fixação dos preços entre concorrentes constitui uma restrição da concorrência pelo seu próprio objecto. A fixação de preços pode, por exemplo, efectivar-se sob forma de um acordo directo relativo aos preços exactos a facturar ou de uma tabela de preços com certas reduções máximas autorizadas. Pode igualmente praticar-se de forma indirecta, utilizando meios para incentivar as empresas a não se afastarem do nível de preços acordados, por exemplo prevendo que o montante da *royalty* aumentará se os preços dos produtos diminuírem abaixo de um determinado nível.

77. Pode igualmente existir fixação dos preços quando partes que vendem produtos concorrentes cruzam as tecnologias licenciadas integradas nesses produtos. Quando as *royalties* são calculadas com base nas vendas individuais, o montante das *royalties* tem uma incidência directa sobre o custo marginal do produto e por isso sobre o seu preço ([35]). Por conseguinte, os concorrentes podem utilizar as *royalties* para coordenarem os preços nos mercados do produto a jusante ([36]). Quando os concorrentes concluem um acordo que prevê licenças cruzadas e o pagamento recíproco de *royalties* com base nas vendas do produto final, a Comissão tratará o acordo como um acordo de fixação de preços em todos os casos em que não der origem a uma integração significativa de tecnologias complementares. Se esta condição não for satisfeita, o acordo não tem qualquer objecto pró-concorrencial e não constitui um acordo de licença autêntico. Quando o acordo constitui um acordo de licença autêntico, uma vez que dá origem a uma integração significativa de tecnologias complementares, o acordo não será normalmente abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1, alínea a), do artigo 4.º e será nesse caso objecto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. A Comissão só considerará que este constitui um acordo de fixação de preços se as partes pudessem razoavelmente ter optado por um sistema de pagamento menos restritivo, por exemplo, o pagamento de um montante fixo ou um pagamento líquido unilateral de *royalties* e se o montante da *royalty* for tal que seja susceptível de ter uma incidência significativa sobre os preços.

78. A restrição grave mencionada no n.º 1, alínea a), do artigo 4.º abrange igualmente os acordos em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto relevante, independentemente do facto de a tecnologia licenciada ter ou não sido utilizada. Tais acordos são igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1, alínea d), do artigo 4.º, por força do qual a capacidade do licenciado para utilizar a sua própria tecnologia não deve ser restringida (ver ponto 89). Pela sua própria natureza, esses acordos têm por objectivo restringir a concorrência, na medida em que aumentam, para o licenciado, o custo de utilização da sua própria tecnologia concorrente e restringe a concorrência que existiria na ausência do acordo ([37]). Tal é válido tanto para os acordos recíprocos como para os não recíprocos. Contudo, o acordo em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas pode excepcionalmente satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º em casos individuais quando for possível concluir, com base em factores objectivos, que a restrição é indispensável para que a posse da licença seja favorável à concorrência. Tal pode acontecer quando, na ausência da restrição, fosse impossível ou excessivamente difícil, calcular e controlar a *royalty* devida pelo licenciado, por exemplo, dado que a tecnologia do licenciante não deixa qualquer traço visível no produto final e que não existem outros métodos de controlo viáveis.

79. A restrição grave constante do n.º 1, alínea b), do artigo 4.º diz respeito à limitação das vendas e da produção. Quando concorrentes acordam em limitar mutuamente a sua produção, o acordo constitui um cartel. O mesmo é válido para os acordos que limitam o interesse das partes em aumentar a sua produção, por exemplo, obrigando uma parte a fazer pagamentos à outra parte caso seja ultrapassado um determinado nível de produção.

80. As limitações quantitativas impostas ao licenciado nos acordos não recíprocos não figuram na lista das restrições graves da concorrência, não sendo também abrangidas pela isenção por categoria [n.º 1, alínea b), do artigo 4.º e n.º 2 do artigo 5.º do RICTT]. Para efeito destes artigos, um acordo é não recíproco, quando um concorrente concede uma licença de uma tecnologia de um outro concorrente mas não concede ele próprio uma licença para uma tecnologia concorrente. Inversamente, uma licença é recíproca quando um concorrente concede uma licença de uma tecnologia a outro concorrente e obtém desse concorrente uma licença para uma tecnologia concorrente ([38]). Apenas as limitações quantitativas impostas ao licenciado num acordo não recíproco são excluídas da lista de restrições graves. As restrições impostas ao licenciante e que dizem respeito ao local em que este produz ou vende, as quantidades que produz ou vende e os preços a que vende são consideradas restrições graves. O tratamento mais favorável das limitações quantitativas impostas ao licenciado justifica-se pela duas considerações seguintes: em primeiro lugar, o risco de que o acordo não seja um acordo de licença autêntico é menor, quando a restrição é imposta unicamente ao licenciado. Se um licenciado está disposto a aceitar uma restrição unilateral, é provável que o acordo dê origem a uma integração real das tecnologias complementares ou a ganhos de eficiência que favorecem a integração da tecnologia superior do licenciante e dos activos de produção do licenciado. No caso dos acordos recíprocos com limitação de produção, por outro lado, o risco de um acordo ter por objecto e por efeito a redução da produção e o aumento dos preços é importante. Em segundo lugar, pode revelar-se necessário impor uma restrição da produção ao licenciado a fim de incentivar o licenciante a divulgar a sua tecnologia. Todavia, quando a tecnologia licenciada não permite ao licenciado obter reduções de custos ou outros ganhos de eficiência significativos, o acordo será considerado uma restrição grave, uma vez que é susceptível de restringir a concorrência que existia antes de ter sido concluído, sem favorecer a concorrência. A Comissão examinará igualmente se com a aplicação prática do acordo o licenciante está sujeito a restrições no que diz respeito às suas actividades comerciais. Em caso afirmativo, o acordo é restritivo por objecto e está subordinado à lista de restrições graves da concorrência.

81. A restrição grave da concorrência constante do n.º 1, alínea c), do artigo 4.º diz respeito à repartição dos mercados e dos clientes. Os acordos através dos quais os concorrentes partilham entre si mercados e clientes, por exemplo atribuindo territórios ou grupos de clientes exclusivos, têm por objecto a restrição da concorrência. As restrições deste tipo podem, por exemplo, assumir a forma de acordos de licenças cruzadas em que a cada parte é atribuído um direito exclusivo de explorar a tecnologia licenciada num determinado território. Podem igualmente assumir a forma de licenças não recíprocas através das quais é atribuído ao licenciado um território exclusivo, enquanto o licenciante se reserva um outro território. Mesmo que uma restrição explícita ou implícita não seja imposta ao licenciante, considera-se que existe uma restrição grave se a licença imposta ao licenciado disser respeito a restrições relativamente ao local a partir do qual este pode vender e às pessoas a quem pode vender. Tais restrições limitam a concorrência que existia antes do acordo. Além disso, não são consideradas necessárias para favorecer a divulgação das tecnologias. Este último elemento é suficientemente protegido se se excluir do âmbito de aplicação do artigo 4.º a limitação da produção não recíproca e as restrições relativas ao domínio de utilização impostas ao licenciado e sendo as obrigações do pagamento de *royalties* objecto de uma isenção por categoria. A alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º é aplicável independentemente do facto de o licenciado continuar a ter liberdade de utilizar a sua própria tecnologia. Após o licenciado se ter equipado para utilizar a tecnologia do licenciante, pode ser dispendioso utilizar uma outra tecnologia. Além disso, tendo em conta o potencial anticoncorrencial da restrição, o licenciado pode ter pouco incentivo para produzir utilizando a sua própria tecnologia.

82. A restrição grave da concorrência constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º abrange igualmente os acordos através dos quais o licenciante concede uma licença exclusiva em que se compromete a não explorar ele próprio a tecnologia licenciada. Uma tal licença implica que o licenciante abandona o mercado em que as partes se encontram em concorrência e constitui uma forma extrema de partilha de um mercado. Esta disposição não abrange, em contrapartida, as licenças exclusivas através das quais o licenciante se compromete a não conceder qualquer licença a outros terceiros num determinado território. Esta forma de exclusividade é abrangida pela isenção por categoria e é também abordada na secção IV.2.2.

83. As restrições relativas ao domínio de utilização ([39]) entre concorrentes podem representar uma repartição de mercados e de clientes, caso em que são abrangidas pela alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º. No âmbito de uma restrição relativa ao domínio de utilização, a licença ou é limitada a um ou mais domínios técnicos de aplicação ou a um ou mais mercados do produto. A alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º é aplicável, quando os concorrentes concedem licenças cruzadas relativas a tecnologias concorrentes e impõem restrições recíprocas em matéria de domínio de utilização que cobrem mercados do produto ou domínios de aplicação técnica distintos. Por exemplo, se A e B concedem licenças cruzadas sobre tecnologias concorrentes e A limita a licença ao mercado do produto X e B limita a sua licença ao mercado do produto Y, o acordo equivale a uma repartição de mercados do produto. A alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º é igualmente aplicável a uma restrição do domínio de utilização imposta ao licenciante num acordo não recíproco, uma vez que equivale a reservar o(s) mercado(s) relevante(s) para o licenciado. Em ambos os casos, contudo, só se tratará de uma restrição grave se abranger um mercado em que as partes são concorrentes reais ou eventualmente potenciais. A alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º não é aplicável a restrições do domínio de utilização que abranjam mercados em que as partes não são concorrentes reais nem potenciais. Nesses casos, o acordo é tratado da mesma forma que um acordo entre não concorrentes. O acordo também não é abrangido pela alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º, quando a restrição relativa ao domínio de utilização é simétrica, no sentido em que ambas as partes podem explorar a tecnologia licenciada apenas no(s) mesmo(s) domínio(s) de utilização. A alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º não exige que, no caso de acordos entre concorrentes, o licenciado deva poder explorar a tecnologia licenciada no âmbito de todos os domínios de utilização reais ou potenciais. Por conseguinte, conceder mutuamente licenças cruzadas para o(s) mesmo(s) domínio(s) de utilização não constitui uma restrição grave da concorrência quando as partes são concorrentes.

84. Nos termos do disposto no ponto i) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º, impor a um licenciado, num acordo não recíproco, uma restrição do domínio de utilização não equivale a uma restrição grave da concorrência. O facto de a licença ser limitada a um ou mais mercados do produto ou a um ou mais domínios técnicos de utilização não equivale em si a uma repartição de mercados, desde que, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º, o licenciado tenha liberdade para utilizar a sua própria tecnologia concorrente. Se tal acontecer, não se pode presumir que a restrição do domínio de utilização obrigará o licenciado a retirar-se dos mercados excluídos pela restrição.

85. O ponto ii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º prevê ainda uma excepção, a saber, as restrições de utilização cativa, ou seja, uma obrigação por força da qual o licenciado só pode fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua própria utilização ([40]). Quando o produto contratual é uma componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só fabricar essa componente para a integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender as componentes a outros fabricantes. Contudo, o licenciado deve poder vender as componentes enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos, podendo desta forma fornecer a terceiros um serviço pós-venda para esses produtos. As restrições associadas à utilização cativa, tal como acabam de ser definidas, podem ser necessárias para favorecer a divulgação de uma tecnologia, nomeadamente entre concorrentes, e estão abrangidas pela isenção por categoria. Este tipo de restrições é também abordado na secção IV.2.5.

86. A restrição grave da concorrência constante da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º abrange em primeiro lugar a restrição da capacidade das partes para efectuarem investigação e desenvolvimento. As duas partes devem ter a liberdade de realizar actividades independentes de investigação e desenvolvimento. Esta regra é aplicável independentemente de a restrição dizer respeito a um domínio abrangido pela licença ou a outros domínios. Contudo, não se estende à restrição da capacidade de uma parte para realizar actividades de investigação e desenvolvimento com terceiros, quando esta restrição é necessária para impedir a divulgação do saber-fazer do licenciante. Tal acontece nomeadamente quando o terceiro em questão é um concorrente real ou potencial do licenciante no mercado da tecnologia.

87. Nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º, o licenciado deve igualmente poder utilizar livremente a sua própria tecnologia concorrente, desde que ao fazê-lo não utilize a tecnologia licenciada pelo licenciante. No que se refere à sua própria tecnologia, não deve estar sujeito a qualquer limitação quanto ao local em que produz ou vende, às quantidades que produz ou vende ou aos preços a que vende. Não deve também estar obrigado a pagar *royalties* relativamente a produtos fabricados com base na sua própria tecnologia (ver ponto 78). Além disso, deve poder conceder livremente a terceiros licenças em relação à sua própria tecnologia. Quando são impostas restrições ao licenciado no que diz respeito à utilização da sua própria tecnologia ou à sua liberdade de efectuar investigação e desenvolvimento, a competitividade da tecnologia do licenciado é reduzida, o que tem por efeito limitar a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes, bem como reduzir o incentivo que o licenciado teria em investir no desenvolvimento e melhoria da sua tecnologia. A concorrência no domínio da inovação é igualmente reduzida, quando o licenciante não pode realizar livremente actividades de investigação e desenvolvimento.

4.3. *Acordos entre não concorrentes*

88. O n.º 2 do artigo 4.º enumera as restrições graves aplicáveis aos acordos de licença entre não concorrentes. Em conformidade com esta disposição, o RICTT não abrange os acordos que, directa ou indirectamente, de forma separada ou em conjugação com outros factores sob o controlo das partes, tenham como objecto:

a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros, sem prejuízo da possibilidade de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que tal não corresponda a um preço de venda fixo ou mínimo na sequência de pressões exercidas ou de incentivos oferecidos por qualquer das partes;

b) A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o licenciado pode vender os produtos contratuais, excepto:

i) a restrição das vendas no território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivos, relativamente ao qual o licenciante se reservou as vendas;

ii) a restrição das vendas activas no território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivos, atribuído pelo licenciante a outro licenciado;

iii) o requisito de o licenciado fabricar ou fornecer os produtos contratuais exclusivamente para utilização própria, incluindo a venda destes produtos a título de peças sobressalentes para os seus próprios produtos;

iv) a restrição das vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista;

v) a restrição das vendas a distribuidores não autorizados pelos membros de um sistema de distribuição selectiva;

c) A restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais por um licenciado que seja membro de um sistema de distribuição selectiva e que opere ao nível retalhista, sem prejuízo da possibilidade de um membro do sistema ser proibido de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.

É conveniente recordar (ver ponto 31) que a isenção por categoria abrange os acordos de licença através dos quais o licenciante impõe obrigações que o licenciado deve ou pode impor aos seus compradores, incluindo aos distribuidores. Tais obrigações não constituem restrições à revenda na acepção do n.º 2, alínea b), do artigo 4.º do RICTT. Contudo, essas obrigações devem ser conformes às regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição. Como o RICTT abrange unicamente os acordos entre duas partes, os acordos concluídos entre o licenciado e os seus compradores no âmbito dessas obrigações não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do referido regulamento. Tais acordos só podem beneficiar de uma isenção por categoria se forem conformes às disposições do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 (ver secção 2.5.2).

89. A restrição grave da concorrência constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º diz respeito à fixação dos preços de venda a terceiros. Esta disposição abrange mais especialmente as restrições que tenham por objecto directo ou indirecto a determinação de um preço de venda fixo ou mínimo ou de um nível de preços fixo ou mínimo que o licenciante ou o licenciado deverão respeitar quando venderem os produtos a terceiros. No caso dos acordos que fixam directamente o preço de venda, a restrição é evidente. Contudo, os preços de venda podem igualmente ser fixados de forma indirecta, por exemplo, através de acordos que fixam a margem, o nível máximo de redução autorizado num nível de preço acordado ou que associa o preço de revenda imposto aos preços de revenda de concorrentes, ou ainda através de ameaças, de intimidação, de avisos, de multas ou da rescisão do contrato caso um determinado nível de preço não seja respeitado. Os meios directos ou indirectos utilizados para chegar a uma fixação dos preços podem ser reforçados se forem combinados com medidas que permitam identificar as vendas a baixo preço, tais como um sistema de controlo dos preços ou a obrigação imposta aos licenciados de assinalarem qualquer desvio em relação aos preços acordados. Da mesma forma, a fixação directa ou indirecta dos preços pode ser reforçada, se for combinada com medidas destinadas a reduzir os incentivos que o licenciado teria em diminuir o seu preço de venda, por exemplo, a obrigação imposta pelo licenciante ao licenciado de aplicar uma cláusula de cliente mais favorecido, isto é, a obrigação de conceder a um cliente condições mais favoráveis do que a outros.

