C/2025/5024

16.9.2025

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

Aprovação do conteúdo de um projeto de regulamento da Comissão relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia e de um projeto de orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia

(C/2025/5024)

Em 11 de setembro de 2025, a Comissão aprovou o conteúdo de um projeto de regulamento da Comissão relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia e de um projeto de orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia

O projeto de regulamento da Comissão atualiza o existente Regulamento de Isenção por Categoria relativo à Transferência de Tecnologia, o qual isenta certas categorias de acordos de transferência de tecnologia da proibição enunciada no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado.

O projeto de orientações da Comissão atualiza as existentes Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia.

A Comissão aprovou os projetos com vista à sua publicação para consulta.

O projeto de regulamento da Comissão e o projeto de orientações da Comissão são apensos à presente comunicação como anexos.

Os projetos estão disponíveis para consulta pública em:

https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations_pt

Na sequência da consulta pública, os projetos serão finalizados, tendo em consideração as reações recebidas, com vista à adoção pela Comissão de um regulamento da Comissão revisto e de orientações da Comissão revistas.

ANEXO I

REGULAMENTO (UE) …/… DA COMISSÃO

de XXX

relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia

(Texto relevante para efeitos do EEE)

PROJETO

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União 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]), nomeadamente o artigo 1.º,

Após publicação do projeto do presente regulamento,

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 artigo 101.º, n.º 3, do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia e práticas concertadas conexas abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, sempre que em tais acordos ou práticas participem apenas duas empresas.

(2) Nos termos do Regulamento n.º 19/65/CEE, a Comissão adotou, em especial, o Regulamento (CE) n.º 316/2014 ([2]). O Regulamento (CE) n.º 316/2014 define as categorias de acordos de transferência de tecnologia que a Comissão considerou que preenchem normalmente as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Tendo em conta a experiência globalmente positiva da aplicação desse regulamento e os resultados da avaliação do mesmo, é adequado adotar um novo regulamento de isenção por categoria.

(3) O presente regulamento deve assegurar uma proteção eficaz da concorrência e garantir uma segurança jurídica adequada às empresas. A prossecução destes objetivos deve ter em conta a necessidade de simplificar tanto quanto possível a supervisão administrativa e o quadro legislativo.

(4) Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito à concessão de licenças de direitos de tecnologia. Tais acordos contribuirão normalmente para melhorar a eficiência económica e promover a concorrência, dado que podem reduzir a duplicação em matéria de investigação e desenvolvimento, incentivar novas ações de investigação e desenvolvimento, promover a inovação incremental, facilitar a disseminação de tecnologia e fomentar a concorrência no mercado dos produtos.

(5) A probabilidade de esses 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, do grau em que essas empresas se defrontam com a concorrência de empresas proprietárias de tecnologias alternativas ou de empresas fabricantes de produtos alternativos.

(6) O presente regulamento deve aplicar-se apenas aos acordos de transferência de tecnologia entre um licenciante e um licenciado. Deve abranger este tipo de acordos, mesmo se o acordo estabelecer condições relativas a mais de um nível comercial, por exemplo, se o licenciado for obrigado a instituir um sistema de distribuição específico 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 respeitar as regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição, estabelecidas no Regulamento (UE) 2022/720 da Comissão ([3]) e explicadas nas Orientações da Comissão relativas às restrições verticais ([4]). Os acordos de fornecimento e distribuição celebrados entre um licenciado e os compradores dos seus produtos contratuais não devem ser isentos pelo presente regulamento.

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

([2]) Regulamento (CE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 93 de 28.3.2014, p. 17).

([3]) Regulamento (UE) n.º 2022/720 da Comissão, de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 134 de 11.05.2022, p. 4).

([4]) Comunicação da Comissão: Orientações relativas às restrições verticais (JO C 248 de 30.6.2022, p. 1).

(7) O presente regulamento deve apenas ser aplicável a acordos em que o licenciante autoriza o licenciado e/ou um ou mais dos seus subcontratantes a explorar os direitos de tecnologia licenciados, eventualmente após investigação e desenvolvimento adicionais pelo licenciado e/ou os seus subcontratantes, para efeitos de produção de bens ou serviços. Não é aplicável à concessão de licenças no contexto dos acordos no domínio da investigação e desenvolvimento abrangidos pelo Regulamento (UE) 2023/1066 da Comissão ([5]) nem à concessão de licenças no contexto de acordos de especialização abrangidos pelo Regulamento (UE) 2023/1067 da Comissão ([6]). Também não deve ser aplicável aos acordos cujo objetivo principal seja a mera revenda ou distribuição de programas informáticos, quer através de canais físicos quer através de canais digitais, uma vez que tais acordos não dizem respeito à concessão de licenças de tecnologia tendo em vista o fabrico, assemelhando-se mais a acordos de distribuição.

(8) O presente regulamento não deve ser aplicável a acordos para a criação de agrupamentos de tecnologias, ou seja, acordos destinados a agrupar tecnologias com o objetivo de as licenciar aos participantes no agrupamento ou a terceiros, nem tão-pouco aos acordos em que as tecnologias agrupadas são licenciadas a esses terceiros. Também não deve ser aplicável a acordos através dos quais potenciais licenciados de tecnologia acordem em negociar conjuntamente os termos dos acordos de transferência de tecnologia (grupos de negociação de licenças).

(9) Para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, mediante regulamento, não é necessário definir quais os acordos de transferência de tecnologia suscetíveis de serem abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Na apreciação individual dos acordos à luz do artigo 101.º, n.º 1, devem ser tidos em conta diversos fatores, nomeadamente a estrutura e a dinâmica dos mercados da tecnologia e do produto relevantes.

(10) O benefício da isenção por categoria estabelecida pelo presente regulamento deve circunscrever-se aos acordos em relação aos quais se pode considerar, com um grau de certeza suficiente, que preenchem as condições do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Para atingir os benefícios e objetivos da transferência de tecnologia, o presente regulamento não deve abranger apenas a transferência de tecnologia como tal, mas também as outras disposições previstas nos acordos de transferência de tecnologia se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou a venda dos produtos contratuais.

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

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

(13) As quotas de mercado em mercados de tecnologias relevantes são calculadas em função da presença dos direitos de tecnologia licenciados nos mercados dos produtos e geográficos relevantes em que os produtos contratuais são vendidos, designadamente com base nos dados relativos às vendas dos produtos contratuais fabricados pelo licenciante e os seus licenciados combinados. Por conseguinte, para efeitos da aplicação do presente regulamento, considera-se que as tecnologias que ainda não geraram vendas de produtos contratuais detêm uma quota de mercado igual a zero.

(14) Se a quota de mercado detida ultrapassar o limiar aplicável num ou em vários mercados do produto e da tecnologia, o acordo não poderá beneficiar da isenção por categoria nesses mercados relevantes.

([5]) Regulamento (UE) n.º 2023/1066 da Comissão, de 1 de junho de 2023, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento (JO L 143 de 2.6.2023, p. 9).

([6]) Regulamento (UE) n.º 2023/1067 da Comissão, de 1 de junho de 2023, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização (JO L 143 de 2.6.2023, p. 20).

(15) Não se pode presumir que, acima desses limiares de quota de mercado, os acordos de transferência de tecnologia sejam abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Por exemplo, os acordos de licença exclusiva entre empresas não concorrentes não são, muitas vezes, abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Também não se pode presumir que, acima desses limiares de quota de mercado, os acordos de transferência de tecnologia abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, não satisfazem as condições de isenção. No entanto, também não se pode presumir que esses acordos deem normalmente origem a benefícios objetivos cuja natureza e dimensão permitirão compensar as desvantagens causadas à concorrência.

(16) 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. Se um acordo incluir quaisquer restrições graves desse tipo, o acordo no seu conjunto deve ser excluído do benefício da isenção por categoria.

(17) No intuito de salvaguardar os incentivos em matéria de inovação e a aplicação adequada dos direitos de propriedade intelectual, algumas restrições devem ser excluídas do benefício da isenção por categoria. Devem ser excluídas, nomeadamente, certas obrigações de retrocessão e cláusulas de não contestação. Quando essas restrições forem incluídas num acordo de transferência de tecnologia, só a restrição em causa deve ser excluída do benefício da isenção por categoria.

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

(19) O presente regulamento deve indicar situações típicas em que se pode considerar adequado retirar o benefício da isenção prevista no presente regulamento, nos termos do artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho ([7]).

(20) A fim de reforçar a supervisão de redes paralelas de acordos de transferência de tecnologia que tenham efeitos restritivos idênticos e que abranjam mais de 50 % de um determinado mercado, a Comissão pode, mediante regulamento, declarar o presente regulamento inaplicável a acordos de transferência de tecnologia que contenham restrições específicas relativas ao mercado em causa, restabelecendo desta forma a plena aplicação do artigo 101.º do Tratado em relação a esses acordos,

ADOTOU 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) «Direitos de tecnologia», o saber-fazer e os direitos enumerados a seguir ou uma combinação dos mesmos, incluindo os pedidos ou pedidos de registo desses direitos:

i) patentes,

ii) modelos de utilidade,

iii) direitos sobre desenhos e modelos,

iv) topografias de produtos semicondutores,

([7]) Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, 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.

v) certificados de proteção suplementar para medicamentos ou outros produtos relativamente aos quais tais certificados de proteção suplementar podem ser obtidos,

vi) certificados de obtentor vegetal, e

vii) direitos de autor relativos a programas informáticos;

c) «Acordo de transferência de tecnologia»,

i) um acordo de concessão de licença de direitos de tecnologia celebrado entre duas empresas com vista ao fabrico de produtos contratuais pelo licenciado e/ou o(s) seu(s) subcontratante(s),

ii) a cessão dos direitos de tecnologia entre duas empresas com vista ao fabrico de produtos contratuais em que parte do risco associado à exploração da tecnologia incumba ao cedente;

d) «Acordo recíproco», um acordo de transferência de tecnologia pelo qual duas empresas se concedem mutuamente, no mesmo contrato ou em contratos distintos, uma licença de direitos de tecnologia, quando essas licenças disserem respeito a tecnologias concorrentes ou puderem ser utilizadas para o fabrico de produtos concorrentes;

e) «Acordo não recíproco», um acordo de transferência de tecnologia pelo qual uma empresa concede a outra uma licença de direitos de tecnologia, ou pelo qual duas empresas se concedem mutuamente licenças desse tipo, mas essas licenças não dizem respeito a tecnologias concorrentes e não podem ser utilizadas para o fabrico de produtos concorrentes;

f) «Produto», bens ou um serviço, incluindo quer os bens e serviços intermédios, quer finais;

g) «Produto contratual», um produto fabricado, direta ou indiretamente, com base nos direitos de tecnologia licenciados;

h) «Direitos de propriedade intelectual», os direitos de propriedade industrial, nomeadamente patentes e marcas registadas, direitos de autor e direitos conexos;

i) «Saber-fazer», um conjunto de informações práticas, decorrentes da experiência e de ensaios, que é:

i) secreto, ou seja, que não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção,

ii) substancial, ou seja, importante e útil para o fabrico dos produtos contratuais, e

iii) identificado, ou seja, descrito de forma suficientemente completa, de maneira a permitir concluir que o saber-fazer preenche os critérios de caráter secreto e substancial;

j) «Mercado do produto relevante», o mercado para os produtos contratuais e seus substitutos, ou seja, todos os produtos considerados pelos compradores como permutáveis ou substituíveis em relação aos produtos contratuais, devido às suas características, aos seus preços e à utilização pretendida;

k) «Mercado da tecnologia relevante», o mercado para os direitos de tecnologia licenciados e seus substitutos, ou seja, todos os direitos de tecnologia considerados pelo licenciado permutáveis ou substituíveis, devido às características dos direitos de tecnologia, às *royalties* a pagar no que respeita a esses direitos e à utilização pretendida;

l) «Mercado geográfico relevante», a área na qual as empresas em causa estão envolvidas na oferta ou procura de produtos ou na concessão de licenças de direitos de tecnologia, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que pode distinguir-se de áreas vizinhas, devido ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas;

m) «Mercado relevante», a combinação entre o mercado da tecnologia ou do produto relevante e o mercado geográfico relevante;

n) «Empresas concorrentes», empresas que concorrem no mercado relevante, ou seja:

i) empresas concorrentes no mercado relevante onde são licenciados os direitos de tecnologia, isto é, empresas que licenciam direitos de tecnologia concorrentes (concorrentes reais no mercado relevante),

ii) empresas concorrentes no mercado relevante onde são vendidos os produtos contratuais, isto é, empresas que, na ausência do acordo de transferência de tecnologia, operariam ambas no(s) mercado(s) relevante(s) em que os produtos contratuais são vendidos (concorrentes reais no mercado relevante) ou que, na ausência do acordo de transferência de tecnologia, com base em premissas realistas e não apenas como uma mera hipótese teórica, iriam provavelmente realizar os investimentos adicionais necessários ou suportar outros custos necessários para entrar no(s) mercado(s) relevante(s), num período de tempo suficientemente curto para exercer pressão concorrencial sobre as empresas que já se encontram ativas no mercado relevante (concorrentes potenciais no mercado relevante);

o) «Sistema de distribuição seletiva», um sistema de distribuição em que o licenciante se compromete a licenciar o fabrico dos produtos contratuais, tanto direta como indiretamente, apenas a licenciados selecionados com base em critérios especificados, comprometendo-se esses licenciados a não vender tais produtos a distribuidores não autorizados no território reservado pelo licenciante para aplicação desse sistema;

p) «Licença exclusiva», uma licença nos termos da qual o próprio licenciante não está autorizado a produzir com base nos direitos da tecnologia licenciados, nem a licenciar os direitos de tecnologia licenciados a terceiros, em geral ou para uma determinada utilização ou num determinado território;

q) «Território exclusivo», um determinado território em que apenas uma empresa está autorizada a fabricar os produtos contratuais, mas em que é, apesar disso, possível autorizar que outro licenciado fabrique os produtos contratuais nesse território apenas para um determinado cliente, quando a segunda licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente;

r) «Grupo exclusivo de clientes», um grupo de clientes ao qual apenas uma das partes no acordo de transferência de tecnologia está autorizada a vender de forma ativa os produtos contratuais fabricados com a tecnologia licenciada;

s) «Vendas ativas», vendas em que os clientes são ativamente visados através de visitas, cartas, mensagens de correio eletrónico, chamadas telefónicas ou outros meios de comunicação direta ou através de publicidade e promoção direcionadas, fora de linha ou em linha, por exemplo através de meios de comunicação impressos ou digitais, incluindo meios de comunicação em linha, serviços de comparação de preços ou publicidade em motores de pesquisa dirigida a clientes de territórios específicos ou grupos de clientes específicos, explorando um sítio Web com um domínio de topo correspondente a territórios específicos ou oferecendo num sítio Web línguas que são comummente usadas em determinados territórios, quando essas línguas são diferentes das habitualmente utilizadas no território em que o comprador está estabelecido;

t) «Vendas passivas», vendas efetuadas em resposta a pedidos espontâneos de clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou serviços ao cliente, sem que a venda tenha sido iniciada através de publicidade dirigida ativamente ao cliente, grupo de clientes ou território específico, e incluindo vendas resultantes da participação em procedimentos de adjudicação de contratos públicos ou da resposta a convites privados à apresentação de propostas.

2. Para efeitos do presente regulamento, as expressões «empresa», «licenciante» e «licenciado» devem incluir as suas respetivas empresas ligadas.

Entende-se por «empresas ligadas»:

a) As empresas em que uma das partes no acordo de transferência de tecnologia disponha, direta ou indiretamente:

i) de mais de metade dos direitos de voto,

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

iii) do direito de gerir os negócios da empresa;

b) As empresas que direta ou indiretamente disponham, relativamente a uma das partes no acordo de transferência de tecnologia, dos direitos ou poderes enumerados na alínea a);

c) As empresas nas quais uma empresa referida na alínea b) disponha, direta ou indiretamente, dos direitos ou poderes enumerados na alínea a);

d) As empresas nas quais uma das partes no acordo de transferência de tecnologia, juntamente com uma ou mais das empresas referidas nas alíneas a), b) ou c), ou nas quais 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 tidos conjuntamente:

i) pelas partes no acordo de transferência de tecnologia ou pelas respetivas empresas ligadas referidas nas alíneas a) a d), ou

ii) por uma ou mais partes nos acordos transferência de tecnologia, ou por uma ou mais das respetivas empresas ligadas referidas nas alíneas a) a d), e uma ou mais empresas terceiras.

Artigo 2.º

Isenção

1. Nos termos do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado e nas condições previstas no presente regulamento, o artigo 101.º, n.º 1, do Tratado não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia.

2. A isenção prevista no n.º 1 aplica-se na medida em que os acordos de transferência de tecnologia contenham restrições da concorrência que se enquadrem no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. A isenção é aplicável enquanto os direitos de tecnologia licenciados não se tiverem extinguido, não tiverem chegado ao seu termo ou não tiverem sido declarados inválidos ou, no caso do saber-fazer, enquanto este permanecer secreto. No entanto, se o saber-fazer se tornar do conhecimento público em virtude de uma ação do licenciado, a isenção é aplicável durante o período de vigência do acordo.

3. A isenção prevista no n.º 1 é também aplicável às disposições, nos acordos de transferência de tecnologia, referentes à compra de produtos pelo licenciado ou à concessão de licença ou cessão de outros direitos de propriedade intelectual ou de saber-fazer ao licenciado, se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou a venda dos produtos contratuais.

Artigo 3.º

Limiares de quota de mercado

1. Quando as empresas partes no acordo 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 % nos mercados relevantes.

2. Quando as empresas partes no acordo 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 % nos mercados relevantes.

Artigo 4.º

Restrições graves

1. Sempre que as empresas partes no acordo forem empresas concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em conjugação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, tenham por objeto alguma das seguintes restrições:

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, exceto as limitações da produção dos produtos contratuais impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou impostas a apenas um dos licenciados num acordo recíproco;

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

i) a obrigação imposta ao licenciante e/ou ao licenciado, num acordo não recíproco, de não produzir com os direitos de tecnologia licenciados no território exclusivo reservado à outra parte e/ou de não vender os produtos contratuais, ativa e/ou passivamente, no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte,

ii) a restrição, num acordo não recíproco, de vendas ativas dos produtos contratuais pelo licenciado no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes atribuído pelo licenciante a um outro licenciado, desde que este último não fosse uma empresa concorrente do licenciante no momento da conclusão da sua própria licença,

iii) a obrigação imposta ao licenciado de fabricar os produtos contratuais apenas para utilização própria, desde que o licenciado não seja limitado na venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos,

iv) a obrigação imposta ao licenciado, num acordo não recíproco, de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente;

d) A restrição da capacidade do licenciado para explorar os seus próprios direitos de tecnologia ou a restrição da capacidade de qualquer das partes no acordo realizar investigação e desenvolvimento, exceto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

2. Sempre que as empresas partes no acordo forem empresas não concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em conjugação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, tenham por objeto:

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 passivamente os produtos contratuais, exceto:

i) a restrição de vendas passivas num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado ao licenciante,

ii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais para sua utilização exclusiva, desde que o licenciado não tenha restrições de venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos,

iii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente,

iv) a restrição de vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista,

v) a restrição de vendas a distribuidores não autorizados situados no território em que o licenciante opera um sistema de distribuição seletiva para os produtos contratuais;

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

3. Se as empresas partes no acordo não forem empresas concorrentes no momento da sua conclusão mas tiverem passado a sê-lo depois disso, aplica-se o n.º 2 e não o n.º 1 durante todo o período do acordo, salvo se este tiver sido subsequentemente alterado nalgum aspeto material. Tal alteração inclui a celebração de um novo acordo de transferência de tecnologia entre as partes no que respeita a direitos de tecnologia concorrentes.

Artigo 5.º

Restrições excluídas

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

a) Qualquer obrigação direta ou indireta imposta ao licenciado de conceder uma licença exclusiva ou de ceder direitos, no todo ou em parte, ao licenciante ou a um terceiro designado por este último, em relação a melhoramentos por ele introduzidos na tecnologia licenciada ou a novas aplicações da mesma por ele desenvolvidas;

b) Qualquer obrigação direta ou indireta imposta a uma parte de não impugnar a validade dos direitos de propriedade intelectual de que a outra parte seja titular na União, sem prejuízo da possibilidade, no caso de uma licença exclusiva, de rescindir o acordo de transferência de tecnologia se o licenciado impugnar a validade de qualquer dos direitos de tecnologia licenciados.

2. Quando as empresas partes no acordo não forem empresas concorrentes, a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável a qualquer obrigação direta ou indireta que limite a capacidade do licenciado para explorar os seus próprios direitos de tecnologia ou que limite a capacidade de qualquer das partes no acordo para realizar atividades de investigação e desenvolvimento, exceto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

Artigo 6.º

Retirada em casos individuais

1. A Comissão pode retirar o benefício do presente regulamento, nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se verificar, num determinado caso, que um acordo de transferência de tecnologia a que é aplicável a isenção prevista no artigo 2.º do presente regulamento tem, não obstante, efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, nomeadamente nos casos em que:

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

b) O acesso ao mercado de potenciais licenciados é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbam os licenciantes de licenciar a outros licenciados ou porque o único titular da tecnologia que licencia os direitos de tecnologia relevantes conclui uma licença exclusiva com um licenciado já ativo no mercado do produto com base em direitos da tecnologias substituíveis.

2. Sempre que, num caso específico, um acordo de transferência de tecnologia a que é aplicável a isenção prevista no artigo 2.º do presente regulamento produza efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, 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 do presente regulamento, nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, em relação a esse território, nas mesmas circunstâncias que as estabelecidas no n.º 1 do presente artigo.

Artigo 7.º

Não aplicação do presente 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 adotado nos termos do n.º 1 só pode produzir efeitos decorridos seis meses após a sua adoção.

Artigo 8.º

Aplicação dos limiares das quotas de mercado

Para efeitos de 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; se o ano civil anterior não for representativo da posição das partes no(s) mercado(s) relevante(s), a quota de mercado será calculada como uma média das quotas de mercado das partes nos 3 anos civis anteriores;

c) A quota de mercado das empresas referidas no artigo 1.º, n.º 2, segundo parágrafo, alínea e), é repartida por igual entre cada uma das empresas que tenham os direitos ou poderes enumerados no artigo 1.º, n.º 2, segundo parágrafo, alínea a);

d) A quota de mercado da parte ativa num mercado da tecnologia relevante é calculada em função da presença dos direitos de tecnologia dessa parte no(s) mercado(s) relevante(s) (designadamente, o[s] mercado[s] do[s] produto[s] e o[s] mercado[s] geográfico[s]) em que os produtos contratuais são vendidos, ou seja, com base nas vendas combinadas dessa parte e dos respetivos licenciados dos produtos que incorporam os direitos de tecnologia licenciados dessa parte;

e) Se a quota de mercado referida no artigo 3.º, n.ºs 1 ou 2, não for inicialmente superior a 20 % ou 30 %, respetivamente, mas vier posteriormente a ultrapassar estes níveis, a isenção prevista no artigo 2.º continua a ser aplicável durante o período de três anos civis consecutivos depois do ano em que o limiar de 20 % ou 30 % foi excedido pela primeira vez.

Artigo 9.º

Relação com outros regulamentos de isenção por categoria

O presente regulamento não é aplicável aos acordos de licenciamento no domínio da investigação e desenvolvimento que sejam abrangidos pelo Regulamento (UE) 2023/1066 ou aos acordos de especialização que sejam abrangidos pelo Regulamento (UE) 2023/1067.