90. A restrição grave da concorrência enunciada na alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que tenham por objecto directo ou indirecto restringir as vendas, por parte dos licenciados, de produtos que incorporem a tecnologia licenciada. A alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º não abrange as restrições de vendas em relação ao licenciante. Todas as restrições de vendas impostas ao licenciante são objecto de isenção por categoria até ao limiar de quotas de mercado. As restrições de vendas impostas ao licenciado podem resultar de obrigações directas, tais como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes estabelecidos em determinados territórios, ou a obrigação de remeter as encomendas desses clientes para outros licenciados, mas igualmente medidas indirectas destinadas a incentivar o licenciado a abster-se desse tipo de vendas, que podem, por exemplo, assumir a forma de incentivos financeiros e da criação de um sistema de controlo que permita verificar o destino efectivo dos produtos licenciados. Todavia, existe um certo número de excepções importantes a esta restrição grave de carácter geral relativa às vendas efectuadas pelos licenciados.

91. As restrições impostas às vendas activas e passivas ([41]) efectuadas pelos licenciados num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo que o licenciante se reservou não constituem restrições graves da concorrência [ver ponto i) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º] e podem beneficiar da isenção por categoria. Pressupõe-se que quando as quotas de mercado sejam inferiores ao limiar, tais restrições, ainda que restrinjam a concorrência, podem contudo ser pró-concorrenciais na medida em que promovem a divulgação das tecnologias e a integração destas nos activos de produção do licenciado.

92. As restrições das vendas activas entre territórios ou grupos de clientes atribuídos aos diferentes licenciados podem beneficiar da isenção por categoria, desde que ao licenciado protegido tenha sido atribuído um território exclusivo ou um grupo de clientes exclusivo [ver ponto ii) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º]. A isenção por categoria das vendas activas assenta na hipótese de que tais restrições favorecem a concorrência, que não a concorrência através dos preços, e melhoram a qualidade dos serviços, resolvendo problemas de parasitismo ([42]). Se nenhum território nem qualquer grupo de clientes exclusivo tiver sido concedido, as restrições impostas às vendas activas por outros licenciados são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 2, alínea b), do artigo 4.º

93. A restrição das vendas passivas entre licenciados é considerada uma restrição grave. Quando satisfazem as condições enunciadas no n.º 1 do artigo 81.º, as restrições impostas às vendas passivas têm pouca possibilidade de satisfazer as condições constantes do n.º 3 do artigo 81.º. É nomeadamente pouco provável que tais restrições sejam indispensáveis para obter ganhos de eficiência ([43]). A restrição das vendas passivas e (activas) efectuadas por outros licenciados no território exclusivo de um determinado licenciado não é contudo frequentemente abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º durante um certo período inicial após a conclusão do acordo com esse licenciado. Os licenciados devem frequentemente realizar investimentos substanciais em activos de produção a fim de arrancar e desenvolver actividades num território novo. Os riscos a que o novo licenciado se verá confrontado são por conseguinte importantes, nomeadamente dado que as despesas promocionais e as despesas de investimento nos activos necessários para produzir com uma determinada tecnologia constituem muitas vezes despesas a fundo perdido, isto é, despesas que não podem ser recuperadas se o licenciado abandonar o mercado. Nessas circunstâncias, é provável que licenciados não concluíssem o acordo de licença sem protecção, durante um certo período, contra vendas passivas (e activas) efectuadas no seu território por outros licenciados. A Comissão considera, por conseguinte, que a restrição das vendas passivas de outros licenciados no território exclusivo de um determinado licenciado não é abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º durante um período de dois anos a contar da data em que o produto que incorpora a tecnologia licenciada foi colocado no mercado pela primeira vez pelo licenciado em questão.

94. O ponto iii) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º introduz no âmbito da isenção por categoria uma restrição que obrigue este último a só fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua utilização própria (utilização cativa). Quando o produto contratual é uma componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só utilizar esse produto para o integrar nos seus próprios produtos, podendo desta forma ser proibido de vender o produto a outros fabricantes. Contudo, o licenciado deve poder vender os produtos enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos e deve, por conseguinte, poder fornecê-los a terceiros proporcionando um serviço pós-venda para esses produtos. As restrições relativas à utilização cativa são abordadas na secção IV.2.5.

95. O ponto iv) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º introduz no âmbito da isenção por categoria uma obrigação de o licenciado não vender a clientes finais, mas unicamente a retalhistas. Uma tal obrigação permite ao licenciante atribuir a função de distribuição grossista ao licenciado e não é geralmente abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º ([44]).

96. Finalmente, o ponto v) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º introduz no âmbito da isenção por categoria uma restrição que consiste em proibir os licenciados de venderem os produtos a distribuidores não autorizados. Permite ao licenciante impor aos licenciados uma obrigação de fazer parte de um sistema de distribuição selectiva. Nesse caso, contudo, os licenciados devem, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º, ser autorizados a realizar vendas tanto activas como passivas a consumidores finais, sem prejuízo da possibilidade de limitar o licenciado a uma função grossista, tal como previsto no ponto iv) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º (ver ponto anterior).

### 5. **Condições impostas pelo regulamento de isenção por categoria**

97. O artigo 5.º do RICTT enumera cinco tipos de restrições que não podem beneficiar de uma isenção por categoria e que exigem, por conseguinte, uma apreciação individual dos seus efeitos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais. Decorre do artigo 5.º que a inclusão num acordo de licença de qualquer restrição que conste dessas disposições não impede a aplicação da isenção por categoria à parte restante do acordo. Trata-se apenas da restrição individual em causa que não beneficia da isenção por categoria, e que deve por conseguinte ser apreciada individualmente. As restrições enunciadas no artigo 5.º são portanto dissociáveis.

98. As três condições enunciadas no n.º 1 do artigo 5.º são as seguintes:

a) O licenciado não deve ser obrigado a conceder ao licenciante ou a um terceiro por este designado uma licença exclusiva relativamente aos melhoramentos dissociáveis que ele próprio tenha introduzido ou relativamente às novas aplicações da tecnologia licenciada que tenha desenvolvido. Qualquer melhoramento é dissociável quando puder ser explorado sem interferir com a tecnologia licenciada ou sem implicar a utilização do saber-fazer licenciado;

b) O licenciado não deve ser obrigado a ceder ao licenciante ou a um terceiro por este designado direitos relativos a melhoramentos ou a novas aplicações da tecnologia licenciada;

c) O licenciado não deve ser impedido de impugnar a validade ou de contestar o carácter secreto ou substancial dos direitos de propriedade intelectual de que o licenciante seja titular no mercado comum. Todavia, se um licenciado impugnar a validade da tecnologia licenciada, o regulamento de isenção por categoria autoriza o licenciante a rescindir o acordo de licença.

O n.º 1, alíneas a), b) e c), do artigo 5.º tem por objectivo evitar a concessão de uma isenção por categoria a acordos susceptíveis de limitarem o incentivo para os licenciados inovarem.

99. A obrigação de ceder ou de conceder ao licenciante uma licença exclusiva relativamente aos melhoramentos separáveis introduzidos na tecnologia licenciada é susceptível de reduzir o incentivo do licenciado para inovar, na medida em que este não poderá explorar os melhoramentos que introduza, nem mesmo concedendo-os sob licença a terceiros. Tal é aplicável simultaneamente aos casos em que o melhoramento diz respeito à mesma aplicação do que a tecnologia licenciada e quando o licenciado desenvolve novas aplicações da tecnologia licenciada. Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º tais obrigações não são objecto de isenção por categoria. Em contrapartida, as obrigações de retrocessão não exclusivas são abrangidas pela isenção por categoria. Tal verifica-se também quando a obrigação de retrocessão é não recíproca, isto é, apenas imposta ao licenciado e, quando, por força do acordo, o licenciante é autorizado a comunicar os melhoramentos a outros licenciados. Uma obrigação de retrocessão não recíproca pode promover a inovação e a divulgação de novas tecnologias, permitindo que o licenciante determine livremente se e em que medida transfere os seus próprios melhoramentos para os seus licenciados. Uma cláusula de comunicação desse tipo pode igualmente favorecer a divulgação da tecnologia, uma vez que cada licenciado sabe, no momento da conclusão do acordo, que se encontrará em pé de igualdade com os outros licenciados no que diz respeito à tecnologia com a qual fabricará os produtos contratuais. A isenção por categoria abrange igualmente as retrocessões exclusivas relativas aos melhoramentos não dissociáveis. Contudo, esta obrigação não é normalmente abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, uma vez que os melhoramentos não podem ser explorados independentemente da tecnologia licenciada.

100. O n.º 1, alíneas a) e b), do artigo 5.º é aplicável independentemente de o licenciante pagar um preço de compra ou *royalties* para adquirir o melhoramento ou para obter uma licença exclusiva. No entanto, a eventual existência de tais pagamentos deve ser tomada em consideração aquando de uma apreciação individual efectuada ao abrigo do artigo 81.º. Quando as retrocessões são efectuadas mediante remuneração, é menos provável que a obrigação elimine o incentivo do licenciado para inovar.

101. Na apreciação de retrocessões que não são abrangidas pela isenção por categoria, a posição do licenciante no mercado da tecnologia deve igualmente ser tomada em consideração. Quanto mais forte for esta posição, mais provável será que as obrigações de retrocessão tenham efeitos restritivos sobre a concorrência no domínio da inovação. Quanto mais forte for a posição da tecnologia do licenciante, mais o licenciado terá hipóteses de constituir uma importante fonte de inovação e de concorrência futura. O impacto das obrigações de retrocessão pode igualmente ser reforçado no caso de redes paralelas de acordos de licença que incluam tais obrigações. Quando as tecnologias disponíveis são controladas por um número limitado de licenciantes que impõem obrigações de retrocessão aos licenciados, o risco de incidências anticoncorrenciais é maior do que quando existem várias tecnologias, das quais apenas algumas são licenciadas com obrigações de retrocessão.

102. O risco de impacto negativo sobre a inovação é mais elevado no caso de licenças cruzadas entre concorrentes quando uma obrigação de retrocessão se encontra associada à obrigação, relativamente a cada licenciante, de partilhar com a outra parte os melhoramentos introduzidos na sua tecnologia. A partilha do conjunto dos melhoramentos entre concorrentes impede cada concorrente de adquirir uma liderança competitiva em relação aos outros.

103. A condição referida na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º diz respeito às cláusulas de não contestação, isto é, à obrigação de não contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual detidos pelo licenciante. A razão pela qual essas restrições foram excluídas da isenção por categoria é que os licenciados se encontram normalmente em melhores condições para determinar se um direito de propriedade intelectual é válido ou não. Para evitar qualquer distorção da concorrência e em conformidade com os princípios subjacentes à protecção da propriedade intelectual, os direitos de propriedade intelectual não válidos devem ser eliminados, uma vez que paralisam a inovação em vez de a promoverem. O n.º 1 do artigo 81.º pode igualmente ser aplicável a cláusulas de não contestação, quando a tecnologia licenciada possui um determinado valor e penaliza, por conseguinte, a nível da concorrência, as empresas que não a podem utilizar ou que a podem apenas utilizar mediante o pagamento de *royalties* ([45]). Nesse caso, é pouco provável que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º se encontrem reunidas, salvo quando a obrigação de não contestação for imposta no contexto da resolução de um litígio relativamente a uma patente.

104. No entanto, o RICTT não abrange a possibilidade de o licenciante rescindir o acordo de licença em caso de contestação da tecnologia licenciada. O licenciante não é, por conseguinte, obrigado a continuar a negociar com o licenciado que contesta a própria matéria do acordo de licença, o que significa que, em caso de rescisão, qualquer utilização da tecnologia contestada pelo licenciado se efectua por conta e risco do que contestou a sua validade. Contudo, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, o RICTT não abrange as obrigações contratuais que impedem o licenciado de contestar a tecnologia licenciada, o que permitiria ao licenciante intentar uma acção contra o licenciado por ruptura de contrato, e que teria por efeito criar um motivo suplementar para que o licenciado não conteste a validade da tecnologia do licenciante. Esta disposição garante que o licenciado se encontra na mesma posição do que terceiros.

105. A restrição abrangida pelo n.º 2 do artigo 5.º, que diz respeito às limitações de quantidades impostas ao licenciado em licenças não recíprocas entre concorrentes, foi já explicada no ponto 80.

106. O n.º 3 do artigo 5.º exclui do âmbito da isenção por categoria, no caso de acordos entre não concorrentes, qualquer obrigação directa ou indirecta que limite a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia ou a capacidade de as partes no acordo realizarem investigação e desenvolvimento, a menos que esta última restrição seja indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado. O conteúdo desta condição é o mesmo da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º da lista de restrições graves no que se refere a acordos entre concorrentes, que é abordada nos pontos 80 e 81. Contudo, no caso de acordos entre não concorrentes, não se pode presumir que tais restrições tenham efeitos negativos na concorrência e que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º não são em geral satisfeitas ([46]). É necessária uma apreciação individual.

107. No caso de acordos entre não concorrentes, o licenciado normalmente não possui uma tecnologia concorrente. Contudo, podem existir casos em que, para efeitos da isenção por categoria, as partes são consideradas não concorrentes, apesar do facto de o licenciado possuir uma tecnologia concorrente. É o que acontece quando o licenciado possui uma tecnologia, mas não a licencia e o licenciante não é um fornecedor real ou potencial no mercado do produto. Para efeitos da isenção por categoria, as partes nessas circunstâncias não são nem concorrentes no mercado da tecnologia nem concorrentes no mercado do produto ([47]). Em tais casos, é importante assegurar-se de que o licenciado não é restringido na sua capacidade de explorar a sua própria tecnologia e continuar o seu desenvolvimento. Esta tecnologia constitui uma limitação competitiva no mercado, que devia ser mantida. Numa situação dessas, as restrições são, por conseguinte, normalmente consideradas restritivas da concorrência e não satisfazem as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º

108. Em casos em que o licenciado não possui uma tecnologia concorrente ou não está já a desenvolver tal tecnologia, uma restrição à capacidade das partes para a realização de investigação e desenvolvimento pode ser restritiva da concorrência, quando estiverem disponíveis apenas algumas tecnologias. Nesse caso, as partes podem ser uma importante fonte (potencial) de inovação no mercado. Tal acontece principalmente quando as partes possuem os activos e as competências necessários para continuar a realizar investigação e desenvolvimento. Nesse caso, não é provável que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º sejam satisfeitas. Noutros casos, em que se encontram disponíveis várias tecnologias e as partes não possuem activos ou competências especiais, a restrição relativa à investigação e desenvolvimento é susceptível quer de não ser abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º por falta de efeitos restritivos quer de satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. A restrição pode promover a divulgação de novas tecnologias, garantindo ao licenciante que a licença não cria um novo concorrente e persuadindo o licenciado a centrar-se na exploração e desenvolvimento da tecnologia licenciada.

## 6. **Retirada do benefício da aplicação do regulamento de isenção por categoria e não aplicação do regulamento**

### 6.1. *Procedimento de retirada*

109. Nos termos do artigo 6.º do RICTT, a Comissão e as autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros podem retirar o benefício do regulamento de isenção por categoria relativamente ao acordos individuais que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. As autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros só estão habilitadas a retirar o benefício da isenção por categoria nos casos em que o mercado geográfico relevante não é mais vasto do que o território do Estado-Membro em questão.

110. As quatro condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º são cumulativas e devem ser todas preenchidas para que a isenção seja aplicável ([48]). A isenção por categoria pode, por conseguinte, ser retirada, quando um determinado acordo não satisfaz uma ou várias dessas quatro condições.