Artigo 10.º

Período transitório

A proibição estabelecida no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado não é aplicável, durante o período compreendido entre 1 de maio de 2026 e 30 de abril de 2027, aos acordos já em vigor em 30 de abril de 2026 que não preencham as condições de isenção estabelecidas no presente regulamento, mas que, em 30 de abril de 2026, preencham as condições de isenção estabelecidas no Regulamento (UE) n.º 316/2014.

Artigo 11.º

Período de validade

O presente regulamento entra em vigor em 1 de maio de 2026.

O seu período de vigência termina em 30 de abril de 2038.

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

Feito em Bruxelas, em …

Pela Comissão
A Presidente
Ursula VON DER LEYEN

ANEXO II

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia

(Texto relevante para efeitos do EEE)

PROJETO

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO 13
2. PRINCÍPIOS GERAIS 14
   2.1. Artigo 101.º do Tratado e direitos de propriedade intelectual 14
   2.2. Conceitos relevantes para a aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia 16
      2.2.1. O conceito de empresa 16
      2.2.2. Restrição da concorrência e distinção entre restrições por objetivo e restrições por efeito 16
      2.2.3. Efeitos dos acordos de transferência de tecnologia 17
      2.2.4. Definição de mercado 19
      2.2.5. Distinção entre concorrentes e não concorrentes 21
   2.3. Acordos que, de um modo geral, são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado 23
3. APLICAÇÃO DO RICTT 23
   3.1. Efeitos jurídicos do RICTT 23
   3.2. Âmbito e duração do RICTT 24
      3.2.1. O conceito de acordos de transferência de tecnologia 24
      3.2.2. O conceito de «transferência» 27
      3.2.3. Acordos entre duas partes 28
      3.2.4. Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais 28
      3.2.5. Duração 30
      3.2.6. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria 31
   3.3. Limiares de quota de mercado do RICTT 32
      3.3.1. Limiares de quota de mercado 33
      3.3.2. Cálculo das quotas de mercado para os mercados da tecnologia no âmbito do RICTT 33
   3.4. Restrições graves no âmbito do RICTT 36
      3.4.1. Princípios gerais 36
      3.4.2. Acordos entre concorrentes 37
      3.4.3. Acordos entre não concorrentes 42
   3.5. Restrições excluídas 45
   3.6. Retirada e não aplicação da isenção por categoria 48
      3.6.1. Retirada do benefício da isenção por categoria 48
      3.6.2. Não aplicação do RICTT 49

4. APLICAÇÃO DO ARTIGO 101.º, N.ºs 1 E 3, DO TRATADO FORA DO ÂMBITO DO RICTT 50
4.1. Quadro geral da análise 50
4.1.1. Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado 50
4.1.2. Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 52
4.2. Aplicação do artigo 101.º do Tratado a diferentes tipos de restrições próprias dos acordos de licenciamento 54
4.2.1. Obrigações em matéria de royalties 54
4.2.2. Licenças exclusivas e restrições de vendas 55
4.2.3. Limitação da produção 58
4.2.4. Restrições do domínio de utilização 59
4.2.5. Restrições de utilização cativa 60
4.2.6. Subordinação e agrupamento 61
4.2.7. Obrigações de não concorrência 62
4.3. Acordos de resolução de litígios 63
4.4. Agrupamentos de tecnologias 65
4.4.1. Apreciação da criação e funcionamento dos agrupamentos de tecnologias 66
4.4.2. Apreciação de restrições individuais em acordos entre o agrupamento e os seus licenciados 70
4.5. Grupos de negociação de licenças 71
4.5.1. Introdução 71
4.5.2. Apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado 72
4.5.3. Apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado 76

1. INTRODUÇÃO

(1) As presentes Orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («Tratado») ([1]). Os acordos de transferência de tecnologia são acordos em que um licenciante autoriza um licenciado a utilizar determinados direitos de tecnologia para a produção de bens ou serviços, tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento (UE) …/… da Comissão, de..., relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a categorias de acordos de transferência de tecnologia («RICTT») ([2]).

(2) As presentes Orientações dão indicações sobre a aplicação do RICTT, bem como sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT. Com a publicação das presentes Orientações, a Comissão pretende ajudar as empresas a apreciar os seus acordos de transferência de tecnologia à luz das regras de concorrência da União e, assim, facilitar a utilização desses acordos. Os acordos de transferência de tecnologia permitem a divulgação de tecnologias e incentivam a investigação e o desenvolvimento iniciais, promovendo assim a inovação ([3]). A divulgação da tecnologia e a inovação são motores essenciais de uma economia da União competitiva, resiliente ([4]) e sustentável.

(3) Os princípios estabelecidos nas presentes Orientações devem ser aplicados de acordo com os factos particulares de cada caso. Isso exclui uma aplicação mecânica. Os exemplos apresentados nas presentes Orientações são meras ilustrações e não se destinam a ser exaustivos.

(4) As presentes Orientações não prejudicam a interpretação do artigo 101.º do Tratado e do RICTT pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (conjuntamente designados por «Tribunal de Justiça da União Europeia»).

(5) O RICTT e as presentes Orientações não prejudicam uma eventual aplicação paralela do artigo 102.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia ([5]).

(6) As Orientações estão estruturadas da seguinte forma:

(a) A secção 2.1 descreve os princípios gerais que regem a aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia. A secção 2.2 analisa conceitos relevantes para a apreciação destes acordos nos termos do artigo 101.º, nomeadamente os efeitos positivos e negativos do licenciamento de propriedade intelectual em matéria de concorrência, a definição do mercado relevante e a distinção entre concorrentes e não concorrentes; a secção 2.3 aborda os acordos que, de um modo geral, não são abrangidos pelo artigo 101.º;

(b) A secção 3 fornece orientações sobre o âmbito de aplicação do RICTT e explica a definição de acordos de transferência de tecnologia para o fabrico de produtos contratuais, a relação entre o RICTT e outros regulamentos de isenção por categoria, os limiares de quota de mercado estabelecidos no artigo 3.º do RICTT e as restrições graves e excluídas definidas nos artigos 4.º e 5.º do RICTT;

([1]) As presentes Orientações substituem as Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia (JO C 89 de 28.3.2014, p. 3).

([2]) JO L […]. O RICTT substitui o Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 93 de 28.3.2014, p. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2014/316/oj).

([3]) Ver a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões: Uma Bússola para a Competitividade da UE [COM (2025) 30 final].

([4]) A resiliência inclui a prontidão no domínio da defesa, a resiliência das cadeias de abastecimento no setor da defesa e a resiliência do mercado interno.

([5]) Ver, por analogia, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, n.º 119 e a jurisprudência aí citada. Para um exemplo no domínio dos acordos de transferência de tecnologia, ver a decisão da Comissão de 20 de dezembro de 2012 no processo AT.39230 — *Rio Tinto Alcan*.

(c) A secção 4 descreve a política de execução da Comissão em casos individuais. Para o efeito, explica de que forma os acordos de transferência de tecnologia que não são abrangidos pelo RICTT são apreciados nos termos do artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, do Tratado, e fornece orientações sobre vários tipos de restrições que são comummente encontradas nos acordos de transferência de tecnologia e noutros acordos relativos aos direitos de tecnologia.

2. PRINCÍPIOS GERAIS

2.1. *Artigo 101.º do Tratado e direitos de propriedade intelectual*

(7) O objetivo do artigo 101.º do Tratado é evitar que as empresas utilizem acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas ([6]) para impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em detrimento dos consumidores. O artigo 101.º também procura alcançar o objetivo da consecução de um mercado interno integrado, o que reforça a concorrência na União.

(8) O artigo 101.º do Tratado aplica-se a acordos entre empresas suscetíveis de afetarem o comércio entre os Estados-Membros ([7]) e de impedir, restringir ou falsear a concorrência ([8]). Proporciona um quadro jurídico para apreciar esses acordos, que tem em conta a distinção entre efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-concorrenciais.

(9) A apreciação dos acordos nos termos do artigo 101.º do Tratado é composta por duas etapas. A primeira etapa, nos termos do artigo 101.º, n.º 1, consiste em apreciar se o acordo tem um objetivo anticoncorrencial ou produz efeitos restritivos reais ou potenciais. A segunda etapa, que só se torna necessária se se concluir que um acordo restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, consiste em apreciar se o acordo gera ganhos de eficiência que cumpram as quatro condições da exceção previstas no artigo 101.º, n.º 3. Essas condições são que o acordo i) deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, ao mesmo tempo que ii) concede aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes, sem iii) impor restrições que não são indispensáveis à realização desses objetivos e iv) dar às empresas participantes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa ([9]). Nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, o ónus da prova de que um acordo restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, incumbe à autoridade da concorrência ou ao recorrente que alegue uma infração do artigo 101.º, ao passo que o ónus da prova de que as quatro condições da exceção do artigo 101.º, n.º 3, estão preenchidas incumbe às empresas que invocam o benefício dessa exceção.

(10) 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, por exemplo, licenciando-a a terceiros. Com exceção dos direitos de execução ([10]), logo que um produto que inclua um direito de propriedade intelectual tenha sido colocado no mercado no Espaço Económico Europeu (EEE) pelo titular ou com a sua autorização, o direito de propriedade intelectual fica esgotado, ou seja, o titular

([6]) Nas presentes Orientações, salvo indicação em contrário, o termo «acordo» inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.

([7]) Ver Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 81).

([8]) Nas presente Orientações, o termo «restrição» inclui o impedimento e a distorção da concorrência.

([9]) As condições do artigo 101.º, n.º 3, e a metodologia para a sua aplicação são explicadas mais pormenorizadamente nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

([10]) Esta exceção aplica-se igualmente aos direitos de aluguer. A este respeito, ver o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (JO L 376 de 27.12.2006, p. 28, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/115/oj).

não pode continuar a utilizá-lo para controlar a venda do produto (princípio do esgotamento na União) ([11]). O titular do direito, no âmbito da legislação relativa à propriedade intelectual, não pode impedir a venda pelos licenciados ou pelos compradores de tais produtos que incorporam a tecnologia licenciada. O princípio do esgotamento na União de um direito é consentâneo com a função essencial dos direitos de propriedade intelectual, que é permitir ao titular do direito impedir outras pessoas de explorarem a sua propriedade intelectual sem o seu consentimento.

(11) 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. O artigo 101.º é, em especial, aplicável aos acordos através dos quais o titular concede licenças a uma outra empresa para esta explorar os seus direitos de propriedade intelectual ([12]). Por outro lado, também não significa que exista um conflito intrínseco entre os direitos de propriedade intelectual e as regras da União em matéria de concorrência. Os direitos de propriedade intelectual favorecem a inovação, ao incentivar as empresas a investir na investigação e no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo sucede com a concorrência, na medida em que pressiona as empresas a inovar. A inovação constitui um componente essencial e dinâmico de uma economia de mercado aberta e competitiva. 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.

(12) Para apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 101.º do Tratado deve ter-se em conta que a criação de direitos de propriedade intelectual implica muitas vezes investimentos substanciais e que se trata frequentemente de uma atividade que envolve riscos. Para não restringir a concorrência dinâmica e manter o incentivo à inovação, o inovador não deve ser indevidamente limitado na exploração dos direitos de propriedade intelectual que vierem a revelar-se com valor. Por estas razões, o inovador deve ter a liberdade de procurar a remuneração adequada para projetos com êxito que se revele suficiente para manter incentivos ao investimento, tomando em consideração os projetos que não tiverem êxito. O licenciamento de tecnologia pode igualmente requerer que o licenciado realize significativos investimentos irrecuperáveis (ou seja, que após o abandono desse domínio de atividade específico, o investimento não pode ser utilizado pelo licenciado para outras atividades, ou só pode ser vendido com prejuízos significativos) na tecnologia licenciada e nos ativos de produção necessários para a explorar. O artigo 101.º não pode ser aplicado sem tomar em consideração esses investimentos *ex ante* realizados pelas partes e os riscos a eles associados. O risco com que as partes se confrontam e os investimentos irrecuperáveis que devem ser suportados podem assim levar a que um acordo não seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, ou preencha as condições do artigo 101.º, n.º 3, consoante o caso, durante o período necessário para a rentabilização do investimento.