111. Quando o procedimento de retirada é aplicado, cabe à autoridade que retira o benefício da isenção o ónus da prova de que o acordo é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º e que não satisfaz o conjunto das quatro condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º. Tendo em conta o facto de a retirada implicar que o acordo em causa restringe a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º e não satisfaz as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º, a retirada é necessariamente acompanhada por uma decisão negativa tomada nos termos dos artigos 5.º, 7.º ou 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

112. Nos termos do disposto no artigo 6.º, uma retirada pode nomeadamente justificar-se nos seguintes casos:

1) O acesso ao mercado da tecnologia de terceiros é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbem os licenciados de recorrerem às tecnologias de terceiros;

2) O acesso ao mercado de potenciais licenciados é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbem os licenciantes de conceder licenças a outros licenciados;

3) Sem qualquer razão objectivamente válida, as partes não exploram a tecnologia licenciada.

113. Os artigos 4.º e 5.º do RICTT, em que figuram a lista das restrições graves da concorrência, bem como as disposições de exclusão, têm por objectivo garantir que os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não limitam o incentivo para inovar, não atrasam a divulgação das tecnologias e não restringem indevidamente a concorrência entre o licenciante e o licenciado ou entre licenciados. Todavia, esta lista de restrições graves e de condições não tem em conta o impacto do acordo sobre terceiros. A isenção por categoria não abrange, nomeadamente, os eventuais efeitos cumulativos de restrições semelhantes contidos em redes de acordos de licenças. Os acordos de licença podem dar origem à exclusão de terceiros, tanto a nível do licenciante, como a nível do licenciado. A exclusão de outros licenciantes pode ser devida ao efeito cumulativo de redes de acordos de licença que proíbem os licenciados de explorarem tecnologias concorrentes, o que dá origem à exclusão de outros licenciantes (potenciais). Pode existir exclusão, quando a maior parte das empresas presentes num mercado, que seriam susceptíveis de adquirir (com eficácia) uma licença concorrente, são impedidas de o fazer devido à existência de acordos restritivos e quando os licenciados potenciais se vêem confrontados com obstáculos à entrada relativamente elevados. Pode existir exclusão de outros licenciados em caso de efeito cumulativo de acordos de licença que proíbam os licenciantes de concederem licenças a outros licenciados, impedindo assim licenciados potenciais de acederem à tecnologia necessária. O problema da exclusão é examinada mais pormenorizadamente na secção IV.2.7.

114. A Comissão pode igualmente retirar o benefício da isenção por categoria quando as partes se abstêm de explorar a tecnologia licenciada, salvo se tiverem uma razão objectiva para o fazer. Com efeito, quando as partes não exploram a tecnologia licenciada, não se pode produzir qualquer integração eficiente das actividades, e a isenção por categoria deixa, por conseguinte, de ter razão de existir. No caso de um acordo de licença entre concorrentes, o facto de as partes não explorarem a tecnologia licenciada pode indicar que o acordo constitui um cartel disfarçado abrangido pela lista das restrições graves da concorrência constante do artigo 4.º do RICTT. Além disso, quando for evidente que o licenciado não tenciona utilizar a tecnologia licenciada para produzir bens e serviços que incorporam a tecnologia licenciada, o acordo não constitui um acordo de transferência de tecnologia na acepção do artigo 2.º do RICTT e a isenção por categoria não é aplicável. Por estas razões, a Comissão examinará muito cuidadosamente os casos de não exploração da tecnologia licenciada.

6.2. *Não aplicação do regulamento de isenção por categoria*

115. O artigo 7.º do RICTT habilita a Comissão a excluir do seu âmbito de aplicação, através de regulamento, as redes paralelas de acordos semelhantes que abranjam mais de 50 % de um mercado relevante. Esta disposição destina-se às empresas individuais, mas é aplicável a todas as empresas cujos acordos são definidos no regulamento que determina a não aplicação do RICTT.

116. Embora a retirada do benefício do RICTT pela Comissão nos termos do artigo 6.º implique a adopção de uma decisão ao abrigo dos artigos 7.º ou 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, um regulamento de não aplicação adoptado pela Comissão por força do artigo 7.º do RICTT tem simplesmente por objecto retirar, no que diz respeito às restrições e aos mercados em causa, o benefício da aplicação do RICTT e de restabelecer a plena aplicabilidade dos n.os 1 e 3 do artigo 81.º. Na sequência da adopção de um regulamento que declara o RICTT inaplicável a acordos que contenham certas restrições num determinado mercado, os critérios enunciados na jurisprudência relevante dos tribunais comunitários, bem como nas comunicações e decisões anteriores adoptadas pela Comissão fornecerão orientações sobre a aplicação do artigo 81.º a acordos individuais. Se for caso disso, a Comissão adoptará uma decisão relativamente a um caso individual que fornecerá orientações para todas as empresas que operam no mercado relevante.

117. Para efeitos do cálculo da taxa de cobertura do mercado de 50 %, será conveniente ter em conta cada rede individual de acordos de licença que incluam restrições, ou combinações de restrições, que produzem efeitos semelhantes no mercado.

118. O artigo 7.º não implica, para a Comissão, uma obrigação de agir quando a taxa de cobertura de 50 % seja ultrapassada. De uma forma geral, a não aplicação é adequada, quando é provável que o acesso ao mercado relevante, ou a concorrência que existe nesse mercado, sejam restringidos de forma significativa. Quando a Comissão for chamada a apreciar a necessidade de aplicar o artigo 7.º, examinará se uma retirada individual não constituiria uma solução mais apropriada. Tal pode nomeadamente depender do número de empresas concorrentes que contribuem para produzir um efeito cumulativo num mercado ou do número dos mercados geográficos afectados no âmbito da Comunidade.

119. Um regulamento adoptado ao abrigo do artigo 7.º deve definir claramente o seu âmbito de aplicação. Tal significa em primeiro lugar que a Comissão deve definir o ou os mercados do produto e geográficos relevantes e, seguidamente, identificar o tipo de restrições relativamente às quais o regulamento de isenção por categoria deixará de ser aplicável. No que diz respeito a este último aspecto, a Comissão pode adaptar o âmbito de aplicação do seu regulamento em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, se todas as redes paralelas de acordos não concorrentes têm de ser tomadas em consideração para determinar se a taxa de cobertura de 50 % do mercado é atingida, a Comissão pode não obstante limitar o âmbito do seu regulamento de não aplicação apenas às obrigações de não concorrência que ultrapassem uma determinada duração. Assim, os acordos com uma duração mais curta ou de natureza menos restritiva poderão não ser afectados, considerando-se que o efeito de exclusão das restrições em causa é menos importante. Se for caso disso, a Comissão poderá igualmente fornecer orientações, especificando o nível de quotas de mercado que, no contexto em causa, poderá ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa contribui de forma significativa para o efeito cumulativo. Em geral, considera-se que quando a quota de mercado detida pelos produtos que incorporam uma tecnologia licenciada por um licenciante individual não ultrapassa 5 %, o acordo ou a rede de acordos que cobrem essa tecnologia não contribui de forma significativa para o efeito cumulativo de encerramento do mercado ([49]).

120. O período de transição mínimo de seis meses que a Comissão deverá prever nos termos do n.º 2 do artigo 7.º, deverá permitir às empresas em causa adaptarem os seus acordos a fim de terem em conta o regulamento de não aplicação do RICTT.

121. Um regulamento de não aplicação do RICTT não afectará a isenção por categoria concedida aos acordos em causa durante o período que antecede a sua entrada em vigor.

## IV. APLICAÇÃO FORA DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

### 1. Quadro geral da análise

122. Os acordos que não podem beneficiar de uma isenção por categoria, por exemplo, quando os limiares de quota de mercado são ultrapassados ou quando o acordo foi concluído entre mais de duas partes, devem ser apreciados individualmente. Os acordos que não restrinjam a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º que satisfaçam as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º são válidos e aplicáveis. Recorde-se que não existe qualquer presunção de ilegalidade dos acordos não abrangidos pelo âmbito da isenção por categoria, desde que não contenham restrições graves da concorrência. Não existe em especial qualquer presunção de efeitos restritivos pelo simples facto de os limiares de quota de mercado serem ultrapassados. Esses acordos devem ser apreciados individualmente.

#### 1.1. *Os factores relevantes*

123. Quando se aplica o n.º 1 do artigo 81.º a casos individuais, é conveniente ter em conta a forma como a concorrência funciona no mercado em causa. Relativamente a este aspecto, devem ser tomados em consideração nomeadamente os seguintes factores:

a) A natureza do acordo;

b) A posição das partes no mercado;

c) A posição dos concorrentes no mercado;

d) A posição no mercado dos compradores dos produtos licenciados;

e) Os obstáculos à entrada no mercado;

f) O grau de maturidade do mercado; e

g) Outros factores.

A importância de cada um destes factores pode variar de um caso para outro e depende igualmente do conjunto dos outros factores. Por exemplo, o facto de as partes deterem uma quota de mercado elevada constitui geralmente um bom indício do seu poder de mercado, salvo quando os obstáculos à entrada são reduzidos. Por conseguinte, não é possível prever regras rigorosas sobre a importância respectiva destes diferentes factores.

124. Os acordos de transferência de tecnologia podem assumir várias formas. Por essa razão, afigura-se importante analisar *a natureza do acordo* na perspectiva da relação concorrencial entre as partes, bem como as restrições que o acordo contém. No que diz respeito a este último ponto, é necessário ir mais longe do que as condições expressas do acordo. A forma como o acordo é aplicado pelas partes e os incentivos com que as partes se confrontam podem indicar a existência de restrições implícitas.

125. A *posição das partes no mercado* dá uma indicação do grau de poder de mercado que possuem eventualmente o licenciante, o licenciado ou ambos. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado, maiores são os riscos de que exista poder de mercado. Tal acontece nomeadamente quando a quota de mercado traduz as vantagens em matéria de custos ou outras vantagens competitivas que as partes possuem face aos seus concorrentes. Tais vantagens podem, por exemplo, dever-se ao facto de terem sido os primeiros a penetrar no mercado, de deterem patentes essenciais ou de possuírem tecnologias mais avançadas.

126. Na análise da relação concorrencial entre as partes é por vezes necessário ir mais além da análise enunciada nas secções II.3 (definição dos mercados) e II.4 (distinção entre concorrentes e não concorrentes). Ainda que o licenciante não seja um fornecedor real ou potencial no mercado do produto e o licenciado não seja um concorrente real ou potencial no mercado da tecnologia, é conveniente analisar se o licenciado detém ou não uma tecnologia concorrente que não foi licenciada. Se o licenciado se encontrar bem posicionado no mercado do produto, um acordo que lhe conceda uma licença exclusiva relativamente a uma tecnologia concorrente pode restringir a concorrência de forma muito mais importante do que se o licenciante não concedesse uma licença exclusiva ou concedesse licenças a outras empresas.

127. As quotas de mercado e as eventuais vantagens e desvantagens competitivas constituem igualmente factores utilizados para apreciar a *posição dos concorrentes no mercado*. Quanto mais fortes e numerosos forem os concorrentes reais, menor será o risco de as partes deterem individualmente poder de mercado. Contudo, se o número de concorrentes for mais reduzido e a sua posição no mercado (dimensão, custos, potencial I&D, etc.) for relativamente semelhante, estaremos em presença de uma estrutura de mercado em que aumenta o risco de colusão.

128. A *posição dos compradores no mercado* permite verificar se um ou mais compradores possuem ou não poder de pressão. O primeiro indicador de poder de pressão é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta parte reflecte a importância da sua necessidade de eventuais fornecedores. Outros indicadores são a posição do comprador no seu mercado de revenda, incluindo características tais como a dimensão da cobertura geográfica dos seus estabelecimentos e a sua imagem junto dos consumidores finais. Em certos casos, o poder de um comprador pode impedir o licenciante e/ou o licenciado de exercerem o seu poder no mercado, solucionando desta forma um problema de concorrência que de outro modo teria existido. É nomeadamente o que acontece quando compradores poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de fornecimento nesse mercado em caso de um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos. Quando os compradores fortes obtêm simplesmente condições favoráveis do fornecedor ou se contentam em repercutir cada aumento de preços nos seus clientes, a posição que detêm não é de molde a impedir o licenciante ou o licenciado de exercer o seu poder no mercado do produto e, por conseguinte, não resolve os problemas de concorrência nesse mercado ([50]).

129. Os *obstáculos à entrada* são avaliados calculando a medida em que as empresas presentes no mercado podem aumentar os seus preços para além do nível competitivo sem suscitar a entrada no mercado de novas empresas. Na ausência de obstáculos à entrada, a possibilidade de entrada fácil e rápida tornaria tais aumentos não rentáveis. Quando entradas efectivas, que impedirão ou limitarão o exercício do poder de mercado, são susceptíveis de ocorrer num prazo de um ano ou dois, considera-se geralmente que os obstáculos à entrada são reduzidos. Os obstáculos à entrada podem dever-se a uma grande número de factores, como por exemplo, economias de escala e de gama, regulamentações, nomeadamente quando criam direitos exclusivos, auxílios estatais, direitos aduaneiros à importação, direitos de propriedade intelectual, propriedade de recursos quando o fornecimento é limitado, por exemplo, por razões naturais, instalações essenciais, vantagens associadas ao facto de ser a primeira empresa implantada e a fidelidade à marca por parte dos consumidores criada por fortes acções publicitárias durante um período prolongado. Podem igualmente constituir um obstáculo à entrada os acordos restritivos entre empresas, dificultando o acesso ao mercado e dele excluindo concorrentes potenciais. Podem existir obstáculos à entrada em todas as fases do processo de investigação e desenvolvimento, da produção e da distribuição. A questão de saber se alguns desses factores devem ser considerados obstáculos à entrada dependerá do facto de estarem ou não associados a custos não recuperáveis. Os custos não recuperáveis ou ociosos são os custos que foram suportados para penetrar ou operar num mercado, mas que são perdidos a partir do momento em que a empresa abandona esse mercado. Quanto maiores forem os custos ociosos, mais os novos candidatos potenciais devem ponderar os riscos inerentes à entrada num determinado mercado e mais credíveis serão as ameaças dos operadores tradicionais no sentido de dar resposta a esta nova concorrência, na medida em que os custos ociosos tornarão qualquer saída do mercado onerosa. De uma forma geral, qualquer entrada num mercado impõe custos ociosos por vezes reduzidos, por vezes importantes. Por esta razão, uma concorrência real é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.

130. Um *mercado maduro* é um mercado que existe há algum tempo, no qual a tecnologia utilizada é bem conhecida, largamente utilizada e relativamente estável e em que a procura é relativamente estável ou mesmo em declínio. Num mercado desse tipo, são mais prováveis os efeitos negativos do que nos mercados mais dinâmicos.

131. Na apreciação de restrições específicas, será eventualmente necessário tomar em consideração *outros factores*. Estes incluem nomeadamente o efeito cumulativo, isto é, a percentagem do mercado coberto por acordos semelhantes, a duração dos acordos e o quadro regulamentar, bem como certos comportamentos susceptíveis de indicar ou facilitar a colusão, como por exemplo uma liderança em matéria de preços, alterações de preços anunciados antecipadamente, discussões sobre o preço «justo», uma rigidez dos preços em caso de capacidade excedentária, discriminações através dos preços e comportamentos colusivos anteriores.

1.2. *Efeitos negativos dos acordos de licença*

132. Os efeitos negativos susceptíveis de resultarem dos acordos de transferência de tecnologia são, nomeadamente, os seguintes:

1) Redução da concorrência intertecnologias entre as empresas que operam no mercado da tecnologia ou num mercado do produto que incorpora as tecnologias em questão, facilitando nomeadamente a colusão, tanto explícita como implícita;

2) Exclusão dos concorrentes através do aumento dos seus custos, da restrição do seu acesso a factores de produção essenciais ou do aumento de outros obstáculos à entrada; e

3) Redução da concorrência intratecnologia entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia.