([11]) Este princípio do esgotamento na União está consagrado, por exemplo, no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 336 de 23.12.2015, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2436/oj),), no artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia (JO L 154 de 16.6.2017, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1001/oj), no artigo 15.º da Diretiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 1998, relativa à proteção legal de desenhos e modelos (JO L 289 de 28.10.1998, p. 28, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/1998/71/oj), no artigo 21.º do Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de dezembro de 2001, relativo aos desenhos ou modelos da União Europeia (JO L 3 de 5.1.2002, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2002/6/oj), no artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115/CE, citada na nota de rodapé 10, no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167 de 22.6.2001, p. 10, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj), no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (JO L 111 de 5.5.2009, p. 16, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2009/24/oj), no artigo 5.º, alínea c), da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados (JO L 77 de 27.3.1996, p. 20, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj), no artigo 5.º, n.º 5, da Diretiva 87/54/CEE do Conselho, de 16 de dezembro de 1986, relativa à proteção jurídica das topografias de produtos semicondutores (JO L 24 de 27.1.1987, p. 36, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/1987/54/oj), no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de julho de 1994, relativo ao regime comunitário de proteção das variedades vegetais (JO L 227 de 1.9.1994, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/1994/2100/oj), artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes (JO L 361 de 31.12.2012, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1257/oj). No que diz respeito aos direitos de autor relativos a programas informáticos, ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2012, *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp*., C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de outubro de 2016, *Ranks e Vasiļevičs*, C-166/15, ECLI:EU:C:2016:762.

([12]) Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal Geral de 27 de setembro de 2023, *Valve/Comissão*, T-172/21, ECLI:EU:T:2023:587, n.º 191.

(13) O quadro jurídico previsto no artigo 101.º do Tratado é suficientemente flexível para ter em conta os aspetos dinâmicos da concessão de licenças de tecnologia. Não se parte do princípio de que os direitos de propriedade intelectual e os acordos de licenciamento enquanto tais geram problemas de concorrência. A maioria dos acordos de licenciamento de tecnologias não restringe a concorrência. Na realidade, o licenciamento de tecnologia é, regra geral, pró-concorrencial, uma vez que conduz à divulgação de tecnologias e promove a inovação por parte de licenciantes e licenciados. Quando os acordos de licenciamento de tecnologia restringem a concorrência, dão frequentemente origem a ganhos de eficiência pró-concorrenciais que preenchem as condições do artigo 101.º, n.º 3 ([13]). A grande maioria dos acordos de licenciamento de tecnologia são, por conseguinte, compatíveis com o artigo 101.º

2.2. *Conceitos relevantes para a aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia*

2.2.1. **O conceito de empresa**

(14) O artigo 101.º, n.º 1, do Tratado aplica-se às empresas e associações de empresas. Entende-se por empresa qualquer entidade constituída por elementos pessoais, materiais e imateriais que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento.

2.2.2. **Restrição da concorrência e distinção entre restrições por objetivo e restrições por efeito**

(15) O artigo 101.º, n.º 1, do Tratado proíbe os acordos que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência. O artigo 101.º, n.º 1, é aplicável tanto a restrições da concorrência entre as partes num acordo como a restrições da concorrência entre qualquer uma delas e terceiros.

(16) A apreciação que visa apurar se um acordo de transferência de tecnologia restringe a concorrência deve ser efetuada no contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo e de quaisquer restrições que este contenha. Ao proceder a essa apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concorrência intertecnologia (a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia) ([14]). O artigo 101.º, n.º 1, do Tratado proíbe restrições da concorrência intertecnologia e da concorrência intratecnologia. É, por conseguinte, necessário apreciar em que medida o acordo afeta, ou pode afetar, esses dois aspetos da concorrência no mercado.

(17) O conceito de restrições por objetivo refere-se apenas a certos tipos de coordenação entre empresas que revelam um grau suficiente de nocividade para a concorrência, pelo que não é necessário apreciar os seus efeitos ([15]).

(18) O conceito de restrições por efeito refere-se a acordos que não têm um objetivo anticoncorrencial, mas relativamente aos quais se demonstra que têm efeitos restritivos da concorrência, reais ou potenciais, que são significativos ([16]). Para que um acordo tenha efeitos restritivos sobre a concorrência, deve ter ou ser suscetível de ter um impacto negativo significativo pelo menos num dos parâmetros da concorrência no mercado, como o

([13]) Ver Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 9.

([14]) A concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia (concorrência intratecnologia entre licenciados) constitui um complemento importante para a concorrência entre as empresas que utilizam tecnologias concorrentes (concorrência intertecnologia). A concorrência intratecnologia pode, por exemplo, dar origem a preços mais reduzidos dos produtos que englobam a tecnologia em causa, o que pode não só acarretar vantagens diretas e imediatas para os consumidores desses produtos, como também promover a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes. No contexto do licenciamento, o facto de os licenciados venderem o seu próprio produto deve igualmente ser tido em conta. Não estão a revender um produto fornecido por outra empresa. Por conseguinte, poderá haver uma maior margem para a diferenciação dos produtos e a concorrência entre os licenciados com base na qualidade do que no caso de acordos verticais para a revenda de produtos.

([15]) Ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, n.º 162 e a jurisprudência aí citada.

([16]) Para mais orientações sobre o conceito de restrições por objeto e por efeito, o respetivo quadro analítico e exemplos pertinentes dessas restrições, ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, n.ºs 161 e seguintes, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de dezembro de 2024, *Tallinna Kaubamaja Grupp e KIA Auto*, C-606/23, ECLI:EU:C:2024:1004, n.ºs 23 e seguintes; ver também a Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (JO C 259 de 21.7.2023, p. 1), n.ºs 22 e seguintes.

preço, a produção, a qualidade ou variedade do produto ou a inovação. Para demonstrar que um acordo restringe a concorrência por efeito, é geralmente necessário definir o(s) mercado(s) relevante(s) e apreciar os efeitos do acordo na dinâmica do mercado no caso específico. Por exemplo, é mais provável que ocorram efeitos anticoncorrenciais significativos quando pelo menos uma das partes no acordo detém ou obtém um certo grau de poder de mercado ([17]).

(19) Quando as empresas se dedicam a uma cooperação que não é abrangida pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado por ter efeitos neutros ou positivos sobre a concorrência, uma restrição à autonomia comercial de uma ou mais partes também não é abrangida por essa proibição, desde que essa restrição seja objetivamente necessária para a execução da cooperação e proporcionada aos objetivos da cooperação («restrições acessórias») ([18]). Para determinar se uma restrição constitui uma restrição acessória, há que examinar se a cooperação seria impossível na ausência da restrição em causa. O facto de a cooperação ser simplesmente mais difícil de executar, ou menos rentável, na ausência da restrição em causa, não torna essa restrição «objetivamente necessária» e, portanto, acessória ([19]).

(20) Tal como explicado no ponto (9) das presentes Orientações, um acordo que restrinja a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado pode continuar a ser compatível com o artigo 101.º se as partes puderem demonstrar que o acordo preenche as quatro condições cumulativas previstas no artigo 101.º, n.º 3.

2.2.3. **Efeitos dos acordos de transferência de tecnologia**

(21) Para efeitos da apreciação dos acordos de transferência de tecnologia nos termos do artigo 101.º do Tratado, é necessário ter em conta todos os parâmetros relevantes da concorrência, tais como preços, produção em termos de quantidade do produto, qualidade e variedade do produto e inovação. Nas secções seguintes, apresentam-se exemplos que ilustram os possíveis efeitos dos acordos de licenciamento nestes parâmetros, distinguindo entre efeitos positivos e negativos.

2.2.3.1. *Efeitos positivos*

(22) Os acordos de transferência de tecnologia podem também ter efeitos pró-concorrenciais significativos, sendo a grande maioria desses acordos, de facto, pró-concorrenciais. Os acordos de transferência de tecnologia podem promover a inovação permitindo aos inovadores obter um rendimento que cubra pelo menos parcialmente os seus custos de investigação e desenvolvimento (I & D).

(23) Os acordos de transferência de tecnologia conduzem igualmente à divulgação de tecnologias, a qual pode criar valor ao reduzir os custos de produção do licenciado ou ao permitir-lhe fabricar produtos novos ou produtos melhorados. Os ganhos de eficiência obtidos a nível do licenciado provêm frequentemente de uma combinação da tecnologia do licenciante e dos ativos e das tecnologias do licenciado. O licenciamento é frequente, uma vez que é mais eficiente para o licenciante licenciar a sua tecnologia do que explorá-la ele próprio. É o que pode suceder quando o licenciado tem já acesso aos ativos de produção necessários. O acordo permite então ao licenciado aceder a uma tecnologia que pode ser combinada com esses ativos, o que lhe permite explorar tecnologias novas ou melhoradas.

([17]) O poder de mercado é a capacidade de manter, de forma rentável, os preços acima dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo ou de manter, de forma rentável, a produção, em termos de quantidade, qualidade e variedade do produto ou de inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo. O grau de poder de mercado normalmente exigido para concluir pela existência de uma infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir pela existência de uma posição dominante nos termos do artigo 102.º.

([18]) Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2023, *EDP - Energias de Portugal e o.*, C-331/21, ECLI:EU:C:2023:812, n.ºs 88 e seguintes, de 11 de setembro de 2014, *MasterCard e o./Comissão*, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, n.º 89, de 11 de julho de 1985, *Remia/Comissão*, C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, n.ºs 19-20, de 28 de janeiro de 1986, *Pronuptia*, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, n.ºs 15-17, de 15 de dezembro de 1994, *Gøttrup-Klim e o. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab*, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, n.º 35, e de 12 de dezembro de 1995, *Oude Luttikhuis e o./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA.*, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, n.ºs 12-15.

([19]) Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2023, *EDP - Energias de Portugal e o.*, C-331/21, ECLI:EU:C:2023:812, n.º 90 e de 11 de setembro de 2014, *MasterCard e o.*/Comissão, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, n.º 91.

(24) Um outro exemplo de licenciamento que potencialmente favorece os ganhos de eficiência é quando o licenciado já possui uma tecnologia e a combinação dessa tecnologia com a do licenciante dá origem a sinergias. Quando as duas tecnologias são combinadas, o licenciado pode então obter uma configuração custos/produção que não poderia alcançar de outra forma.

(25) Os acordos de licenciamento, a exemplo do que sucede com os acordos de distribuição verticais de bens e serviços, podem igualmente criar ganhos de eficiência na fase da distribuição. Pode tratar-se da redução de custos ou do fornecimento de serviços valiosos aos consumidores. Os efeitos positivos dos acordos verticais são descritos nas Orientações da Comissão relativas às restrições verticais ([20]) («restrições verticais»).

(26) O licenciamento pode igualmente servir o objetivo pró-concorrencial de suprimir obstáculos ao desenvolvimento e exploração da própria tecnologia do licenciado. Em especial em setores com um elevado número de patentes, o licenciamento destina-se frequentemente a permitir a liberdade de conceção, suprimindo o risco de alegações de infração por parte do licenciante ([21]).

2.2.3.2. *Efeitos negativos*

(27) Embora os acordos de transferência de tecnologia sejam geralmente pró-concorrenciais, em certos casos as empresas podem utilizá-los para prosseguir objetivos anticoncorrenciais que, em última análise, prejudicam os consumidores.

(28) Os efeitos negativos para o mercado que podem resultar dos acordos de transferência de tecnologia restritivos são, nomeadamente, os seguintes:

(a) Redução da concorrência intertecnologia, nomeadamente a facilitação da colusão, tanto explícita como tácita;

(b) Exclusão dos concorrentes através do aumento dos seus custos, da restrição do seu acesso a *inputs* essenciais ou do levantamento de outros obstáculos à entrada; e

(c) Redução da concorrência intratecnologia.