133. Os acordos de transferência de tecnologia podem reduzir a concorrência intertecnologias, isto é, a concorrência entre as empresas que concedem licenças ou fabricam produtos com base em tecnologias substituíveis. É nomeadamente o que acontece quando são impostas obrigações recíprocas. Por exemplo, quando concorrentes transferem entre si tecnologias concorrentes e impõem uma obrigação recíproca de se fornecerem mutuamente futuros melhoramentos, a concorrência em matéria de inovação entre as partes é restringida, uma vez que nenhum concorrente estará em condições de obter um avanço tecnológico sobre o outro. Quando o acordo não dá origem a uma integração de tecnologia que permite um ganho de eficiência e que compense os efeitos restritivos, o acordo infringe o artigo 81.º

134. A concessão de licenças entre concorrentes pode igualmente facilitar a colusão. Normalmente a colusão exige que o mercado seja concentrado e que as empresas em causa tenham a mesma opinião sobre o que constitui o seu interesse comum e sobre a forma como os mecanismos de coordenação devem funcionar. Para que a colusão funcione, as empresas devem também ser capazes de controlar o comportamento de mercado uma das outras e reagir e impedir eventuais desvios das políticas comuns em relação ao mercado. Os acordos podem facilitar a colusão aumentando a transparência do mercado e os obstáculos à entrada. Acordos de licença que dêem origem a um grau elevado de similitude dos custos podem igualmente facilitar a colusão, uma vez que as empresas que têm custos semelhantes são mais susceptíveis de ter pontos de vista semelhantes relativamente às condições de coordenação ([51]). A utilização da mesma tecnologia pode dar origem a uma forte semelhança a nível dos custos. Todavia, tal não acontece necessariamente. Ainda que a produção a partir da tecnologia licenciada represente uma parte substancial dos custos das empresas em causa, certas empresas podem demonstrar maior eficácia na forma como utilizam a tecnologia e podem igualmente utilizar diferentes factores de produção, o que dá origem a custos diferentes.

135. No que diz respeito aos acordos de licença, as *royalties* podem ser utilizadas como meio de colusão directa (ver ponto 77). O risco de colusão é particularmente elevado no caso de concessão de licenças cruzadas entre concorrentes. Podem igualmente existir riscos desse tipo quando um concorrente concede mediante licença uma tecnologia a um outro concorrente contra o pagamento de *royalties* e compra a esse concorrente uma componente que é incorporada no produto relativamente ao qual se encontram em concorrência.

136. Os acordos de licença podem igualmente ter uma incidência sobre a concorrência intratecnologia, criando obstáculos que impedem a entrada de concorrentes ou a sua expansão no mercado. Tais efeitos de encerramento podem ser produzidos por restrições que impedem os licenciados de conceder licenças a terceiros ou dissuadindo-os de o fazer. Assim, terceiros podem ser impedidos de entrar no mercado quando os licenciantes existentes impõem aos licenciados obrigações de não concorrência numa medida tal que os terceiros dispõem de um número insuficiente de licenciados e quando é difícil a entrada a nível dos licenciados. Os fornecedores de uma tecnologia de substituição podem igualmente ser excluídos quando um licenciante com um grau suficiente de poder de mercado associa diferentes partes de uma tecnologia e concede uma licença globalmente num pacote, enquanto apenas uma parte desse conjunto é necessária para fabricar um determinado produto.

137. Os acordos de licença podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia, isto é, a concorrência entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia. Um acordo que impõe restrições territoriais aos licenciados, impedindo-os de venderem nos territórios uns dos outros, reduz a concorrência recíproca. Verifica-se igualmente redução da concorrência intratecnologia quando o licenciante se compromete a só conceder uma licença a um ou a alguns licenciados ou a limitar a produção a quantidades determinadas. Tais acordos excluem licenciados potenciais e podem igualmente reduzir a concorrência entre os licenciados existentes. Os acordos de licença podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia facilitando a colusão entre os licenciados. Além disso, os acordos de licença que reduzem a concorrência intratecnologia podem facilitar a colusão entre os proprietários de tecnologias concorrentes ou reduzir a concorrência intratecnologia aumentando os obstáculos à entrada no mercado.

1.3. *Efeitos positivos dos acordos de licença restritivos e quadro para a análise desses efeitos*

138. Os acordos de licença restritivos podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais, sob a forma de ganhos de eficiência, susceptíveis de compensar os seus efeitos anticoncorrenciais. A apreciação efectuar-se-á ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º, que prevê uma derrogação à regra de proibição constante do n.º 1 do artigo 81.º. Para que esta derrogação seja aplicável, o acordo de licença deve apresentar vantagens económicas objectivas, as restrições da concorrência devem ser indispensáveis para atingir esses ganhos de eficiência, os consumidores devem obter uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e o acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

139. No que se refere aos ganhos de eficiência, os acordos de licença podem nomeadamente permitir reunir as tecnologias e outros activos complementares, o que permitirá colocar no mercado produtos novos ou melhorados ou ainda fabricar produtos existentes a custos inferiores. À excepção do caso dos cartéis mais graves, a concessão de licenças é frequente, uma vez que é mais racional para o licenciante conceder a sua tecnologia do que explorá-la ele próprio. Tal pode nomeadamente acontecer quando o licenciado tem já acesso aos activos de produção necessários. O acordo permite então ao licenciado aceder a uma tecnologia que pode ser combinada com esses activos, o que lhe permite explorar tecnologias novas ou melhoradas. Um outro caso em que a concessão de uma licença pode potencialmente favorecer os ganhos de eficiência é o caso em que o licenciado possui já uma tecnologia e em que a combinação desta tecnologia com a do licenciante dá origem a sinergias. Quando as duas tecnologias são combinadas, o licenciado pode então obter uma relação custos/produção que não poderia atingir de outra forma. Os acordos de licença podem igualmente criar ganhos de eficiência na fase da distribuição, tal como os acordos de distribuição vertical. Pode tratar-se de redução de custos ou do fornecimento de serviços de melhor qualidade aos consumidores. Os efeitos positivos dos acordos verticais são descritos nas orientações relativas às restrições verticais ([52]). Um outro exemplo de eventuais ganhos de eficiência são os acordos através dos quais os proprietários de tecnologia reúnem um pacote de tecnologia para a concessão de licenças a terceiros. Tais acordos de agrupamento podem, em especial, reduzir os custos de transacção, uma vez que os licenciados não têm de concluir acordos de licença distintos com cada licenciante.

140. Para se assegurar que as restrições são indispensáveis, tal como exigido pelo n.º 3 do artigo 81.º, a Comissão examinará nomeadamente se cada restrição permite realizar a actividade em causa da forma mais eficaz do que se o acordo ou a restrição em causa não tivessem existido. Se o recurso a uma possibilidade menos restritiva vier a dar origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa será considerada indispensável. Em certos casos, contudo, pode igualmente revelar-se necessário analisar se o acordo, enquanto tal, é indispensável para obter os ganhos de eficiência. Tal pode por exemplo acontecer em relação aos acordos de agrupamento de tecnologias que incluem tecnologias complementares mas não essenciais ([53]), caso em que é necessário examinar em que medida a inclusão dessas tecnologias dá origem a ganhos de eficiência específicos ou se o acordo de agrupamento pode ser limitado a tecnologias para as quais não existe qualquer substituto e isto sem perda significativa de eficiência. No caso de uma simples concessão de licença entre duas partes, não é geralmente necessário ir além de uma análise do carácter indispensável das diferentes restrições. Normalmente, não existem soluções menos restritivas em relação ao acordo de licença.

141. A condição de que os consumidores devem receber uma parte equitativa dos benefícios significa que os consumidores dos produtos fabricados no quadro da licença devem beneficiar de compensações pelo menos em relação aos efeitos negativos do acordo ([54]). Tal significa que os ganhos de eficiência devem compensar inteiramente o eventual impacto negativo do acordo sobre os preços e a produção. Tal pode concretizar-se através dos efeitos na estrutura de custos da empresa em causa que lhe dará um incentivo para reduzir os preços ou permitindo que os consumidores tenham acesso a produtos novos ou melhorados, compensando-os por quaisquer eventuais aumentos de preços.

142. A última condição enunciada no n.º 3 do artigo 81.º, segundo a qual um acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, pressupõe uma análise das pressões concorrenciais que subsistem no mercado e do impacto do acordo sobre essas fontes de concorrência. Aquando da aplicação da última condição prevista no n.º 3 do artigo 81.º, é conveniente ter em conta a relação entre o n.º 3 do artigo 81.º e o artigo 82.º. Segundo jurisprudência constante, a aplicação do n.º 2 do artigo 81.º não pode impedir a aplicação do artigo 82.º do Tratado ([55]). Além disso, como os artigos 81.º e 82.º têm ambos por objectivo a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o n.º 3 do artigo 81.º seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos restritivos que constituem um abuso de posição dominante ([56]).

143. O facto de o acordo reduzir substancialmente uma das dimensões da concorrência não significa necessariamente que toda a concorrência seja eliminada na acepção do n.º 3 do artigo 81.º. Um acordo de agrupamento de tecnologias, por exemplo, pode dar origem à criação de uma norma industrial, que conduzirá a uma situação em que a concorrência é reduzida em termos de formato tecnológico. A partir do momento em que os principais operadores do mercado tiverem adoptado um determinado formato, os efeitos de rede podem dificultar a sobrevivência de formatos alternativos. Tal não significa

contudo que a criação de uma norma industrial elimina sempre de facto a concorrência na acepção da última condição do n.º 3 do artigo 81.º. No quadro desta norma, os fornecedores podem com efeito estar em concorrência a nível dos preços, da qualidade e das características dos produtos. Todavia, para que respeite o n.º 3 do artigo 81.º, é conveniente garantir que o acordo não restringe esta concorrência ou que restringe indevidamente qualquer futura inovação.

## 2. **Aplicação do artigo 81.º a diferentes tipos de restrições próprias dos acordos de licença**

144. A presente secção aborda os diferentes tipos de restrições que são comuns aos acordos de licença e que são susceptíveis de restringir a concorrência. As restrições que foram já abordadas em precedentes partes das presentes orientações, nomeadamente nas secções III.4 e III.5, só serão abordadas de forma limitada na presente secção.

145. Esta secção abrange simultaneamente os acordos entre não concorrentes e os acordos entre concorrentes. No que diz respeito a estes últimos, é estabelecida uma distinção, se for caso disso, entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos. Essa distinção não é necessária no caso de acordos entre não concorrentes. Quando as empresas não são nem concorrentes reais nem concorrentes potenciais num mercado da tecnologia relevante ou num mercado do produto que incorpora a tecnologia licenciada, a concessão de licenças cruzadas não diverge, a nível prático, da concessão de duas licenças distintas. A concessão de licenças cruzadas define-se como um acordo através do qual uma parte concede uma licença à outra parte da qual obtém por sua vez uma licença, sendo as duas tecnologias licenciadas para utilização interna. Esta expressão não abrange os acordos através dos quais as partes reúnem um pacote tecnológico que é seguidamente licenciado a terceiros. Tais acordos constituem os acordos de agrupamento de tecnologias e são tratados na secção 4.

146. A presente secção não aborda as obrigações incluídas nos acordos de licença que, independentemente das circunstâncias do caso, não restringem a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º. Trata-se nomeadamente das obrigações seguintes (lista não limitativa): a) obrigações de confidencialidade; b) obrigação imposta aos licenciados de não concederem sub-licenças; c) obrigação de não utilizar a tecnologia licenciada após o termo de vigência do acordo, desde que a tecnologia licenciada permaneça válida e em vigor; d) obrigação de ajudar o licenciante a aplicar os direitos de propriedade intelectual licenciados; e) obrigação de pagar as *royalties* mínimas ou de produzir uma quantidade mínima de produtos que incorporem a tecnologia concedida; e f) obrigação de utilizar a marca do licenciante ou de indicar o nome do licenciante no produto.

### 2.1. *Obrigações em matéria de* royalties

147. As partes num acordo de licença têm normalmente a liberdade, sem que o acordo seja abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, de determinar as *royalties* a pagar pelo licenciado, bem como o modo de pagamento. Este princípio é aplicável tanto aos acordos entre concorrentes como aos acordos entre não concorrentes, sob reserva do que já foi referido a propósito dos acordos de licença entre concorrentes nos pontos 77 e 135 relativamente aos pagamentos recíprocos de *royalties* e no ponto 78 em relação às *royalties* relativas aos produtos que não incorporam a tecnologia licenciada. No caso de licenças cruzadas entre concorrentes, as obrigações de pagamento de *royalties* podem equivaler a uma acção de fixação dos preços e constituir a esse título uma restrição grave da concorrência. Quando a obrigação de pagamento de *royalties* se estende aos produtos fabricados com base numa tecnologia pertencente ao licenciado, o acordo dá origem a um aumento dos custos do licenciado e torna a sua tecnologia menos competitiva.

148. As obrigações em matéria de *royalties* podem, por exemplo, assumir a forma de pagamentos de montantes fixos, de uma percentagem sobre o preço de venda ou de um montante fixo por cada produto que incorpora a tecnologia licenciada. Quando a tecnologia licenciada diz respeito a um factor de produção integrado seguidamente num produto final, o facto de as *royalties* serem calculadas com base no preço do produto final não dá geralmente origem a restrições da concorrência, desde que esse produto incorpore a tecnologia licenciada. O licenciante pode normalmente aplicar também *royalties* diferentes para cada licenciado sem infringir o n.º 1 do artigo 81.º

149. Independentemente do facto de a isenção por categoria só se aplicar se a tecnologia for válida e aplicável, as partes podem normalmente, sem infringir o n.º 1 do artigo 81.º, acordar em alargar a obrigação de *royalties* para além da duração dos direitos de propriedade intelectual licenciados. Quando esses direitos terminarem, os terceiros podem legalmente explorar a tecnologia em questão e entrar em concorrência com as partes no acordo. Esta concorrência real e potencial será normalmente suficiente para garantir que as obrigações em questão não terão qualquer efeito anticoncorrencial significativo. Contudo, o n.º 1 do artigo 81.º pode excepcionalmente ser aplicado quando terceiros são confrontados com importantes obstáculos à entrada no mercado, que impedem ou atrasam a sua entrada no mercado enquanto força concorrencial efectiva. Em tais circunstâncias, o acordo pode permitir a um licenciante, que dispõe de um forte poder de mercado, de o conservar aumentando os custos dos seus (antigos) licenciados, que utilizam a partir de então a tecnologia fora do quadro do acordo.

150. No caso de acordos entre não concorrentes, a isenção por categoria abrange os acordos em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto dos produtos, independentemente do facto de a tecnologia licenciada ser ou não utilizada. Embora tais acordos possam facilitar o cálculo das *royalties*, podem igualmente dar origem a um encerramento do mercado aumentando os custos dos factores de produção de terceiros e ter assim efeitos semelhantes aos de uma obrigação de não concorrência. Se o licenciado conceder uma licença de tecnologia a um terceiro, o custo dessa licença aumenta devido à *royalty* a pagar ao licenciante. Fora do âmbito da isenção por categoria, deve por conseguinte ser analisado se a restrição tem efeitos de exclusão. Para esse fim, afigura-se apropriado utilizar o quadro analítico definido na secção 2.7. No caso de efeitos de exclusão significativos, tais acordos são abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º e é pouco provável que satisfaçam as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º

2.2. *Acordos de licença exclusivos e restrições das vendas*

151. Considera-se que uma licença é exclusiva para efeitos das presentes orientações, quando o licenciante se compromete a não conceder licenças a outros licenciados ou a não conceder qualquer licença a outros licenciados num determinado território ou em relação a um determinado grupo de clientes. Uma licença exclusiva não significa enquanto tal que o licenciante esteja sujeito a restrições quanto ao local em que fabrica os produtos que incorporam a tecnologia licenciada ou que o licenciante e outros licenciados estejam sujeitos a restrições no que diz respeito às suas vendas num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo. Contudo, as licenças exclusivas são muito frequentemente acompanhadas de restrições de vendas. No que diz respeito a essas restrições de vendas, há que estabelecer uma distinção entre os acordos de licença entre concorrentes e entre não concorrentes. No caso dos acordos entre concorrentes, as restrições das vendas são identificadas como restrições graves nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 4.º do RICTT (ver ponto 81). As restrições de vendas incluídas nos acordos de licença entre não concorrentes são tratadas seguidamente (ver pontos 157 a 161).