(29) O risco de redução da concorrência intertecnologia é mais elevado quando são impostas obrigações recíprocas ([22]). Por exemplo, quando concorrentes transferem entre si tecnologias concorrentes e impõem uma obrigação recíproca de se fornecerem mutuamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respetivas e quando este acordo impede um dos concorrentes de obter um avanço tecnológico sobre um outro, a concorrência em matéria de inovação entre as partes é restringida (ver igualmente ponto (262)).

(30) Os acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes também podem facilitar a colusão. O risco de colusão é mais elevado em mercados concentrados ([23]). Os acordos de transferência de tecnologia podem facilitar a colusão ao reforçar a transparência do mercado, controlar certos comportamentos e aumentar os obstáculos à entrada. Acordos que deem origem a um grau elevado de similitude dos custos podem também facilitar a colusão, uma vez que as empresas que têm custos semelhantes são mais suscetíveis de ter pontos de vista semelhantes relativamente às condições de coordenação ([24]).

([20]) JO C 248 de 30.6.2022, p. 1, n.º 12 e seguintes.

([21]) Contudo, se esses acordos de licenciamento conduzirem à saída do mercado de uma das partes, podem ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

([22]) Um exemplo seria o caso em que duas empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes concedem licenças cruzadas entre si a tecnologias concorrentes e acordam em não vender produtos nos respetivos mercados nacionais. Tal acordo restringe a concorrência potencial entre as duas.

([23]) A colusão implica 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 funcionam. Para que a colusão funcione, as empresas devem também poder monitorizar o comportamento de mercado umas das outras e devem existir elementos dissuasores para impedir desvios das políticas comuns no mercado, ao mesmo tempo que os obstáculos à entrada devem ser suficientemente elevados para limitar a entrada ou expansão de estranhos.

([24]) Ver, a este respeito, o ponto 21 das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal.

(31) A colusão pode igualmente ser facilitada pelo intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes durante a execução de um acordo de transferência de tecnologia. A execução de um acordo de licenciamento pode exigir o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis. Quando o próprio acordo não está abrangido pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, por ter efeitos neutros ou positivos sobre a concorrência, um intercâmbio de informações que seja acessório a esse acordo também não está abrangido por essa proibição. É o que acontece se o intercâmbio de informações for objetivamente necessário para a execução do acordo de licenciamento e for proporcional aos seus objetivos. Se o intercâmbio de informações exceder o que é objetivamente necessário para executar o acordo ou não for proporcional aos seus objetivos, esse intercâmbio deve ser apreciado utilizando as orientações previstas no capítulo 6 das Orientações relativas aos acordos horizontais. Se o intercâmbio de informações estiver abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, pode ainda preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3.

(32) Os acordos de transferência de tecnologia podem também restringir a concorrência intertecnologia ao criar obstáculos que impedem a entrada de concorrentes ou a sua expansão no mercado. Por exemplo, terceiros podem ser impedidos de entrar no mercado quando os licenciantes existentes impuserem aos licenciados obrigações de não concorrência tais que os terceiros dispõem de um número insuficiente de licenciados com os quais celebrar acordos de concessão de licenças e quando for difícil a sua entrada ([25]).

(33) Os acordos de transferência de tecnologia podem também restringir a concorrência intratecnologia. Tal pode resultar, por exemplo, da imposição aos licenciados de restrições de manutenção dos preços de revenda ou restrições de vendas em termos territoriais ou de clientes. As restrições da concorrência intratecnologia podem facilitar a colusão entre licenciados. Podem igualmente facilitar a colusão entre os proprietários de tecnologias concorrentes ou reduzir a concorrência intertecnologia ao aumentarem os obstáculos à entrada no mercado.

2.2.4. **Definição de mercado**

(34) A abordagem da Comissão em matéria de definição do mercado relevante é estabelecida na sua Comunicação relativamente à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União ([26]) («Comunicação relativa à definição de mercado»). As presentes Orientações abordam apenas os aspetos da definição de mercado com importância especial no domínio do licenciamento de direitos de tecnologia.

(35) A tecnologia é um *input* integrado quer num produto quer num processo de produção. O licenciamento de tecnologia pode, por conseguinte, afetar a concorrência tanto a montante, no mercado dos *inputs*, como a jusante, no mercado da produção propriamente dita. Por exemplo, um acordo entre duas partes que vendem produtos concorrentes a jusante e que se concedem mutuamente licenças cruzadas de direitos de tecnologia relativas ao fabrico daqueles produtos a montante pode restringir a concorrência no mercado de bens ou serviços relevante a jusante. O licenciamento cruzado (*cross licensing*) pode igualmente restringir a concorrência no mercado a montante de tecnologias e eventualmente também noutros mercados de *inputs* a montante. Para apreciar os efeitos de acordos de licenciamento sobre a concorrência, pode, por conseguinte, revelar-se necessário definir os mercados do produto relevantes, bem como os mercados da tecnologia relevantes ([27]).

([25]) Outro exemplo é a potencial exclusão de fornecedores de tecnologias substituíveis, que pode ocorrer quando um licenciante com poder de mercado significativo agrupa vários componentes de uma tecnologia num único pacote de licenciamento, embora apenas uma parte do pacote seja essencial para produzir um determinado produto.

([26]) JO C, C/2024/1645, 22.2.2024, ELI: http://data.europa.eu/eli/C/2024/1645/oj.

([27]) Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão de 17 de novembro de 2010 no processo COMP/M.5675, Syngenta/Monsanto, em que a Comissão procedeu à análise da fusão de dois produtores de girassol integrados verticalmente, examinando i) o mercado de trocas comerciais a montante (ou seja, o intercâmbio e o licenciamento) das variedades (linhas parentais e híbridos) e ii) o mercado a jusante da comercialização de híbridos. Na sua decisão de 13 de março de 2009 no processo COMP/M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG, a Comissão definiu, além de um mercado para a produção de melamina de elevada qualidade, também um mercado de tecnologia a montante para o fornecimento de tecnologias de produção de melamina. Ver também a decisão da Comissão de 8 de junho de 1995 no processo COMP/M.269, *Shell/Montecatini*, e a Decisão da Comissão de 2 de junho de 2023 no processo COMP/M.10783, *EQT Future/AM Fresh/SNFL/IFG*, em que a Comissão apreciou uma concentração que envolveu empresas ativas no setor das uvas de mesa, examinando o mercado a montante para a criação e licenciamento de castas de uva de mesa protegidas sem sementes, bem como os mercados a jusante para a produção e distribuição de uvas de mesa.

(36) O mercado do produto relevante envolve produtos contratuais (que incorporam a tecnologia licenciada) e produtos que são considerados pelos compradores como permutáveis ou substituíveis em relação aos produtos contratuais, devido às características dos produtos, aos seus preços e à utilização pretendida, tendo em conta as condições de concorrência e a estrutura da oferta e da procura no mercado. Os produtos contratuais podem pertencer a um mercado do produto final e/ou de um mercado do produto intermédio.

(37) Os mercados da tecnologia relevante incluem os direitos da tecnologia licenciada e os seus substitutos, ou seja, outros direitos de tecnologia que são considerados pelos licenciados como permutáveis ou substituíveis em relação aos direitos de tecnologia licenciados, devido às características dos direitos da tecnologia, às respetivas *royalties* e à utilização pretendida, tendo em conta as condições de concorrência e a estrutura da oferta e da procura no mercado. Com base na tecnologia que é comercializada pelo licenciante, é necessário identificar as outras tecnologias que os licenciados poderão passar a utilizar em resposta à deterioração das condições de oferta da tecnologia do licenciante em relação às das outras tecnologias. Uma outra abordagem consiste em considerar o mercado dos produtos que incorporam os direitos de tecnologia licenciada (ver ponto (40)).

(38) O termo «mercado relevante» utilizado no artigo 3.º do RICTT e definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea m), refere-se ao mercado do produto relevante e ao mercado da tecnologia relevante, tanto no que diz respeito ao seu produto como à sua dimensão geográfica.

(39) O «mercado geográfico relevante» é definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea l), do RICTT, e compreende a área na qual as empresas em causa estão envolvidas na oferta ou procura de produtos ou na concessão de licenças de tecnologia, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que pode distinguir-se de áreas vizinhas, devido ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas. A dimensão geográfica do(s) mercado(s) de tecnologia relevante(s) pode diferir da dimensão geográfica do(s) mercado(s) do produto relevante(s).

(40) Após a definição dos mercados relevantes, podem ser atribuídas quotas de mercado às várias fontes de concorrência que nele operam e utilizadas como indicador do poder relativo dos diferentes operadores. No caso dos mercados da tecnologia, uma forma de proceder consiste em calcular as quotas de mercado com base na parte que cada tecnologia detém nas receitas totais constituídas pelas *royalties*, que representa a parte que essa tecnologia detém no mercado em que as diferentes tecnologias concorrentes são licenciadas. Contudo, isto pode frequentemente ser uma mera forma teórica e não muito prática de proceder, devido à falta de informações claras sobre o rendimento de *royalties*. Uma outra abordagem, que é a utilizada com o intuito de aplicar a zona de segurança do RICTT, consiste em calcular as quotas de mercado no mercado da tecnologia com base nas vendas de produtos que incorporam a tecnologia licenciada nos mercados do produto a jusante (para mais informações, ver os pontos (110) a (115) das presentes Orientações). Em casos específicos não abrangidos pela zona de segurança definida pelo RICTT, pode revelar-se necessário, quando possível na prática, aplicar as duas abordagens referidas, a fim de apreciar a posição de mercado do licenciante com mais exatidão e ter em conta outros fatores que possam fornecer uma indicação correta do poder relativo das tecnologias disponíveis (para mais informações sobre estes fatores, ver os pontos (184) a (193) das presentes Orientações) ([28]).

(41) Os acordos de licenciamento podem afetar a concorrência em matéria de inovação ([29]). 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. A concorrência nesses mercados pode ser afetada por acordos que atrasam a introdução de produtos melhorados ou novos que, a prazo, substituirão os produtos existentes. Nesses casos, a inovação constitui uma fonte de concorrência potencial que deve ser tomada em consideração

([28]) Ver, por exemplo, Decisão da Comissão de 20 de dezembro de 2012, no processo AT.39230 — *Rio Tinto Alcan*, n.os 38-41. Ver também Decisão da Comissão no processo COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto*, e no processo COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, citada na nota de rodapé 27.

([29]) Por exemplo, os acordos de licenciamento de tecnologias podem afetar o desenvolvimento de produtos ou tecnologias que i) melhorarão os produtos ou tecnologias existentes, ii) substituirão produtos ou tecnologias existentes ou iii) poderão criar uma procura totalmente nova. Os acordos de licenciamento de tecnologia podem também afetar iv) os esforços de inovação iniciais, designadamente as atividades de I&D que não estejam estreitamente relacionadas com um produto ou tecnologia específicos.

aquando da apreciação do impacto do acordo nos mercados do produto e da tecnologia. Todavia, num número limitado de casos, também pode ser útil e necessário analisar separadamente os efeitos sobre a concorrência em matéria de inovação. É o caso, em especial, dos mercados altamente inovadores, caracterizados por uma investigação e desenvolvimento frequentes e significativos e em que o acordo afeta a inovação destinada a criar novos produtos ou tecnologias ([30]). Nesses casos, é então possível determinar se, após o acordo, se manterá um número suficiente de polos de investigação e desenvolvimento competitivos para manter uma concorrência efetiva em matéria de inovação ([31]).

2.2.5. **Distinção entre concorrentes e não concorrentes**

(42) Em geral, os acordos entre concorrentes envolvem mais riscos para a concorrência do que os acordos entre não concorrentes ([32]).

(43) A fim de determinar a relação de concorrência entre as partes de um acordo, é necessário 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 afetados pelo acordo, considera-se que não são concorrentes.

(44) As partes são concorrentes reais num mercado em relação à oferta de produtos se, antes do acordo, ambas já forem ativas no mesmo mercado relevante.

(45) Considera-se que uma parte é um concorrente potencial da outra parte num mercado relativamente à oferta de produtos se, na ausência do acordo, existissem possibilidades reais e concretas para a primeira parte entrar no mercado relevante e concorrer com a outra parte estabelecida nesse mercado ([33]). A constatação da existência de uma concorrência potencial deve basear-se num conjunto de factos concordantes, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico em que opera. A possibilidade hipotética de entrada ou o simples desejo ou vontade de uma parte de entrar não é suficiente ([34]). Inversamente, não é necessário demonstrar com certeza que a empresa entrará efetivamente no mercado relevante e que estará em condições de aí manter o seu lugar ([35]). Por exemplo, a entrada é mais provável se o licenciado possuir ativos que possam ser facilmente utilizados para entrar no mercado sem incorrer em custos irrecuperáveis significativos ou se já tiver desenvolvido planos, ou, de outro modo, começado a investir para entrar no mercado.

(46) No contexto específico dos direitos de propriedade intelectual, pode acontecer que uma ou ambas as partes detenham direitos de propriedade intelectual válidos que impeçam a outra parte de operar ou entrar no mercado relevante sem infringir esses direitos de tecnologia. Trata-se de uma «posição de bloqueio». Ao apreciarem o possível impacto de uma posição de bloqueio na sua relação concorrencial, as partes devem ter em conta os seguintes fatores:

(a) Se ambas as partes já operam no mercado relevante, é muito improvável que se encontrem numa posição de bloqueio, a menos que uma decisão judicial transitada em julgado tenha confirmado a violação e a validade do direito de propriedade intelectual. Na ausência de tal decisão, as partes são geralmente consideradas concorrentes reais.

([30]) Ver, por exemplo, os pontos 90 e seguintes da Comunicação relativa à definição de mercado, citada na nota 26.
([31]) A este respeito, as presentes Orientações proporcionam uma zona de segurança flexível para os acordos de transferência de tecnologia que não são abrangidos pela isenção por categoria, uma vez que os limiares de quota de mercado são ultrapassados: ver ponto (181).
([32]) Ver, por exemplo, as considerações do ponto 10 das Orientações relativas às restrições verticais, que se aplicam *mutatis mutandis* à concessão de licenças de tecnologia.
([33]) Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2023, *EDP - Energias de Portugal e o.*, C-331/21, ECLI:EU:C:2023:812, n.º 61.
([34]) Ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2023, *EDP - Energias de Portugal e o.*, C-331/21, ECLI:EU:C:2023:812, n.os 60-63, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.os 36-39.
([35]) Ver, por exemplo, acórdãos do Tribunal de 26 de outubro de 2023, no processo EDP — Energias de Portugal e o., C-331/21, ECLI:EU:C:2023:812, n.º 62; de 30 de janeiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.os 36 a 45; de 25 de março de 2021 no processo C-591/16 P, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd/Comissão Europeia*, ECLI:EU:C:2021:243, n.os 54 a 57; de 27 de junho de 2024, *Comissão/Servier e o.* (C-176/19 P, EU:C:2024:549, n.os 100 e 101).

(b) Se uma das partes ainda não opera no mercado, mas já realizou investimentos substanciais ou tomou medidas preparatórias significativas para entrar no mercado, é muito provável que as partes sejam, pelo menos, concorrentes potenciais ([36]). Na ausência desses investimentos e dessas medidas, as partes, ao examinarem se são concorrentes potenciais, terão de basear-se em todos os elementos de prova disponíveis na altura, nomeadamente a possibilidade de os direitos de propriedade intelectual serem infringidos, a validade dos direitos em causa e a questão de saber se existem possibilidades reais de contornar os direitos de propriedade intelectual existentes. São necessários elementos de prova especialmente convincentes da existência de uma posição de bloqueio, quando as partes tiverem um interesse comum em alegar a existência de uma posição de bloqueio, a fim de serem consideradas não concorrentes, por exemplo, quando a alegada posição de bloqueio disser respeito a tecnologias que são tecnologias substituíveis (ver ponto (37)) ou se houver um incentivo significativo de uma ou ambas as partes para a outra ([37]).

(47) As partes são concorrentes reais no mercado da tecnologia se ambas já estiverem a licenciar direitos de tecnologia substituíveis ou se o licenciado já estiver a licenciar os seus direitos de tecnologia e o licenciante entrar no mercado da tecnologia através da concessão ao licenciado de uma licença para direitos de tecnologia concorrentes.

(48) Considera-se que as partes são concorrentes potenciais no mercado da tecnologia se possuírem tecnologias substituíveis próprias e se o licenciado não licenciar a sua própria tecnologia, desde que seja suscetível de o fazer no caso de se verificar uma deterioração das condições de oferta da tecnologia do licenciante em relação às de outras tecnologias ([38]). No caso dos mercados da tecnologia, é geralmente mais difícil apreciar se as partes são concorrentes potenciais. É por esta razão que, para efeitos de aplicação do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tida em conta (ver ponto (107) das presentes Orientações) e as partes são tratadas como não concorrentes.

(49) 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 existente. Todavia, é frequentemente impossível determinar esse facto aquando da celebração do acordo. Normalmente, é só quando a tecnologia ou os produtos que a incorporam estão disponíveis junto dos consumidores há já um certo tempo que se afigura evidente que a antiga tecnologia se tornou obsoleta ou não competitiva. Por exemplo, quando a tecnologia de disco compacto (CD) foi desenvolvida e os leitores e os discos foram colocados no mercado, não era evidente que esta nova tecnologia viesse a substituir os discos de vinil. Essa situação 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 competitiva. No entanto, uma vez que tanto o artigo 101.º, n.º 1, como o artigo 101.º, n.º 3, devem ser aplicados à luz do contexto real em que o acordo é celebrado, a apreciação é sensível a eventuais alterações significativas da situação de facto. A categorização da relação entre as partes pode, por conseguinte, ser alterada para uma relação de não concorrentes se, mais tarde, a tecnologia do licenciado se tornar obsoleta ou não concorrencial no mercado.

([36]) As partes podem, por exemplo, ser consideradas concorrentes potenciais num mercado relevante para o fornecimento de produtos se o licenciado produzir com base na sua própria tecnologia num mercado geográfico e começar a produzir num outro mercado geográfico com base numa tecnologia licenciada 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 seja impedida por fatores objetivos, nomeadamente a existência de direitos de propriedade intelectual de bloqueio.

([37]) Nesse sentido, ver acórdão do Tribunal de 30 de janeiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.os 54-56. de 27 de junho de 2024, *Comissão/Servier e o.* C-176/19 P, ECLI:EU:C:2024:549, n.os 87 a 89, 103 e 131). de 27 de junho de 2024, *Comissão/Krka*, C-151/19 P, ECLI:EU:C:2024:546, n.º 411.

([38]) Para fins operacionais e práticos, essa apreciação centra-se normalmente nas reações aos aumentos de preços. Por exemplo, um método consiste em analisar se o licenciado poderia começar a licenciar a sua própria tecnologia em resposta a um pequeno mas permanente aumento dos preços da tecnologia. Contudo, a apreciação pode também ter em conta alterações que afetem outros parâmetros da concorrência, como a qualidade dos produtos ou o nível de inovação.

(50) Em alguns casos, as partes podem tornar-se concorrentes posteriormente à celebração do acordo devido ao facto de o licenciado desenvolver ou adquirir e começar a explorar uma tecnologia concorrente. Nesses casos, deve ser tido em conta o facto de as partes não serem concorrentes no momento da celebração do acordo e de o acordo ter sido celebrado nesse contexto. Por conseguinte, a Comissão centrar-se-á principalmente no impacto do acordo sobre a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia (concorrente). Por este motivo, a lista de restrições graves aplicáveis a acordos entre concorrentes não se aplica a esses acordos, a menos que o acordo seja posteriormente alterado em qualquer aspeto material, depois de as partes se terem tornado concorrentes (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT).

(51) As empresas que sejam parte num acordo podem igualmente tornar-se concorrentes após a celebração do mesmo nos casos em que o licenciado já desenvolvia atividades no mercado relevante em que os produtos contratuais são vendidos antes da celebração do acordo e em que o licenciante entra posteriormente no mercado, quer com base nos direitos de tecnologia licenciados quer com base numa nova tecnologia. Nesse caso, a lista de restrições graves aplicáveis aos acordos entre não concorrentes também continuará a ser aplicada ao acordo durante toda a sua vigência, salvo se o acordo for subsequentemente alterado nalgum aspeto importante (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT). Uma alteração substancial inclui a celebração de um novo acordo de transferência de tecnologia entre as partes no que respeita aos direitos de tecnologia concorrentes que possam ser utilizados para o fabrico de produtos concorrentes dos produtos contratuais.

2.3. *Acordos que, de um modo geral, são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado*

(52) Os acordos que não sejam suscetíveis de afetar sensivelmente as trocas comerciais entre os Estados-Membros (ausência de efeitos nas trocas comerciais) ou que não restrinjam sensivelmente a concorrência (acordos de pequena importância) não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado. A Comissão forneceu orientações sobre a ausência de efeitos nas trocas comerciais nas suas Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE ([39]) («Orientações relativas à afetação do comércio»), e sobre os acordos de pequena importância na sua Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ([40]) («Comunicação *de minimis*»). Tanto as Orientações relativas à afetação do comércio como a Comunicação *de minimis* são particularmente relevantes para a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia entre pequenas e médias empresas ([41]).

3. APLICAÇÃO DO RICTT

3.1. *Efeitos jurídicos do RICTT*

(53) Os acordos de transferência de tecnologia que satisfaçam as condições do RICTT estão isentos da proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Os acordos que beneficiam da isenção por categoria são legalmente válidos e aplicáveis ([42]).

(54) A isenção por categoria prevista no RICTT baseia-se no pressuposto de que — na medida em que sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado — certas categorias dos acordos de transferência de tecnologia satisfazem em geral as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3 ([43]). Os limiares de quota de mercado (artigo 3.º do RICTT), a lista das restrições graves (artigo 4.º do RICTT), bem como as restrições excluídas (artigo 5.º do RICTT) destinam-se a garantir que apenas os acordos restritivos relativamente aos quais se pode razoavelmente presumir que satisfazem as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, beneficiam da isenção por categoria.

([39]) JO C 101 de 27.4.2004, p. 81.
([40]) JO C 291 de 30.8.2014, p. 1.
([41]) Para orientações sobre a definição de mercados relevantes e o cálculo das quotas de mercado no contexto dos acordos de transferência de tecnologia, ver secção 2.2.4 das presentes Orientações.
([42]) Os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria só podem ser proibidos na sequência da retirada da isenção por categoria pela Comissão ou pelas autoridades da concorrência dos Estados-Membros — ver secção 3.6 das presentes Orientações sobre a retirada da isenção por categoria.
([43]) Ver ponto (9).

(55) Como se estabelece na secção 2 das presentes Orientações, muitos acordos de transferência de tecnologia não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, quer porque não restringem a concorrência, quer porque a restrição da concorrência não é significativa ([44]). Em qualquer caso, quando um acordo de transferência de tecnologia preenche as condições do RICTT, não é necessário determinar se é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1 ([45]).

(56) Fora do âmbito da isenção por categoria, é importante analisar se, no caso individual, o acordo restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e, em caso afirmativo, se são cumpridas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Não se parte do princípio de que os acordos de transferência de tecnologia fora do âmbito da isenção por categoria são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, ou não satisfazem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em especial, o simples facto de as quotas de mercado das partes ultrapassarem os limiares de quota de mercado estabelecidos no artigo 3.º do RICTT não constitui uma base suficiente para concluir que o acordo é abrangido pelo âmbito do artigo 101.º, n.º 1. É necessária uma apreciação individual dos efeitos prováveis do acordo.