152. Nos acordos entre concorrentes, a restrição imposta ao licenciante de não conceder licenças a outros licenciados em geral ou em relação a um determinado território ou a um determinado grupo de clientes pode ter por principal efeito anticoncorrencial impedir o acesso ao mercado por parte de outros licenciados (potenciais). Esta limitação do acesso ao mercado pode, além disso, favorecer uma colusão entre as partes e restringir a concorrência intertecnologias. É nomeadamente o que acontece quando partes bem posicionadas no mercado concluem um acordo recíproco através do qual se concedem mutuamente uma licença exclusiva em relação às suas tecnologias respectivas. Nesse caso as partes acordam em não conceder qualquer licença a terceiros no âmbito da exclusividade acordada.

153. Nos acordos entre não concorrentes, a restrição imposta ao licenciante de não conceder qualquer licença a outros licenciados em geral ou em relação a um determinado território ou grupo de clientes pode ter dois efeitos anticoncorrenciais principais: a) exclusão de outros licenciados (potenciais) do mercado e b) redução da concorrência intratecnologia entre o licenciante e os licenciados e entre licenciados, nomeadamente quando existem também restrições de vendas.

154. Contudo, as licenças exclusivas podem igualmente dar origem a ganhos de eficiência. A exclusividade pode, por exemplo, incentivar o licenciado a investir mais rapidamente na exploração da tecnologia licenciada. Pode igualmente favorecer investimentos permanentes, evitando o parasitismo. A medida em que o parasitismo pode colocar problemas depende da natureza dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada e a medida em que o licenciado está implicado na comercialização e prestação de serviços anteriores à venda. Quando o licenciado vende os produtos sob a sua própria marca, as possibilidades de parasitismo são mais limitadas do que se os produtos forem vendidos sob uma marca comum.

155. Resulta do que precede que o principal risco anticoncorrencial associado às licenças exclusivas não acompanhadas de restrições de vendas é o encerramento do mercado a licenciados potenciais. No caso dos acordos entre concorrentes, a concessão de licenças exclusivas pode beneficiar de uma isenção por categoria até ao limiar de uma quota de mercado de 20 %. Para além desse limiar, a concessão de licenças exclusivas entre concorrentes pode nomeadamente ser abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, quando o licenciado possui um grau significativo de poder de mercado, quando a entrada no mercado das tecnologias for difícil e quando a tecnologia licenciada constituir uma fonte real de concorrência no mercado. Nesse caso, uma licença exclusiva pode excluir terceiros do mercado e permitir ao licenciado conservar o seu poder de mercado. Para impedir a entrada de novos operadores ou a expansão de concorrentes existentes, o licenciado pode estar disposto a partilhar os seus lucros com o licenciante. Com efeito, para preservar a sua posição no mercado, o licenciado pode estar disposto a pagar mais pela licença exclusiva do que terceiros que seriam confrontados com a concorrência do licenciado. Nessas circunstâncias, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. Ainda que a combinação das suas tecnologias dê origem a ganhos de eficiência, é pouco provável que a exclusividade seja indispensável.

156. No caso de um acordo recíproco entre concorrentes, em que as partes se concedem mutuamente uma licença exclusiva para as tecnologias de cada uma, existe, para além do risco de exclusão de outros licenciados, um risco de que o acordo reduza a concorrência intertecnologias entre as partes. Na ausência de exclusividade, ambas as partes poderiam conceder licenças a terceiros, que constituiriam uma nova fonte de concorrência no mercado. Ao acordar em não o fazer, as partes asseguram-se de

que continuarão a ser as únicas fontes de produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Tais acordos são susceptíveis de serem abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, quando as partes possuem um grau significativo de poder de mercado. Para satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, teria de ser demonstrado que as licenças conduzem a uma eficiência que reforça a integração de tecnologias em benefício dos consumidores e que a exclusividade é necessária para obter estas eficiências. A exclusividade só será normalmente considerada necessária, quando a utilização da tecnologia licenciada exige grandes investimentos não recuperáveis. Nesse caso, os riscos com que os licenciados se confrontam podem ser de tal ordem que é necessária a exclusividade para os persuadir a realizar os investimentos.

157. No caso dos acordos entre não concorrentes, as licenças exclusivas beneficiam de uma isenção por categoria até ao limiar de quotas de mercado de 30 %. Acima desse limiar, as licenças exclusivas, enquanto tal, não ameaçam ter efeitos significativos de encerramento do mercado, a menos que exista apenas um número limitado de outras tecnologias viáveis no mercado e que a maior parte das tecnologias disponíveis sejam licenciadas em condições de exclusividade. Os riscos de encerramento são mais sérios quando dois ou mais licenciantes concedem, através de acordos bilaterais distintos, licenças exclusivas aos mesmos licenciados, do que numa situação em que as tecnologias são licenciadas a licenciados diferentes. As licenças exclusivas múltiplas concedidas a um mesmo licenciado podem igualmente favorecer uma colusão entre licenciantes concorrentes num mesmo mercado da tecnologia. A concessão de licenças a um mesmo licenciado ou a licenciados pode permitir aos licenciantes coordenarem a sua acção em matéria de *royalties*, ou seja, o preço pago pela licença. Contudo, uma tal coordenação será sem dúvida mais difícil no caso da concessão de licenças do que no caso de distribuição, em que concessões exclusivas múltiplas podem suscitar problemas de concorrência mais graves ([57]). Todavia, tal como no caso de acordos entre concorrentes, a exclusividade pode ser necessária para persuadir o licenciado a investir na tecnologia licenciada, caso em que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º podem ser satisfeitas. Quando o licenciado se confronta com investimentos não recuperáveis importantes, os acordos de concessão de uma licença exclusiva são susceptíveis de satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, salvo quando não existirem no mercado alternativas reais para a tecnologia do licenciante ou quando a maior parte das tecnologias disponíveis foram licenciadas ao mesmo licenciado.

158. As restrições das vendas impostas às partes no quadro de uma licença exclusiva são tratadas na secção II.4. relativa à lista das restrições graves constantes do artigo 4.º do RICTT, bem como no ponto 151, no que diz respeito a licenças exclusivas entre concorrentes. No que diz respeito às restrições das vendas entre não concorrentes, é conveniente recordar que essas restrições são abrangidas pelo n.º 2, alínea b), do artigo 4.º do RICTT (ver pontos 90 a 96). As restrições de vendas são geralmente consideradas restrições graves, mas esta classificação inclui varias excepções importantes.

159. Recorde-se que, no caso dos acordos entre não concorrentes, a restrição das vendas entre o licenciante e os diferentes licenciados pode beneficiar de uma isenção por categoria até ao limiar das quotas de mercado. Acima desse limiar, as restrições de vendas activas e passivas entre territórios ou grupos de clientes reservados ao licenciante e territórios e grupos de clientes concedidos mediante licença aos licenciados numa base exclusiva podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, por exemplo, quando o licenciante tem individualmente um grau significativo de poder de mercado ou quando existe um efeito cumulativo de acordos semelhantes concluídos por licenciantes que detêm colectivamente uma forte posição no mercado. Todavia, quando as partes não são concorrentes e quando com base em factores objectivos, se puder concluir que na ausência das restrições de vendas a licença não teria sido concedida, o acordo não é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. Tal pode acontecer quando o licenciante opera no mesmo mercado do produto do licenciado e quando este não teria podido aceder a esse mercado se a licença não tivesse sido concedida. O proprietário de uma tecnologia não entrará normalmente em concorrência directa com ele próprio no que diz respeito à sua própria tecnologia.

160. As restrições impostas às vendas do licenciante, quando são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, satisfazem normalmente as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, a menos que não existam alternativas reais para a tecnologia do licenciante no mercado ou que tais alternativas sejam licenciadas pelo licenciado de terceiros. Tais restrições, nomeadamente as relativas às vendas activas, são frequentemente indispensáveis para incentivar o licenciado a investir na produção, na comercialização e na venda dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada. É provável que o licenciado tivesse nitidamente menos incentivos para investir se viesse a confrontar-se com a concorrência directa do licenciante, cujos custos de produção não são agravados pelas *royalties* a pagar, conduzindo eventualmente a níveis suboptimizados de investimento.

161. No que diz respeito às vendas entre licenciados, o regulamento concede uma isenção por categoria às vendas activas entre territórios exclusivos ou grupos de clientes exclusivos. Acima do limiar de quotas de mercado, a restrição das vendas activas entre territórios exclusivos e grupos de clientes exclusivos dos licenciados limita a concorrência intratecnologia e é susceptível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, se um licenciado detiver um grau significativo de poder de mercado. Todavia, este tipo de restrições pode satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, quando estas são necessárias para impedir qualquer parasitismo e incentivar o licenciado a realizar os investimentos necessários para uma exploração eficiente da tecnologia licenciada no âmbito do seu território, bem como para promover as vendas dos produtos fabricados sob licença. As restrições relativas às vendas passivas constam da lista das restrições graves referida no n.º 2, alínea b), do artigo 4.º (ver ponto 93). Este tipo de restrições não satisfaz geralmente as condições mencionadas no n.º 3 do artigo 81.º

162. Os acordos de licença através dos quais duas ou mais partes se concedem mutuamente licenças de tecnologia cruzadas numa base exclusiva coloca problemas específicos, quando o conjunto das tecnologias licenciadas desta forma criam uma norma industrial *de facto* a que terceiros devem ter acesso para se tornarem concorrentes efectivos no mercado. Nesses casos, o acordo cria uma norma fechada reservada às partes. A Comissão apreciará esses acordos com base nos mesmos princípios do que os aplicados aos acordos de agrupamento de tecnologias (ver secção 4). Exigirá normalmente que as tecnologias na base da norma sejam licenciadas a terceiros em condições razoáveis ([58]). Quando as partes no acordo estão em concorrência com terceiros no mercado do produto e os acordos de licença incidem sobre esse mercado do produto, um acordo de exclusividade entre as partes ameaça ter efeitos de exclusão importantes. A incidência negativa sobre a concorrência só pode ser evitada concedendo igualmente licenças a terceiros. Quando a tecnologia licenciada permite às partes criarem um novo mercado e quando, por conseguinte, os produtos fabricados com a tecnologia licenciada não se encontram em concorrência com produtos existentes, a exclusividade será apreciada da mesma forma que os outros acordos de licença. As restrições impostas às partes que concedem licenças da sua própria tecnologia podem ser abrangidas pelo âmbito do artigo 81.º, mas não existirá normalmente uma obrigação de as partes concederem colectivamente a terceiros licenças em relação à totalidade do pacote.

2.3. *Restrições relativas à produção*

163. A restrição da produção no âmbito de acordos de licença entre concorrentes constitui uma restrição grave abrangida pela n.º 1, alínea b), do artigo 4.º do RICTT, à excepção das restrições não recíprocas relativas à produção impostas ao licenciado. Esta restrição não consta da lista das restrições graves, mas está excluída da isenção por categoria, através de condição (ver n.º 2 do artigo 5.º do RICTT, ver pontos 80 e 105). Quaisquer restrições da produção do licenciado podem restringir a concorrência, desde que a posição do ou dos licenciados no mercado tenha uma certa importância e o acordo imponha uma limitação real da produção total do licenciado. Nesse caso, o acordo restringe significativamente a concorrência que existia antes do acordo. Aquando da apreciação deste tipo de casos, é conveniente comparar a limitação quantitativa com a produção do licenciado antes do acordo, bem como as previsões de crescimento do mercado. É igualmente conveniente tomar em consideração a probabilidade de o licenciado passar a utilizar a tecnologia do licenciante ou, inversamente, continuar a utilizar a sua própria tecnologia de forma autónoma ou estar realmente a fazê-lo.

164. No entanto, uma limitação não recíproca da produção em acordos entre concorrentes pode igualmente ter efeitos pró-concorrenciais. Pode nomeadamente ser necessária para incentivar o licenciante a divulgar a sua tecnologia e isto tão amplamente quanto possível. Um licenciante poderia, por exemplo, hesitar em conceder a sua tecnologia aos seus concorrentes se não tivesse a possibilidade de limitar a licença a um local de produção específico com uma determinada capacidade (licença para uma determinada instalação). Se o acordo de licença der origem a uma real integração de activos complementares, a limitação da produção do licenciado pode satisfazer as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º. Todavia, tal provavelmente não acontecerá se as partes dispuserem de um poder de mercado importante e se o acordo der origem a uma limitação real da produção do licenciado.

165. As restrições da produção nos acordos de licença entre não concorrentes beneficiam da isenção por categoria até ao limiar de quotas de mercado de 30 %, desde que o licenciante não seja obrigado a limitar a produção de outros licenciados ou o conjunto da produção de todos os licenciados. Nesse caso, considera-se geralmente que o acordo equivale a uma prática concertada que limita a produção a nível dos licenciados.

166. O principal risco anticoncorrencial associado às restrições da produção dos licenciados nos acordos entre não concorrentes é uma redução da concorrência intratecnologia entre licenciados. O significado de tais efeitos anticoncorrenciais depende da posição do licenciante e dos licenciados no mercado e da medida em que a limitação da produção impõe uma limitação real das vendas de cada licenciado.

167. A limitação da produção pode igualmente ser utilizada para facilitar a repartição dos mercados e para alargar a protecção territorial para além do que é autorizado pelo RICTT e pelas presentes orientações. Contudo, a Comissão não partirá do princípio de que as limitações quantitativas, enquanto tal, têm esse objectivo, salvo se forem utilizadas para aplicar um acordo subjacente de repartição do mercado. Entre as indicações da existência de um tal acordo, pode citar-se a adaptação das quantidades no tempo a fim de cobrir apenas a procura local, pagamentos de *royalties* diferentes em função do destino dos produtos e o controlo do destino dos produtos vendidos pelos diferentes licenciados.

168. Quando as restrições da produção são combinadas com territórios exclusivos ou grupos de clientes exclusivos, os efeitos restritivos aumentam. A combinação destes dois tipos de restrições aumenta a probabilidade de um acordo ter por objectivo o encerramento do mercado.

169. As limitações de produção impostas aos licenciados podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais, quando favorecem a divulgação de uma tecnologia. Enquanto fornecedor de tecnologia, o licenciante, tal como os fornecedores de bens físicos, deve normalmente ter a liberdade de determinar as quantidades que vende. Sendo os direitos de propriedade intelectual integrados quer num processo de produção quer num produto, um licenciante pode determinar a sua produção, limitando a utilização da tecnologia licenciada pelo licenciado a um determinado número de operações ou a determinadas quantidades. Se o licenciante não tivesse a liberdade de determinar a produção do licenciado, um certo número de acordos de licença nunca teria sido concluído, o que teria uma incidência negativa sobre a divulgação das tecnologias novas. Tal poderá nomeadamente acontecer quando o licenciante é igualmente o produtor, uma vez que a produção dos licenciados pode então encontrar-se no território principal de actividades do licenciante, tendo assim uma incidência directa sobre as suas actividades. Por outro lado, a limitação da produção é sem dúvida menos necessária para garantir a divulgação da tecnologia do licenciante, quando combinada com uma restrição de vendas do licenciado, que impõe a este não vender no território ou a um grupo de clientes reservado ao licenciante.

2.4. *Restrição do domínio de utilização*

170. Quando existe restrição do domínio de utilização, a licença é limitada quer a um ou a vários domínios técnicos de aplicação, quer a um ou a vários mercados do produto. Existem inúmeros casos em que uma mesma tecnologia pode ser utilizada para fabricar diferentes produtos ou pode ser incorporada em produtos que pertencem a diferentes mercados do produto. Uma nova tecnologia de moldagem pode por exemplo ser utilizada para fabricar garrafas e copos de plástico, pertencendo cada produto a mercados do produto distintos. O factor determinante consiste em saber se os produtos que incorporam a tecnologia licenciada pertencem a mercados do produto distintos. Uma restrição imposta ao licenciado relativamente à utilização feita pelo comprador dos produtos que incluem a tecnologia licenciada não constitui uma restrição do domínio de utilização para efeitos das presentes orientações. Trata-se nesse caso de uma restrição relativamente ao cliente. Por exemplo, um acordo de licença nos termos do qual um licenciado é autorizado a produzir transmissões destinadas a serem integradas em veículos automóveis com motores de pelo menos quatro cilindros e um outro licenciado é autorizado a produzir as mesmas transmissões para veículos automóveis com motores com mais de quatro cilindros reparte os clientes entre os licenciados e não é considerada uma restrição do domínio de utilização. As restrições associadas aos clientes são abrangidas pelo n.º 1, alínea c) do artigo 4.º e pelo n.º 2, alínea b), do artigo 4.º do RICTT e são tratadas nos pontos 81 e 90 a 96.

171. No caso de acordos entre concorrentes, as restrições recíprocas e não recíprocas do domínio de utilização impostas ao licenciante constituem uma restrição grave abrangida pelo n.º 1, alínea c), do artigo 4.º do RICTT (ver ponto 82). As restrições do domínio de utilização cobertas pela alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º e tem poucas hipóteses de satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, nomeadamente a terceira condição relativa ao carácter indispensável do acordo.

172. As restrições do domínio de utilização impostas ao licenciado numa licença não recíproca entre concorrentes são objecto de isenção por categoria até um limiar de quota de mercado de 20 %. O principal problema em termos de concorrência no caso dessas restrições é o risco de que o licenciado deixe de constituir uma força competitiva no âmbito da restrição do domínio de utilização. Podem nomeadamente surgir problemas de concorrência quando as instalações de produção do licenciado, que estão equipadas para utilizar a tecnologia licenciada, são também utilizadas para fabricar produtos abrangidos pela restrição do domínio de utilização. Se nesses casos o acordo for susceptível de ter ou tiver tido efeitos negativos sobre a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia no âmbito da restrição do domínio de utilização imposta pelo licenciante, obrigando-o a reduzir a sua produção, o acordo restringe a concorrência que existia na ausência do acordo. Nesse caso, o acordo é susceptível de ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º e é pouco provável que satisfaça as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, uma vez que não é provável que os consumidores dos produtos abrangidos pela restrição do domínio de utilização recebam uma parte equitativa dos benefícios ([59]). Se nesses casos o acordo for objecto de uma isenção por categoria, essa isenção é susceptível de ser retirada.

173. As restrições do domínio de utilização nos acordos entre não concorrentes, em que o licenciante se reserva um ou mais mercados do produto ou domínios de utilização técnica, não restringem geralmente a concorrência e são propícios a ganhos de eficiência. Favorecem a divulgação de tecnologias novas e úteis, incentivando o licenciante a conceder licenças de exploração relativamente aos domínios em que este não pretende explorar ele próprio a tecnologia em causa. Se um licenciante não puder impedir os licenciados de operarem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia, o licenciante não teria qualquer incentivo para conceder licenças.

174. O licenciante pode também normalmente conceder licenças a licenciados diferentes limitadas a um ou a vários domínios de utilização. Dado que os produtos em causa pertencem a mercados do produto diferentes (ver ponto 170), essas restrições não dão origem à repartição de clientes ou de territórios. Todavia, quando são combinadas com exclusividade, isto é, a obrigação imposta ao licenciante de não conceder licenças a outros licenciados num determinado domínio de utilização, essas restrições limitam a concorrência intratecnologia entre licenciados da mesma maneira que as licenças exclusivas e são analisadas da mesma forma (ver ponto 2.2).

2.5. *Restrições de utilização cativa*

175. Uma restrição de utilização cativa é uma obrigação imposta ao licenciado de limitar o seu fabrico dos produtos licenciados às quantidades exigidas para o fabrico dos seus próprios produtos, bem como para a manutenção e reparação dos seus próprios produtos. Por outras palavras, este tipo de restrição da utilização traduz-se na obrigação imposta ao licenciado de só utilizar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada como factor de produção destinado a ser integrado nos seus próprios produtos, mas não abrange a venda dos produtos destinados a serem integrados nos produtos de outros produtores.

176. As restrições de utilização cativa beneficiam da isenção por categoria até aos limiares das quotas de mercado de 20 % e 30 %. Quando os acordos em causa não podem beneficiar da isenção por categoria, é conveniente examinar quais os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais das restrições em causa. Relativamente a esse aspecto, é necessário estabelecer uma distinção entre acordos entre não concorrentes e acordos entre concorrentes.

177. No caso dos acordos de licença entre concorrentes, uma restrição que imponha ao licenciado fabricar os produtos objecto da licença apenas para os incorporar nos seus próprios produtos não o impede de fornecer as componentes em questão a produtores terceiros. Se antes da conclusão do acordo o licenciado não era um fornecedor real ou potencial dessas componentes a outros produtores, a obrigação de utilização cativa em nada alterará a situação. Nesse caso, a restrição será tratada da mesma forma que no caso dos acordos entre não concorrentes. Se, em contrapartida, o licenciado é um fornecedor real ou potencial das componentes, a restrição limita a concorrência que existia antes do acordo e pode ter graves efeitos negativos no mercado. Uma obrigação de utilização cativa entre fornecedores concorrentes de uma componente pode ter por efeito a organização de uma partilha do mercado entre si, nomeadamente no caso de licenças cruzadas com a obrigação recíproca de utilização cativa. Para além disso, se for não apenas a utilização da tecnologia licenciada que é limitada, mas igualmente a utilização por parte do licenciado da sua própria tecnologia, verificar-se-á uma restrição grave nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 4.º do RICTT.

178. No que diz respeito aos acordos de licença entre não concorrentes, as restrições de utilização cativa apresentam dois grandes riscos para a concorrência: a) uma restrição da concorrência intratecnologia no mercado do fornecimento dos factores de produção e b) uma exclusão da arbitragem entre licenciados, que confere aos licenciantes uma maior possibilidade de imporem aos licenciados *royalties* discriminatórias.

179. Contudo, as restrições de utilização cativa podem igualmente favorecer a concorrência. Se um licenciante for um fornecedor de componentes, a restrição pode ser necessária para que a tecnologia seja divulgada. Se se puder pressupor, com base em factores objectivos, que o licenciado não concederia qualquer licença sem a restrição, uma vez que tal criaria uma concorrência directa no mercado das componentes, a restrição não é sistematicamente abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º. Todavia, é necessário que o licenciado tenha toda a liberdade de vender os produtos licenciados enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos. Deve estar em condições de assegurar o serviço pós-venda, incluindo através de empresas de serviço pós-venda independentes que asseguram a manutenção e a reparação dos produtos fabricados pelo licenciado.

180. Quando o licenciante não for um fornecedor de componentes no mercado relevante, a razão que justifica a aplicação de restrições de utilização cativa mencionada anteriormente não é aplicável. Em tais casos, uma restrição de utilização cativa pode em princípio favorecer a divulgação da tecnologia, garantindo que os licenciados não venderão a produtores que se encontram em concorrência com o licenciante noutros mercados. No entanto, existe uma outra solução menos restritiva, que consiste em impor ao licenciado que não venda a determinados grupos de clientes reservados ao licenciante. Por conseguinte, em tais casos, não é normalmente necessária uma restrição de utilização cativa para que a tecnologia possa ser divulgada.

181. As restrições de utilização cativa podem igualmente ter efeitos favoráveis, ao permitir ao licenciante controlar mais eficazmente o pagamento das *royalties*. Pode ser mais fácil proceder a tal controlo quando as *royalties* podem ser facturadas relativamente a cada produto que incorpora o elemento fabricado com base na tecnologia licenciada. Todavia, quando o licenciante possui um importante grau de poder de mercado, é pouco provável que tal efeito favorável compense os efeitos anticoncorrenciais.

2.6. *Subordinação*

182. No domínio da concessão de licenças de tecnologia, considera-se que existe subordinação quando o licenciante subordina a concessão de uma tecnologia (o produto subordinante) ao facto de o licenciado adquirir igualmente uma licença para uma outra tecnologia ou comprar um produto ao licenciante ou a uma pessoa por este designada (o produto subordinado). Não existem licenças subordinadas quando o produto subordinante não é distinto do produto subordinado. As tecnologias ou produtos são considerados distintos quando, na ausência de subordinação, pertencem a mercados diferentes do ponto de vista do licenciado/comprador. Não é normalmente o que acontece quando as tecnologias ou produtos estão ligados de tal forma que a tecnologia licenciada não pode ser explorada sem o produto subordinado.

183. A subordinação beneficia da isenção por categoria até ao limiar de quotas de mercado de 20 % no caso dos acordos entre concorrentes e até ao limiar de 30 % no casos de acordos entre não concorrentes. Para além desses limiares, será necessário ponderar os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais da subordinação.

184. Quando o licenciante se encontra melhor posicionado no mercado do produto subordinado do que no do produto subordinante, a restrição é considerada uma cláusula de não concorrência ou uma obrigação quantitativa, devido ao facto de qualquer problema de concorrência ter a sua origem no mercado do produto «subordinado» e não no do produto «subordinante» ([60]). O artigo 3.º do RICTT, que subordina a aplicação da isenção por categoria aos limiares de quotas de mercado, garante que tais acordos não beneficiarão da isenção por categoria para além dos limiares das quotas de mercado de 20 % e 30 % respectivamente. Os limiares são aplicáveis a qualquer mercado da tecnologia ou do produto relevantes, incluindo o mercado do produto subordinado.

185. O principal efeito restritivo da subordinação consiste em excluir os fornecedores concorrentes do produto subordinado. Contudo, a subordinação pode igualmente permitir ao licenciante aumentar as *royalties*, em especial quando o produto subordinante e o produto subordinado são potencialmente substituíveis e os dois produtos não são utilizados em proporções fixas. A subordinação impede o licenciado de passar a utilizar produtos de substituição quando as *royalties* aumentam relativamente ao produto subordinado. Estes problemas de concorrência são independentes do facto de as partes no acordo serem ou não concorrentes. Para que a subordinação possa ter efeitos anticoncorrenciais, o licenciante deve dispor de um grau significativo de poder de mercado relativamente aos produtos subordinantes para poder restringir a concorrência relativamente aos produtos subordinados. Na ausência de poder de mercado relativamente ao produto subordinante, o licenciante não pode utilizar a sua tecnologia com um objectivo anticoncorrencial e excluir os fornecedores do produto subordinado. Para além disso, tal como no caso das obrigações de não concorrência, a subordinação deve cobrir uma certa proporção do mercado do produto subordinado para que possam existir efeitos de encerramento do mercado.

186. A subordinação pode igualmente dar origem a ganhos de eficiência. É por exemplo o que acontece quando o produto subordinado é necessário para que a tecnologia licenciada possa ser explorada de forma tecnicamente satisfatória ou para garantir a conformidade da produção com as normas de qualidade observadas pelo licenciante e pelos outros licenciados. Nesses casos, as licenças subordinadas são geralmente ou não restritivas da concorrência ou abrangidas pelo n.º 3 do artigo 81.º. Quando os licenciados utilizam a marca ou o nome do licenciante ou quando é evidente, para os consumidores, que existe uma subordinação entre o produto que incorpora a tecnologia licenciada e o licenciante, o licenciante tem um interesse legítimo em se assegurar de que a qualidade dos produtos não prejudica a sua tecnologia e a sua reputação enquanto operador económico. Além disso, quando os consumidores têm conhecimento de que os licenciados (e o licenciante) fabricam os produtos a partir da mesma tecnologia, seria pouco provável que os licenciados aceitassem adquirir uma licença se a tecnologia não fosse explorada por todos de uma forma tecnicamente satisfatória.

187. A subordinação pode igualmente favorecer a concorrência, quando o produto subordinado permite ao licenciado explorar a tecnologia licenciada de forma mais eficaz do que com outras soluções alternativas. Por exemplo, quando o licenciante concede uma tecnologia que incide sobre um determinado processo, as partes podem igualmente acordar que o licenciado adquirirá ao licenciante um catalisador fabricado para ser utilizado com a tecnologia licenciada e que permita explorá-la de forma mais eficaz do que com outros catalisadores. Quando uma restrição deste tipo é abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, as condições constantes do n.º 3 do artigo 81.º são susceptíveis de serem igualmente satisfeitas, mesmo quando as quotas de mercado são superiores aos limiares fixados no RICTT.

2.7. *Obrigações de não concorrência*

188. No contexto dos acordos de tecnologia, as obrigações de não concorrência consistem em impor ao licenciado a não utilização de tecnologias de terceiros que se encontrariam em concorrência com a tecnologia licenciada. Quando a obrigação de não concorrência abrange um produto ou uma tecnologia suplementar fornecida pelo licenciante, a obrigação é tratada no âmbito da secção anterior relativa à subordinação.

189. O RICTT isenta as obrigações de não concorrência simultaneamente em relação aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes até aos limiares de quotas de mercado de 20 % e 30 % respectivamente.

190. O principal risco que as obrigações de não concorrência colocam para a concorrência é a exclusão das tecnologias pertencentes a terceiros. Podem igualmente facilitar a colusão entre licenciantes, quando existe utilização cumulativa. A exclusão de tecnologias concorrentes reduz as pressões concorrenciais que se exercem sobre as *royalties* facturadas pelo licenciante e reduz também a concorrência entre as tecnologias existentes, limitando as possibilidades dos licenciados de proceder a substituições entre

tecnologias concorrentes. A análise pode, em geral, ser a mesma no caso de acordos entre concorrentes e de acordos entre não concorrentes, na medida em que em ambos os casos é a exclusão das outras tecnologias que constitui o principal problema. No entanto, no caso de um acordo de licenças cruzadas entre concorrentes em que as duas partes acordam em não utilizar tecnologias pertencentes a terceiros, o acordo pode facilitar uma colusão entre si no mercado do produto, o que justifica a fixação de um limiar de quotas de mercado mais reduzido de 20 %.

191. Pode verificar-se encerramento do mercado quando uma parte importante dos licenciados potenciais estão já subordinados a uma ou, no caso de efeitos cumulativos, a várias fontes tecnológicas e não têm a possibilidade de explorar tecnologias concorrentes. Um encerramento pode ser provocado por acordos concluídos por um único licenciante com um grau significativo de poder de mercado ou pelo efeito cumulativo de acordos concluídos por vários licenciantes, mesmo quando cada acordo individual ou rede individual de acordos é abrangida pelo RICTT. Neste último caso, contudo, não é provável que se registe um efeito cumulativo grave enquanto a proporção do mercado subordinado pelos acordos for inferior a 50 %. Para além desse limiar, os riscos de existência de um encerramento importante do mercado, quando existem obstáculos à entrada de novos licenciados, são relativamente elevados. Se esses obstáculos são reduzidos, novos licenciados poderão penetrar no mercado e explorar comercialmente tecnologias atractivas detidas por terceiros, constituindo desta forma uma real alternativa aos licenciados existentes. A fim de determinar quais as possibilidades reais de entrada e de extensão de que os terceiros dispõem, é conveniente igualmente ter em conta a medida em que os distribuidores estão vinculados aos licenciados por obrigações de não concorrência. Com efeito, as tecnologias pertencentes a terceiros só terão possibilidades reais de penetrar no mercado se tiverem acesso aos activos de produção e de distribuição necessários. Por outras palavras, a facilidade de acesso depende não apenas da existência de um número suficiente de licenciados, mas igualmente da medida em que estes têm acesso à distribuição. Para apreciar os efeitos de encerramento a nível da distribuição, a Comissão utilizará o quadro analítico exposto na secção IV.2.1 das Orientações relativas às restrições verticais ([61]).