3.2. *Âmbito e duração do RICTT*

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

(57) O RICTT e as presentes Orientações abrangem os acordos de transferência de tecnologia. Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do RICTT, o conceito de «direitos de tecnologia» abrange o saber-fazer, bem como as patentes, os modelos de utilidade, os direitos sobre desenhos e modelos, as topografias de produtos semicondutores, os certificados de proteção suplementar para medicamentos ou outros produtos relativamente aos quais tais certificados de proteção suplementar podem ser obtidos, os certificados de obtentor vegetal e os direitos de autor relativos a programas informáticos ou uma combinação dos mesmos, bem como os pedidos desses direitos e do seu registo. Os direitos de tecnologia licenciados devem permitir ao licenciado fabricar os produtos contratuais, com ou sem outro *input*. O RICTT aplica-se apenas nos Estados-Membros em que o licenciante é titular de direitos de tecnologia relevantes. De outro modo, não existem direitos de tecnologia a transferir na aceção do RICTT.

(58) O saber-fazer é definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea i), do RICTT como um conjunto de informações práticas, decorrentes da experiência e de ensaios, que são secretas, substanciais e identificadas:

(a) «Secretas» significa que o saber-fazer geralmente não é conhecido nem de fácil acesso;

(b) «Substanciais» significa que o saber-fazer inclui informações importantes e úteis para o fabrico dos produtos abrangidos pelo acordo de licenciamento ou para a aplicação do processo abrangido por esse acordo. Por outras palavras, a informação deve contribuir de forma significativa para facilitar o fabrico dos produtos contratuais. Em casos em que o saber-fazer licenciado diz respeito a um produto e não a um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil para o fabrico do produto contratual. Esta condição não é satisfeita quando o produto contratual pode ser fabricado com base em tecnologias livremente disponíveis. Contudo, a condição não exige que o produto contratual tenha um valor superior aos produtos fabricados com tecnologias livremente disponíveis. No caso de tecnologias que incidem sobre um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil, na medida em que, no momento da celebração do acordo, se pode razoavelmente esperar que seja capaz de melhorar significativamente a posição concorrencial do licenciado, por exemplo, ao reduzir os seus custos de produção;

(c) «Identificadas» significa que é possível verificar que o saber-fazer licenciado preenche os critérios de caráter secreto e substancial. Esta condição é preenchida quando o saber-fazer licenciado é descrito em suporte digital ou em papel. Todavia, em alguns casos tal pode não ser razoavelmente possível. O saber-fazer licenciado pode consistir em conhecimentos práticos de que os trabalhadores do licenciante dispõem. Por exemplo, os trabalhadores do licenciante podem dispor de conhecimentos secretos e substanciais sobre um determinado processo de fabrico, que são transmitidos ao licenciado através de formação dos seus trabalhadores. Nesses casos, basta descrever no acordo a natureza geral do saber-fazer e enumerar os trabalhadores que estarão ou estiveram implicados na sua transmissão ao licenciado.

([44]) Ver, por exemplo, secção 2.4.

([45]) Segundo o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, 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, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj), os acordos que podem afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que não são proibidos pelo artigo 101.º, também não podem ser proibidos pelo direito nacional da concorrência.

3.2.1.1. *Aplicação do artigo 2.º, n.º 3, do RICTT*

(59) As disposições previstas em acordos de transferência de tecnologia relativas à compra de produtos pelo licenciado só são abrangidas pelo RICTT se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou venda dos produtos contratuais. Por conseguinte, o RICTT não é aplicável às partes de um acordo de transferência de tecnologia que digam respeito a *inputs* ou equipamentos utilizados para outros fins que não o fabrico dos produtos contratuais. Por exemplo, quando o leite for vendido juntamente com a licença da tecnologia para fabricar queijo, só o leite utilizado no fabrico de queijo com a tecnologia licenciada é abrangido pelo RICTT. As disposições previstas em acordos de transferência de tecnologia relativas ao licenciamento de outros tipos de propriedade intelectual, tais como marcas e direitos de autor, que não direitos de autor relativos a programas informáticos (no que respeita aos direitos de autor relativos a programas informáticos, ver pontos (57) e (86) das presentes Orientações), só são abrangidos pelo RICTT se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou venda dos produtos contratuais. Esta condição garante que as disposições que abrangem outros tipos de direitos de propriedade intelectual beneficiam da isenção por categoria se esses outros direitos de propriedade intelectual permitirem ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada. Por exemplo, se o licenciante autorizar um licenciado a utilizar a sua marca nos produtos que incorporam a tecnologia licenciada, essa licença de marca pode permitir ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada, uma vez que os consumidores farão diretamente a associação entre o produto e as características que lhe são conferidas pelos direitos de tecnologia licenciados. A obrigação de o licenciado utilizar a marca do licenciante pode igualmente promover a divulgação da tecnologia, permitindo ao licenciante identificar-se como sendo a fonte da tecnologia subjacente. O RICTT abrange os acordos de transferência de tecnologia neste cenário, mesmo quando o interesse principal das partes residir na exploração da marca e não da tecnologia ([46]).

3.2.1.2. *Licenciamento de direitos de propriedade intelectual fora do âmbito de aplicação do RICTT*

(60) A Comissão não alargará os princípios enunciados no RICTT e nas presentes Orientações ao licenciamento de marcas (exceto no que respeita à situação referida no ponto (59) das presentes Orientações). O licenciamento de marcas 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 licenciamento de tecnologia. Quando uma licença de marca está diretamente associada à utilização, venda ou revenda de bens e serviços e não constitui o objeto principal do acordo, o acordo de licenciamento é abrangido pelo Regulamento (UE) n.º 720/2022 da Comissão ([47]) («Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais»).

(61) O RICTT não abrange o licenciamento de direitos de autor, à exceção dos direitos de autor relativos a programas informáticos (exceto na situação descrita no ponto (59) das presentes Orientações). A Comissão irá, no entanto, aplicar, como regra geral, os princípios definidos no RICTT e nas presentes Orientações ao apreciar o licenciamento de direitos de autor relativos ao fabrico de produtos contratuais ao abrigo do artigo 101.º do Tratado ([48]). Em contrapartida, a Comissão não alargará os princípios do RICTT e das presentes Orientações à concessão de licenças de direitos de autor em acordos de *merchandising*. Normalmente, nesses acordos, o titular do direito licencia uma marca, uma personagem fictícia ou uma figura pública para efeitos de fabrico e venda de produtos que ostentem essa marca ou essa personagem. Estes acordos costumam assemelhar-se mais a acordos de distribuição do que a acordos de transferência de tecnologia ([49]).

([46]) Por exemplo, o RICTT poderia abranger o acordo de transferência de tecnologia apreciado na Decisão 90/186/CEE da Comissão, de 23 de março de 1990, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/32.736 — *Moosehead/Whitbread*) (JO L 100 de 20.4.1990, p. 32, ELI: http://data.europa.eu/eli/dec/1990/186/oj), ver, em especial, o ponto 16 da referida decisão.

([47]) Regulamento (UE) n.º 720/2022 da Comissão, de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 134 de 11.5.2022, p. 4, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2022/720/oj).

([48]) Ao apreciar a eventual aplicação dos princípios estabelecidos no RICTT e nas presentes Orientações, a Comissão terá em conta as especificidades do contexto jurídico e económico. No que diz respeito à aplicação do artigo 101.º às licenças de direitos de autor, ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, *Football Association Premier League e o.*, C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631, n.ºs 137-146, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2020, *Groupe Canal+/Comissão*, C-132/19 P, ECLI:EU:C:2020:1007.

([49]) Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão de 25 de março de 2019 no processo AT.40436 — *Produtos de merchandising no domínio do desporto* e de 9 de julho de 2019 no processo AT.40432 — *Produtos com personagem*; e de 30 de janeiro de 2020 no processo AT. 40433 – Produtos de *merchandising* no domínio do cinema.

3.2.1.3. *Licenciamento de determinados tipos de dados*

Aplicação dos princípios do RICTT e das Orientações

(62) O RICTT não abrange o licenciamento de dados, exceto se os dados objeto de licença forem abrangidos pela definição de saber-fazer constante do artigo 1.º, ponto 1, alínea i), do RICTT (ver ponto (58) das presentes Orientações) ou de um dos direitos de tecnologia enumerados no artigo 1.º, ponto 1, alínea b), do RICTT, ou se a concessão de licenças de dados tiver lugar num acordo de transferência de tecnologia e preencher as condições do artigo 2.º, n.º 3, do RICTT ([50]).

(63) Contudo, a Comissão aplicará, de um modo geral, os princípios do RICTT e das presentes Orientações ao apreciar, nos termos do artigo 101.º do Tratado, os acordos de licenciamento de dados entre duas empresas para efeitos de produção de produtos contratuais, sempre que os dados licenciados digam respeito a uma base de dados protegida por direitos de autor ou pelo direito *sui generis* na aceção da Diretiva 96/9/CE.

(64) A apreciação dos acordos de licenciamento dessas bases de dados para a produção de bens ou serviços nos termos do artigo 101.º do Tratado suscita considerações semelhantes às do licenciamento de direitos de tecnologia abrangidos pelo RICTT. A criação de bases de dados protegidas por direitos de autor ou pelo direito *sui generis* pode implicar investimentos significativos e o seu licenciamento tem geralmente um caráter pró-concorrencial. Promove a inovação permitindo aos criadores de bases de dados obter um rendimento que cubra pelo menos parcialmente os seus custos de I & D. Conduz igualmente à divulgação de dados protegidos por direitos de propriedade intelectual, o que pode aumentar a inovação a jusante e criar valor, reduzindo os custos de produção dos licenciados ou permitindo-lhes fabricar produtos novos ou melhorados ([51]).

(65) Contudo, à semelhança dos acordos de transferência de tecnologia, as restrições da concorrência nos acordos de licenciamento relativos a bases de dados protegidas por direitos de autor ou direitos *sui generis* podem produzir efeitos anticoncorrenciais no mercado ([52]), especialmente nos casos em que uma das partes tem poder de mercado. Ao apreciar essas restrições, a Comissão aplicará, de um modo geral, os princípios do RICTT e das presentes Orientações. Contudo, o licenciamento de dados é uma prática em rápida evolução e não se pode excluir que certas restrições da concorrência incluídas nessas licenças não sejam abrangidas pelas presentes Orientações ou produzam efeitos na concorrência ou nos consumidores substancialmente diferentes das descritas nas presentes Orientações. Nesses casos, a Comissão apreciará as restrições nos termos do artigo 101.º do Tratado aplicando princípios gerais (ver secção 2 das presentes Orientações) aos factos de cada caso.

(66) Sempre que os acordos de licenciamento de dados digam respeito a dados não protegidos por direitos *sui generis* ou direitos de autor sobre bases de dados, a Comissão apreciará se é adequado aplicar os princípios do RICTT e das presentes Orientações com base nas circunstâncias de cada caso. Os acordos de licenciamento de dados celebrados para efeitos de produção de bens ou serviços podem dizer respeito a vários tipos de dados. Devido a diferenças nas características dos dados, no quadro regulamentar pertinente ou na forma como os dados são recolhidos ou gerados, os princípios estabelecidos no RICTT e nas presentes Orientações (incluindo os princípios estabelecidos nos pontos seguintes da presente secção) podem não ser adequados para apreciar tais acordos em todos os casos.

([50]) Tal será o caso quando o licenciamento de dados tiver lugar num acordo de transferência de tecnologia, estiver diretamente relacionado com a produção ou venda dos produtos contratuais e for considerado como licenciamento ou a cessão de direitos de propriedade intelectual ou de saber-fazer ao licenciado. A Comissão considera que o último requisito é cumprido quando os dados licenciados estão protegidos por direitos de autor ou direitos *sui generis* aplicáveis às bases de dados na aceção da Diretiva 96/9/CE relativa à proteção jurídica das bases de dados.