192. Quando o licenciante detém um grau significativo de poder de mercado, qualquer obrigação imposta aos licenciados de só adquirirem a tecnologia junto do licenciante, pode dar origem a efeitos de encerramento significativos. Quanto mais forte for a posição detida pelo licenciante no mercado, maior será o risco de exclusão das tecnologias concorrentes. Para que os efeitos de encerramento sejam significativos, não é necessário que as obrigações de não concorrência abranjam uma parte substancial do mercado. Mesmo que tal não aconteça, o encerramento pode ser significativo se as obrigações de não concorrência visarem empresas mais susceptíveis de conceder licenças relativamente a tecnologias concorrentes. O risco de encerramento é particularmente elevado, quando existe apenas um número limitado de licenciados potenciais e o acordo de licença diz respeito a uma tecnologia que é utilizada pelos licenciados para produzir um elemento para sua utilização própria. Nesses casos, a procura no mercado é limitada pelos licenciados. O encerramento é menos provável nos casos em que a tecnologia é utilizada para fabricar um produto que é vendido a terceiros, uma vez que neste caso a restrição subordina apenas a capacidade de produção, mas não a procura do produto que incorpora a tecnologia licenciada. Para entrar no mercado nestes últimos casos, os licenciantes apenas têm necessidade de ter acesso aos licenciados que possuem uma capacidade de produção apropriada e salvo quando algumas empresas possuem apenas ou são capazes de obter os activos necessários para adquirir uma licença, é pouco provável que ao impor obrigações de não concorrência aos seus licenciados, o licenciante esteja em condições de impedir os concorrentes de terem acesso a licenciados eficientes.

193. As obrigações de não concorrência podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais. Em primeiro lugar, podem favorecer a divulgação das tecnologias, reduzindo o risco de apropriação fraudulenta da tecnologia licenciada, nomeadamente do saber-fazer. Se um licenciante for autorizado a obter licenças relativamente a tecnologias concorrentes pertencentes a terceiros, existe o risco de um saber-fazer específico obtido sob licença ser utilizado para a exploração de tecnologias concorrentes, beneficiando desta forma os concorrentes. Quando um licenciado explora igualmente tecnologias concorrentes, normalmente tal dificulta também o controlo do pagamento de *royalties*, o que poderia incentivar os licenciantes a não concederem licenças.

194. Em segundo lugar, as obrigações de não concorrência podem afigurar-se necessárias para que um licenciado seja encorajado a investir na tecnologia licenciada e a explorá-la eficazmente. Contudo, quando o acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, será nomeadamente suficiente para tal impor uma produção mínima ou o pagamento de *royalties* mínimas, o que normalmente apresenta um menor potencial de exclusão das tecnologias concorrentes.

195. Em terceiro lugar, quando o licenciante se compromete a realizar investimentos importantes a favor do cliente, por exemplo, em acções de formação ou numa adaptação da tecnologia licenciada às necessidades do licenciado, as obrigações de não concorrência ou, alternativamente, uma obrigação de produção mínima ou de *royalties* mínimas, podem revelar-se necessárias para incentivar o licenciante a realizar esses investimentos e a evitar problemas de captividade. Contudo, o licenciante terá normalmente a possibilidade de facturar directamente os seus investimentos sob a forma de pagamento de um montante fixo, o que demonstra que existem alternativas menos restritivas.

### 3. **Acordos de resolução de litígios e de não reivindicação**

196. Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito à transferência de tecnologia do licenciante para o licenciado a fim de permitir que este explore a tecnologia do licenciante. Todavia, em alguns sectores, a concessão de

licenças está a tornar-se cada vez mais importante como meio de resolver litígios ou evitar que uma parte exerça os seus direitos de propriedade intelectual a fim de impedir que a outra parte explore a sua própria tecnologia. A concessão de licenças cruzadas no contexto de acordos de resolução de litígios e de acordos de não reivindicação não constitui em si uma restrição da concorrência, uma vez que permitem às partes entrar em concorrência *ex post*. Contudo, as modalidades e condições individuais de tais acordos podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º

197. Os acordos que impõem restrições às partes no que diz respeito à utilização das suas tecnologias respectivas, incluindo a concessão de licenças a terceiros, são susceptíveis de serem abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º. Mesmo que as partes sejam consideradas não concorrentes devido à existência de uma posição bidireccional de bloqueio, ver ponto 25, tal restrição é susceptível de ser abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º por falta de necessidade objectiva, ver ponto 14. Para além disso, é improvável que tais acordos satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º. O principal benefício do acordo consiste em pôr termo ao litígio ou em evitar futuros litígios. A concessão de licenças cruzadas sem quaisquer restrições é suficiente para atingir este objectivo.

198. Quando no âmbito do acordo as partes têm o direito de utilizar a tecnologia uma da outra e o acordo se estende a futuros desenvolvimentos, é necessário apreciar qual o impacto do acordo no incentivo que as partes têm para inovar. Em casos em que as partes possuem um grau significativo de poder de mercado e em que o acordo impede as partes de obterem uma vantagem competitiva uma em relação à outra, o acordo é susceptível de ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º e é pouco provável que satisfaça as condições constantes do n.º 3 do artigo 81.º, nomeadamente a condição do carácter indispensável. A realização do objectivo do acordo, nomeadamente, garantir que as partes podem continuar a explorar a sua própria tecnologia sem serem objecto de um bloqueio pela outra parte, não exige que as partes acordem em partilhar futuras inovações.

199. As obrigações em termos de *royalties* e outros sistemas de pagamento no contexto de acordos de resolução de litígios e de não reivindicação podem ser abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando permitem que as partes coordenem os seus preços e são apreciadas da mesma forma que no caso de acordos entre concorrentes, ver pontos 77 e 147. Os licenciados não deveriam ter de pagar *royalties* ou, quando o valor objectivo das tecnologias em questão é diferente, pagar *royalties* únicas (montante fixo), que reflectiria a diferença objectiva do valor.

200. No contexto dos acordos de resolução de litígios e de não reivindicação, as cláusulas de não contestação são em geral consideradas não abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º. É inerente a tais acordos que as partes acordam em não contestar os direitos de propriedade intelectual *ex post* abrangidos pelo acordo. Na realidade, o verdadeiro objectivo do acordo consiste em resolver os litígios existentes e/ou evitar futuros litígios.

201. A isenção por categoria é aplicável desde que o acordo não contenha quaisquer restrições graves da concorrência, tal como definido no artigo 4.º do RICTT. Recorde-se, contudo (ver ponto 34), que nos termos do artigo 2.º do RICTT, a isenção por categoria só é aplicável quando a licença é concluída entre duas empresas para o fabrico de produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Daí resulta que a isenção por categoria não é aplicável quando as licenças são concedidas apenas para efeitos de resolução de um litígio ou para evitar futuros litígios e não para efeitos de produção.

### 4. **Acordos de agrupamento de tecnologias**

202. Os acordos de agrupamento de tecnologias são acordos através dos quais duas ou mais partes agrupam um conjunto de tecnologias que não são licenciadas unicamente às partes no acordo, mas igualmente a terceiros. A nível da estrutura, os acordos de agrupamento de tecnologias podem assumir a forma de simples acordos entre um número limitado de partes ou de acordos organizacionais complexos, nos quais a organização da concessão das licenças relativas às tecnologias agrupadas é confiada a uma identidade distinta. Em ambos os casos o acordo pode autorizar os licenciados a operarem no mercado com base numa licença única.

203. Em certos casos, as tecnologias em causa abrangem (totalmente ou em parte) uma norma industrial *de facto* ou *de jure*. Contudo não há qualquer ligação sistemática entre os acordos de agrupamento de tecnologias e as normas. Quando tais acordos abrangem normas industriais, não se trata necessariamente de uma norma única. Os acordos de agrupamento de tecnologias podem abranger normas concorrentes ([62]).

204. Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que definem as condições do seu funcionamento não são abrangidos pela isenção de categoria, independentemente do número das partes em causa (ver secção III.2.2). Tais acordos estão exclusivamente sujeitos às presentes orientações. Os agrupamentos de tecnologias colocam um certo número de problemas específicos associados à selecção das tecnologias escolhidas e ao funcionamento do acordo, que não se colocam no caso de outros tipos de acordos de licença. As licenças individuais concedidas pelas partes a licenciados terceiros são contudo tratadas como os outros acordos de licenças, que podem beneficiar de uma isenção por categoria, quando as condições mencionadas no RICTT estão preenchidas, incluindo as condições constantes do artigo 4.º, que dizem respeito às restrições graves.

205. Os acordos de agrupamento de tecnologias podem restringir a concorrência. Tais acordos implicam necessariamente a venda em comum das tecnologias agrupadas o que, quando se trata de tecnologias substituíveis entre si, equivale a um cartel de fixação de preços. Além disso, para além do facto de reduzirem a concorrência entre as partes, os agrupamentos de tecnologias podem igualmente, nomeadamente quando abrangem uma norma industrial ou criam uma norma industrial *de facto*, restringir a concorrência no domínio da inovação, excluindo outras tecnologias do mercado. A existência da norma e das tecnologias agrupadas que lhe estão associadas pode dificultar a penetração no mercado de tecnologias novas e melhoradas.

206. Os agrupamentos de tecnologias podem igualmente ser favoráveis à concorrência, nomeadamente ao limitarem os custos da concessão de licenças. O agrupamento permite a concessão numa única licença das licenças relativas às tecnologias em causa, o que constitui uma vantagem específica em sectores em que prevalecem os direitos de propriedade intelectual e em que, para poder operar no mercado, os licenciados devem obter licenças de um número importante de licenciantes. Nos casos em que os licenciados beneficiam de um serviço contínuo para a aplicação da tecnologia licenciada, o agrupamento de licenças e serviços pode dar origem a reduções de custos suplementares.

4.1. *Natureza das tecnologias agrupadas*

207. Os riscos dos agrupamentos de tecnologia colocarem problemas a nível da concorrência, bem como as suas capacidades de melhorar os ganhos de eficiência, dependem numa grande medida da relação entre as tecnologias agrupadas e da relação entre as tecnologias agrupadas e as outras. É conveniente estabelecer duas distinções fundamentais entre: a) os complementos tecnológicos e os substitutos tecnológicos, por um lado, e b) as tecnologias essenciais e as tecnologias não essenciais, por outro.

208. Duas tecnologias constituem *complementos*, mas não *substitutos*, quando são ambas necessárias, de um ponto de vista tecnológico, para fabricar o produto ou realizar o processo a que as tecnologias se aplicam. Inversamente, duas tecnologias constituem substitutos quando, de um ponto de vista tecnológico, cada uma delas permite ao licenciado fabricar o produto ou realizar o processo a que as tecnologias se aplicam. Uma tecnologia é considerada *essencial* por oposição a não essencial, se não existir qualquer substituto para esta tecnologia entre as tecnologias agrupadas e entre as outras e se a tecnologia em questão constitui uma parte necessária do conjunto das tecnologias agrupadas para fabricar o ou os produtos ou realizar o ou os processos a que o agrupamento se aplica. As tecnologias essenciais são necessariamente complementos.

209. Quando as tecnologias agrupadas são substitutos, as *royalties* são susceptíveis de ser mais elevadas, uma vez que a ausência de concorrência entre as tecnologias em questão não constitui uma vantagem para os licenciados. Quando as tecnologias agrupadas são complementos o acordo reduz os custos da transação e pode dar origem a *royalties* globalmente mais reduzidas, uma vez que as partes estão em condições de fixar as *royalties* comuns para o conjunto das tecnologias, em vez de fixar cada uma das *royalties* não tendo em conta a *royalty* fixada pelos outros.

210. A distinção entre tecnologias complemento e tecnologias substitutos nem sempre é bem definida em todos os casos, uma vez que as tecnologias podem ser em parte substitutos e em parte complementos. Quando, devido a ganhos de eficiência que resultarão da integração de duas tecnologias, os licenciados são susceptíveis de pretender utilizá-las ambas, as tecnologias são tratadas como complementos, mesmo que sejam parcialmente substituíveis entre si. Em tais casos, é provável que na ausência do agrupamento de tecnologias, os licenciados procurassem obter licenças para as duas tecnologias devido às vantagens económicas suplementares decorrentes da utilização de ambas em oposição à utilização de uma delas.

211. De um ponto de vista jurídico, duas tecnologias constituem igualmente complementos quando existe uma situação de bloqueio bilateral. Todavia, a Comissão não considera geralmente que seja necessário um agrupamento para desbloquear uma situação de bloqueio. Tal como indicado na secção 3, as partes podem desbloquear uma situação concedendo uma licença cruzada ou concluindo um acordo de não reivindicação, que lhes per-

mitirá a ambas explorar as suas tecnologias respectivas de forma independente. Por esta razão, a Comissão abordará os agrupamentos de tecnologias que incluem patentes de bloqueio da mesma forma que os agrupamentos de tecnologias que incluem substitutos.

212. A inclusão de substitutos no acordo de agrupamento restringe a concorrência intertecnologias no âmbito do domínio de aplicação do acordo e produz os mesmos resultados que as licenças subordinadas colectivas. Além disso, quando a maior parte das tecnologias agrupadas são substitutos, o acordo equivale a um acordo de fixação de preços entre concorrentes. De uma forma geral, a Comissão considera que a inclusão de substitutos em tecnologias agrupadas constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º e que é pouco provável que as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º sejam nesse caso preenchidas. Dado que as tecnologias em questão se podem substituir entre si, a inclusão de ambas não dá origem a qualquer redução dos custos da operação. Na ausência do agrupamento, os licenciados não teriam solicitado as duas tecnologias. Não é suficiente que as partes continuem a ter a liberdade de conceder licenças de forma independente. A fim de não prejudicar os efeitos do agrupamento, que lhes permite exercer conjuntamente o seu poder de mercado, as partes terão pouco incentivo para o fazer.

213. Quando o acordo só inclui tecnologias que são essenciais e que são por conseguinte necessariamente também complementares, não é geralmente abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, independentemente da posição das partes no mercado. Todavia, as condições em que as licenças são concedidas podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da referida disposição.

214. Quando o acordo diz respeito a patentes não essenciais, mas complementares, existe um risco de exclusão da tecnologia de terceiros. Por conseguinte, quando uma tecnologia é abrangida pelo acordo e licenciada enquanto parte do conjunto das tecnologias agrupadas, os licenciados terão provavelmente poucos incentivos para adquirir uma licença para uma tecnologia concorrente, uma vez que a *royalty* paga pelas tecnologias agrupadas cobre já um substituto. Além disso, a inclusão de tecnologias, que não são necessárias para fabricar o(s) produto(s) ou realizar o(s) processo(s) a que se aplicam as tecnologias agrupadas, obriga igualmente os licenciados a pagar por tecnologias de que provavelmente não têm necessidade. A inclusão de patentes complementares equivale por conseguinte à subordinação colectiva. Quando o agrupamento inclui tecnologias não essenciais, o acordo é susceptível de ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, na medida em que o agrupamento tenha uma posição significativa em qualquer mercado relevante.

215. Na apreciação de agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias não essenciais, isto é, tecnologias relativamente às quais existem substitutos fora do agrupamento ou que não são necessárias para fabricar um ou vários dos produtos a que o agrupamento diz respeito, a Comissão terá nomeadamente em conta os seguintes factores:

a) O facto de existirem razões pró-concorrenciais para incluir as tecnologias não essenciais no agrupamento;

b) O facto de os licenciantes manterem a liberdade de conceder licenças relativamente às suas tecnologias respectivas de forma independente. Quando o acordo inclui um número limitado de tecnologias e existem tecnologias de substituição fora do agrupamento, os licenciados podem considerar a opção viável de constituir o seu próprio pacote tecnológico composto em parte por tecnologias que fazem parte do agrupamento e em parte por tecnologias detidas por terceiros;

c) O facto de a tecnologia agrupada estar apenas disponível enquanto pacote único ou de os licenciados terem a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties*. Esta possibilidade é relevante não apenas quando as tecnologias agrupadas incluem tecnologias não essenciais, mas também quando podem ter aplicações diferentes, algumas das quais não exigem a utilização do conjunto das tecnologias agrupadas. No primeiro caso, o direito de obter uma licença para apenas parte do pacote reduz o risco de exclusão do mercado de tecnologias pertencentes a terceiros e que não são abrangidas pelo agrupamento. No último caso, o direito de conceder uma licença relativamente a uma parte do pacote evita que as tecnologias que não são essenciais para um determinado produto ou processo estejam subordinadas a tecnologias essenciais. A concessão de licenças relativamente apenas a uma parte do pacote só constitui uma opção válida se o licenciado obtiver uma redução correspondente das *royalties*, o que exige que uma parte das *royalties* globais tenha sido afectada a cada uma das tecnologias abrangidas pelo acordo de agrupamento. Se os acordos de licença concluídos entre o agrupamento e os licenciados individuais tiverem uma duração relativamente longa e a tecnologia agrupada suportar uma norma industrial *de facto*, deve igualmente tomar-se em consideração o facto de o agrupamento poder excluir o acesso ao mercado por parte de novas tecnologias de substituição. Ao apreciar o risco de exclusão em tais casos, afigura-se relevante ter em conta se os licenciados têm ou não o direito de pôr termo, mediante um pré-aviso razoável, a parte da licença e obter uma correspondente redução das *royalties*.

4.2. *Apreciação de restrições individuais*

216. A presente secção aborda um certo número de restrições que se encontram normalmente, sob uma forma ou outra, em acordos de agrupamento de tecnologias e que devem ser apreciadas no contexto global do acordo. É conveniente recordar (ver ponto 204) que o RICTT é aplicável aos acordos de licença concluídos entre as partes no acordo de agrupamento de tecnologias e terceiros licenciados, e que a lista de restrições graves constante do artigo 4.º do RICTT é aplicável. A presente secção aborda, por conseguinte, unicamente os aspectos associados à criação do agrupamento e aos problemas específicos da concessão de licenças no âmbito de agrupamentos de tecnologias.

217. Na sua apreciação, a Comissão basear-se-á essencialmente nos seguintes princípios:

1) Quanto mais forte for a posição de mercado das partes no acordo de agrupamento, mais elevados são os riscos de existirem efeitos anticoncorrenciais;

2) Os agrupamentos que detêm uma forte posição no mercado devem ser abertos e não discriminatórios;

3) Os agrupamentos não devem excluir indevidamente tecnologias pertencentes a terceiros nem limitar a criação de outros agrupamentos.

218. As empresas que criam um agrupamento de tecnologias têm normalmente a liberdade de negociar e fixar as *royalties* do pacote de tecnologia e de cada parte da tecnologia nas *royalties* totais. Tal acordo é inerente à criação do agrupamento e não pode em si mesmo ser considerado restritivo da concorrência. Na realidade, quando a selecção das tecnologias a incluir no agrupamento é realizada por um perito independente, pode permitir que se verifique concorrência entre soluções tecnológicas disponíveis. Por outro lado, os licenciados devem ter liberdade para determinar os preços e a quantidade dos produtos fabricados sob licença.

219. Quando o agrupamento tem uma posição forte no mercado, as *royalties* e outras condições de concessão de licenças devem ser não discriminatórias e as licenças não exclusivas. Ambas as condições são necessárias para garantir que o agrupamento é aberto e não conduz a um encerramento do mercado nem a outros efeitos anticoncorrenciais nos mercados a jusante. Estas condições, contudo, não excluem a aplicação de diferentes *royalties* para diferentes utilizações. Em geral, não é considerada restritiva da concorrência a aplicação de *royalties* diferentes a mercados de produtos diferentes, embora não devesse existir qualquer discriminação no âmbito dos mercados do produto. Em especial, o tratamento dos licenciados não deve depender do facto de serem ou não licenciantes. A Comissão tomará, por conseguinte, em consideração o facto de os licenciantes estarem também sujeitos a obrigações de pagamento de *royalties*.

220. Os licenciantes e os licenciados devem ter a liberdade de desenvolver produtos e normas concorrentes bem como de conceder licenças fora do agrupamento. Estas condições são necessárias a fim de limitar o risco de exclusão do mercado das tecnologias de terceiros e garantir que o agrupamento não limita a inovação nem impede a criação de soluções tecnológicas concorrentes. Quando um agrupamento cria uma norma industrial (*de facto*) e quando as partes estão sujeitas a obrigações de não concorrência, o agrupamento desenvolve um risco específico de impedir a criação de tecnologias e normas novas e melhoradas.

221. As obrigações de retrocessão de direitos devem ser não exclusivas e limitadas aos desenvolvimentos indispensáveis à utilização das tecnologias agrupadas. O agrupamento poderá então beneficiar de melhoramentos estreitamente relacionados com a tecnologia agrupada, embora deixando aos proprietários a liberdade de não concederem licenças para melhoramentos dissociáveis. É legítimo que as partes garantam que a exploração da tecnologia agrupada não possa ser entravada por licenciados que detêm ou estão em vias de obter patentes essenciais.

222. Um dos problemas identificados relativamente aos agrupamentos de patentes é o risco de protegerem patentes não válidas. O agrupamento aumenta os custos/riscos de uma contestação eficaz, uma vez que esta não terá êxito se apenas uma patente do agrupamento for válida. A protecção de patentes não válidas no agrupamento pode obrigar os licenciados a pagarem *royalties* mais elevadas e pode igualmente impedir a inovação no domínio abrangido pela patente não válida. A fim de limitar este risco, os direitos de pôr termo a uma licença em caso de contestação devem ser limitados à tecnologia propriedade do licenciante, que é o destinatário da contestação e não se deve estender à totalidade do pacote das tecnologias agrupadas.

4.3. *Enquadramento institucional que rege o acordo de agrupamento*

223. A forma como um agrupamento de tecnologias é criado, organizado e funciona pode reduzir o risco de que este tenha por objecto ou por efeito a restrição da concorrência e dá garantias de que é pró-competitivo.

224. Quando a participação no processo é aberta a todas as partes interessadas, que representam diversos interesses, é mais provável que as tecnologias que serão integradas no grupo sejam seleccionadas com base em considerações de preço/qualidade do que quando o grupo é criado por um conjunto limitado de proprietários de tecnologia. Do mesmo modo, quando as partes no agrupamento se compõem de pessoas que representam diferentes interesses, é mais provável que as condições de concessão de licenças, incluindo as *royalties*, sejam abertas e não discriminatórias e reflictam o valor da tecnologia licenciada do que quando o agrupamento é controlado por representantes dos licenciantes.

225. Um outro factor relevante é a medida em que os peritos independentes estão envolvidos na criação e funcionamento do agrupamento. Por exemplo, determinar se a tecnologia é ou não essencial para um acordo de agrupamento constitui frequentemente uma questão complexa, que exige uma experiência específica. O envolvimento no processo de selecção de peritos independentes pode contribuir de modo significativo para garantir a aplicação efectiva do compromisso de incluir apenas tecnologias essenciais.

226. A Comissão tomará em consideração a forma como os peritos são seleccionados, bem como a natureza exacta das suas funções. Os peritos devem ser independentes das empresas que constituíram o agrupamento. Se os peritos estiverem de alguma forma ligados aos licenciantes ou de qualquer modo deles dependentes, a sua participação não terá qualquer validade. Os peritos devem também ter a experiência técnica necessária para desempenhar as várias funções que lhes foram confiadas. As funções de peritos independentes podem incluir, nomeadamente, uma apreciação da validade das tecnologias propostas para integração no agrupamento e se são ou não essenciais para o conjunto do pacote tecnológico, isto é, se as tecnologias são necessárias para o objectivo de fabrico do ou dos produtos ou para a realização do ou dos processos a que o agrupamento diz respeito.

227. É igualmente conveniente tomar em consideração as disposições relativas ao intercâmbio de informações sensíveis entre as partes. Em mercados oligopolistas, o intercâmbio de informações sensíveis, tais como os dados relativos à fixação de preços e à produção, podem facilitar a colusão ([63]). Em tais casos, a Comissão tomará em consideração se foram criadas salvaguardas para garantir que não foram trocadas quaisquer informações sensíveis. Um perito independente ou a entidade que concede licenças pode desempenhar um papel importante relativamente a este aspecto garantindo que os dados relativos à produção e às vendas, que podem ser necessários para efeitos de cálculo e de verificação das *royalties*, não são divulgados a empresas que estejam em concorrência nos mercados relevantes.

228. Finalmente, é conveniente examinar os mecanismos de resolução de litígios previstos nos instrumentos de criação do agrupamento. Quanto mais a resolução de litígios for confiada a entidades ou a pessoas independentes do agrupamento ou dos seus membros, mais provável é que a resolução dos litígios funcione de forma neutra.

---

([1]) JO L . . . Este regulamento substitui o Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 31 de 9.2.1996, p. 2).

([2]) Ver acórdão de 16.3.2000, processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Col. I-1365, ponto 130, e ponto 94 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C . . .).

([3]) Seguidamente, o termo acordo inclui também as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.

([4]) Ver Comunicação da Comissão sobre o conceito de efeito no comércio entre Estados-Membros dos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO C . . .).

([5]) Seguidamente, o termo restrição inclui os actos destinados a impedir e a falsear a concorrência.

([6]) Este princípio do esgotamento de um direito na Comunidade encontra-se, nomeadamente, consagrado no n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 104/89/CEE que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40 de 11.2.1989, p. 1), e estabelece que o direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento.

([7]) Ver relativamente a este aspecto os acórdãos de 17.5.1988, processo 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video*, Col. 2605, e de 22.9.1998, processo C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Col. I-5171.

([8]) Ver por exemplo o acórdão de 13.7.1966, proferido nos processos apensos 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig*, Col. 429.

([9]) A metodologia para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º é estabelecida nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado referidas na nota 2.

([10]) Ver relativamente a este aspecto, por exemplo, o acórdão de 8.7.1999, proferido no processo C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Col. I-4125, ponto 99.

([11]) Ver acórdão de 28.4.1984, processos apensos 29/83 e 30/83, *CRAM e Rheinzink*, Col. 1679, ponto 26, e de 8.11.1983, processos apensos 96/82 e outros, *ANSEAU-NAVEWA*, Col. 3369, pontos 23-25.

([12]) Encontram-se orientações sobre a questão do carácter sensível na Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado (JO C 368 de 22.12.2001, p. 13). A Comunicação define o carácter sensível pela negativa. Os acordos, que não são abrangidos pelo âmbito da Comunicação *de minimis*, não têm necessariamente efeitos restritivos significativos, mas é necessária uma apreciação individual.

([13]) Ver acórdão de 30.6.1966, proferido no processo 56/65, *Société Technique Minière*, Col. 337, e acórdão de 28.5.1998, proferido no processo C-7/95 P, *John Deere*, Col. I-3111, ponto 76.

([14]) Ver relativamente a este aspecto, por exemplo, o acórdão de 13.7.1966, proferido nos processos apensos 56/64 e 58/66, *Consten e Grundig*, Col. p. 429.

([15]) Ver n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

([16]) Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 1).

(17) Quanto a estas distinções ver igualmente as Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal (JO C 3 de 6.1.2001, p. 2), pontos 44 a 52).

(18) Ver por exemplo ponto 98 das Orientações da Comissão relativas às restrições verticais (JO C 291 de 13.10.2000, p. 1).

(19) Ver para esse efeito os pontos 50 a 52 das Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal, referidas na nota 17.

(20) Idem, ponto 51.

(21) Ver no que se refere a este aspecto a Comunicação relativa aos acordos de pequena importância, citada na nota 12.

(22) Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, os acordos susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, mas que não são proibidos pelo artigo 81.º, não podem ser proibidos pela legislação nacional em matéria de concorrência.

(23) Ver décimo nono considerando do RICTT.

(24) As presentes orientações substituem a Comunicação da Comissão relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado (JO C 1 de 3.1.1979, p. 2).

(25) Ver relativamente a este aspecto a decisão da Comissão no processo *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 de 20.4.1990, p. 32).

(26) Ver relativamente a este aspecto o acórdão de 6.10.1982, proferido no processo 262/81, *Coditel* (II), Col. p. 3381.

(27) JO L 336 de 2.9.1999, p. 21.

(28) JO L 304 de 5.12.2000, p. 3.

(29) JO L 304 de 5.12.2000, p. 7.

(30) Ver nota 27.

(31) Ver guia Política de concorrência na Europa — As regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição, 2002.

(32) Ver notas 18 e 27.

(33) As razões para esta regra de cálculo são explicadas no ponto 21.

(34) Ver por exemplo a jurisprudência citada na nota 11.

(35) Ver relativamente a este aspecto o ponto 84 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota 2.

(36) É igualmente o que acontece quando uma parte concede uma licença a outra parte e acorda em comprar um factor de produção material ao licenciado. O preço pode então ter a mesma função da *royalty*.

(37) Ver relativamente a este aspecto o acórdão de 25.2.1986, no processo 193/83, *Windsurfing International*, Col. p. 611, parágrafo 67 e ponto 14, quando se refere que os acordos que restringem a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência do acordo são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

(38) A concessão de licenças cruzadas de tecnologias diferentes não concorrentes é tratada como duas licenças não recíprocas.

(39) As restrições relativas ao domínio de utilização são definidas na secção IV.2.4.

(40) As restrições relativas à utilização cativa são igualmente abordadas na secção IV.2.5.

(41) No que diz respeito à distinção entre vendas activas e passivas, ver as Orientações relativas às restrições verticais citadas na nota 18, ponto 50.

(42) Ver relativamente a este aspecto o ponto 116 das Orientações relativas às restrições verticais citadas na nota 18.

(43) Ver relativamente a este aspecto o acórdão de 8.6.1982, proferido no processo 258/78, *Nungesser*, Col. p. 2015, ponto 77.

(44) Ver relativamente a este aspecto o acórdão de 25.10.1977, proferido no processo 26/76, *Metro* (I), Col. 1875.

(45) Se a tecnologia licenciada for obsoleta não existe qualquer restrição da concorrência; ver relativamente a este aspecto o acórdão de 27.9.1988, proferido no processo 65/86, *Bayer/Süllhofer*, Col. p. 5249.

(46) Ver ponto 10.

(47) Ver ponto 66.

(48) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 38 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota 2.

(49) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 8 da Comunicação da Comissão relativa aos acordos de menor importância, citada na nota 12.

(50) Ver relativamente a este aspecto, o acórdão de 7.10.1999, proferido no processo T-228/97, *Irish Sugar*, Col. p. II-2969, ponto 101.

(51) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 23 das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, citadas na nota 17.

(52) Citado na nota 18. Ver em especial 115 e seguintes.

(53) Quanto a estas noções, ver secção IV.4.1.

(54) Ver ponto 74 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota 2.

(55) Ver ponto 130 do acórdão citado na nota 2. Do mesmo modo, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º não deve impedir a aplicação das disposições do Tratado relativas à livre circulação dos bens, dos serviços, das pessoas e dos capitais. Estas disposições são, em determinadas circunstâncias, aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º; ver relativamente a este aspecto, o acórdão de 19.2.2002, proferido no processo C-309/99, *Wouters*, Col. p. I-1577, ponto 120.

(56) Ver relativamente a este aspecto, o acórdão de 10.7.1990, proferido no processo T-51/89, *Tetra Pak* (I), Col. II-309. Ver igualmente o ponto 95 das orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado citadas na nota 2.

(57) Ver ponto 164 das Orientações relativas às restrições verticais, citadas na nota 18.

(58) Ver relativamente a este aspecto, a Comunicação da Comissão no processo Canon/Kodak (JO C 330 de 1.11.1997, p. 10).

(59) Os benefícios para um grupo de consumidores não podem ser compensados face a prejuízos a um outro grupo distinto de consumidores; ver ponto 40 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, citadas na nota 2.

(60) No que diz respeito ao quadro analítico aplicável ver pontos 138 e seguintes das Orientações relativas às restrições verticais citadas na nota 18.

(61) Ver nota 28.

(62) Ver relativamente a este aspecto, o comunicado de imprensa IP/02/1651 da Comissão relativo à concessão de patentes para os serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G). Este processo dizia respeito a cinco acordos de agrupamentos de tecnologias com cinco tecnologias diferentes, cada uma das quais pode ser utilizada para fabricar equipamentos 3G.

(63) Ver relativamente a este aspecto, o acórdão proferido no processo *John Deere* citado na nota 13.