([51]) Os efeitos pró-concorrenciais no mercado a jusante em que o licenciado opera estão relacionados com o objetivo da licença, ou seja, a produção de produtos contratuais. Contudo, as bases de dados licenciadas também podem ser utilizadas pelos licenciados para outros fins, incluindo formas anticoncorrenciais de prejudicar os consumidores [por exemplo, no caso de práticas de exploração dirigidas a determinados (grupos de) consumidores]. As orientações fornecidas na presente secção limitam-se aos acordos de licenciamento para efeitos de produção de produtos contratuais.

([52]) A Comunicação relativa à definição de mercado referida na nota de rodapé 26 contém orientações sobre a definição de mercado.

Intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial

(67) O intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, independentemente de o intercâmbio ocorrer direta ou indiretamente através de terceiros, pode violar o artigo 101.º do Tratado ([53]).

(68) No contexto do licenciamento de bases de dados protegidas por direitos *sui generis* ou direitos de autor, o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis pode ocorrer: i) se o próprio objeto da licença, ou seja, uma base de dados protegida por direitos *sui generis* ou direitos de autor, contiver informações comercialmente sensíveis e/ou ii) se, a fim de aplicar o acordo de licenciamento de dados, as partes procederem ao intercâmbio de informações — que não fazem parte da própria base de dados — comercialmente sensíveis.

(69) Ao apreciar o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis em acordos de licenciamento de dados entre concorrentes, a Comissão aplicará, de um modo geral, os princípios estabelecidos no capítulo 6 das Orientações relativas aos acordos horizontais em matéria de intercâmbio de informações. Em especial, se o licenciamento da própria base de dados não estiver abrangido pela proibição do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, por ter efeitos neutros ou positivos sobre a concorrência, um intercâmbio de informações que seja acessório a esse acordo também não está abrangido por essa proibição. É o que acontece se o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis for objetivamente necessário para a execução do acordo de licenciamento de dados e for proporcional aos seus objetivos.

(70) Além disso, em muitos casos, o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis no contexto do licenciamento de bases de dados não restringe a concorrência por objetivo, caso em que será necessário apreciar se o intercâmbio tem efeitos restritivos ([54]). Para essa apreciação, a natureza das informações trocadas, as características do intercâmbio e as características do mercado são relevantes, bem como quaisquer medidas aplicadas pelas partes para minimizar o risco de infrações ao direito da concorrência ([55]).

(71) Sempre que os concorrentes utilizem os acordos de licenciamento de dados como meio de proceder ao intercâmbio de informações comercialmente sensíveis com o objetivo de restringir a concorrência, a Comissão não aplicará os princípios das presentes Orientações para apreciar o acordo nos termos do artigo 101.º do Tratado.

Obrigações impostas por outra legislação da União

(72) As orientações fornecidas nas presentes Orientações não prejudicam a aplicação do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) ([56]) nem de outra legislação da União aplicável ao intercâmbio de informações.

(73) Sempre que o licenciamento de bases de dados protegidas por direitos *sui generis* ou direitos de autor seja imposto por uma obrigação de partilha de dados imposta pela legislação da União, a Comissão terá em conta essa obrigação ao aplicar os princípios do RICTT e das presentes Orientações ao acordo de licenciamento. Na medida em que as empresas conservem alguma discricionariedade quanto à forma de aplicar a legislação pertinente, o artigo 101.º do Tratado continua a ser aplicável.

3.2.2. **O conceito de «transferência»**

(74) O conceito de «transferência» implica que a tecnologia deve passar de uma empresa para outra. Tais transferências assumem normalmente a forma de um licenciamento em que o licenciante concede ao licenciado o direito de utilizar os seus direitos de tecnologia mediante o pagamento de *royalties*.

([53]) Ver capítulo 6 das Orientações relativas aos acordos horizontais; ver também o Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de julho de 2024, *Banco BPN/BIC Português e o.*, C-298/22, A. e o., ECLI:EU:C:2024:638, n.os 51 e seguintes.

([54]) Ver secção 6.2.7 das Orientações relativas aos acordos horizontais.

([55]) Ver secção 6.2.4.4 das Orientações relativas aos acordos horizontais,

([56]) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO L 119 de 4.5.2016, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj).

(75) Tal como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT, as cessões em que parte do risco associado à exploração dos direitos de tecnologia permanece com o cedente são também consideradas como acordos de transferência de tecnologia. Em especial, tal é o caso quando a soma a pagar tendo em conta a cessão depende do volume de negócios gerado pelo cessionário a partir da venda dos produtos fabricados por meio da utilização da tecnologia cedida, da quantidade fabricada desses produtos ou do número de operações realizadas com a tecnologia em causa.

(76) Um acordo em que o licenciante se compromete a não exercer os seus direitos de tecnologia contra o licenciado pode também ser encarado como uma transferência de direitos de tecnologia. Na realidade, a essência de uma licença de patente pura é o direito de operar dentro do âmbito do direito exclusivo da patente. Daí resulta que o RICTT também abrange os chamados acordos de não reivindicação, através dos quais o licenciante autoriza o licenciado a produzir no âmbito da patente ([57]).

3.2.3. **Acordos entre duas partes**

(77) Em conformidade com o artigo 1.º, ponto 1, alínea c), do RICTT, a isenção por categoria apenas se aplica aos acordos de transferência de tecnologia «entre duas empresas». Os acordos de transferência de tecnologia celebrados entre mais de duas empresas não são abrangidos pelo RICTT ([58]).

(78) Os acordos concluídos entre duas empresas são abrangidos pelo âmbito do RICTT, mesmo que o acordo inclua disposições relativamente a mais do que um nível da cadeia comercial. Assim, o RICTT é aplicável a um acordo de transferência de tecnologia respeitante não apenas à fase de produção mas também de distribuição que especifique as obrigações que o licenciado deve ou pode impor aos revendedores dos produtos fabricados ao abrigo da licença ([59]).

(79) Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que licenciam a partir de agrupamentos de tecnologias são geralmente acordos multilaterais, pelo que não são abrangidos pelo RICTT ([60]). A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais partes acordam em reunir as suas tecnologias e licenciá-las num pacote. A noção de agrupamento de tecnologias abrange 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 tecnológico.

(80) Os acordos de licenciamento concluídos entre mais de duas empresas suscitam frequentemente as mesmas questões que os acordos de licenciamento da mesma natureza concluídos entre duas empresas. Na sua apreciação individual de acordos de licenciamento que são da mesma natureza que os abrangidos pela isenção por categoria, mas que são concluídos entre mais de duas empresas, a Comissão aplicará por analogia os princípios estabelecidos no RICTT. No entanto, os agrupamentos de tecnologias e o licenciamento a partir de agrupamentos de tecnologias são tratados especificamente na secção 4.4 das presentes Orientações.

3.2.4. **Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais**

(81) O artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT estabelece que, para beneficiar da isenção por categoria, os acordos de transferência de tecnologia têm de ser celebrados com vista ao «fabrico de produtos contratuais», ou seja, produtos que incorporam ou que são fabricados com os direitos da tecnologia licenciada. O acordo deve autorizar o licenciado e/ou os seus subcontratantes a explorar a tecnologia licenciada para o fabrico de bens ou serviços (ver também considerando 7 do RICTT).

([57]) Os termos «licenciamento» ou «licenciado» utilizados nas presentes Orientações incluem também os acordos de não reivindicação, desde que a transferência dos direitos de tecnologia se verifique como descrito na presente secção.

([58]) Nos termos do Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativamente à aplicação do artigo 85.°, n.º 3, do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO 36 de 6.3.1965, p. 533, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/1965/19/oj), a Comissão não dispõe de poderes para isentar por categoria os acordos de transferência de tecnologia concluídos entre mais de duas empresas.

([59]) Ver considerando 6 do RICTT e ainda a secção 3.2.6 das presentes Orientações.

([60]) Para mais informações, ver o ponto (268).

(82) Sempre que o objetivo do acordo não for o fabrico de produtos contratuais, mas, por exemplo, apenas bloquear o desenvolvimento ou a comercialização de uma tecnologia concorrente, o acordo de licenciamento não é abrangido pelo RICTT e as presentes Orientações podem também não ser adequadas para a apreciação do acordo. Mais genericamente, se as partes não explorarem os direitos da tecnologia licenciada, não se verifica qualquer atividade de promoção da eficiência, pelo que não há qualquer razão para a isenção por categoria.

(83) A exploração dos direitos da tecnologia licenciada não tem necessariamente de assumir a forma de uma integração de ativos. Também se verifica exploração quando a licença cria liberdade de conceção para o licenciado, permitindo-lhe explorar a sua própria tecnologia sem se ver confrontado com o risco de alegações de infração por parte do licenciante. No caso de um licenciamento entre concorrentes, o facto de as partes não explorarem a tecnologia licenciada pode indicar que o acordo constitui um cartel disfarçado. Por estas razões, a Comissão examinará muito cuidadosamente os casos de não exploração.

(84) O RICTT é aplicável aos acordos de licenciamento relativos ao fabrico de produtos contratuais pelo licenciado e/ou os seus subcontratantes. Por conseguinte, o RICTT não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia (ou às partes desses acordos) que permitem o sublicenciamento. Todavia, a Comissão aplicará, por analogia, os princípios estabelecidos no RICTT e nas presentes Orientações a «acordos-quadro de licenciamento» entre um licenciante e um licenciado (ou seja, um acordo em que o licenciante autoriza o licenciado a sublicenciar a tecnologia). Os acordos entre o licenciado e os sublicenciados relativos ao fabrico de produtos contratuais são abrangidos pelo RICTT.

(85) A expressão «produtos contratuais» inclui os bens e serviços fabricados com os direitos de tecnologia licenciada. É o que sucede tanto nos casos em que a tecnologia licenciada é utilizada no processo de fabrico como nos 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 os direitos da tecnologia são licenciados com o objetivo de produzir bens e serviços. O quadro do RICTT e as presentes Orientações baseiam-se na premissa de que existe uma relação direta entre os direitos da tecnologia licenciada e um produto contratual. Nos casos em que não existe essa relação, nomeadamente quando o objeto do acordo não é permitir o fabrico de um produto contratual, o quadro analítico previsto no RICTT e as presentes Orientações podem não ser apropriados.

(86) O licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos para efeitos de revenda ou outra forma de distribuição de programas informáticos, quer através de canais físicos quer através de canais digitais ([61]), não é considerada «produção» na aceção do RICTT e, por conseguinte, não é abrangida pelo RICTT nem pelas presentes Orientações. Tal licenciamento é, pelo contrário, coberto por analogia pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais e pelas Orientações relativas às restrições verticais ([62]). Por exemplo, nem o RICTT nem as presentes Orientações abrangem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos quando seja entregue ao licenciado uma cópia digital ou física do programa informático para disponibilizar o programa informático a utilizadores finais. Também não abrangem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos e a distribuição de programas informáticos através de licenças «clickwrap», ou seja, um conjunto de condições apresentadas aos utilizador final durante a instalação do programa informático ou quando do descarregamento em linha que se presume que o utilizador final aceita quando clica no botão «Concordo» ou equivalente antes de prosseguir, nem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos e a distribuição de programas informáticos através de descarregamento em linha ou *streaming*.

(87) No entanto, quando o programa informático licenciado for incorporado pelo licenciado no produto contratual, tal não é considerado como mera revenda, mas sim como produção. Por exemplo, o RICTT e as presentes Orientações abrangem o licenciamento dos direitos de autor relativos a programas informáticos se o licenciado estiver autorizado a utilizar o programa informático incorporando-o num dispositivo com o qual o programa informático interaja. Do mesmo modo, quando o programa informático licenciado é utilizado como contributo para os processos industriais do licenciado ou quando o licenciado acrescenta um valor significativo ao programa informático através da sua modificação ou desenvolvimento, tal é considerado licenciamento para efeitos de produção.

([61]) Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão de 20 de janeiro de 2021 no processo AT.40413 — *Focus Home*.
([62]) Ver nota de rodapé 20.

(88) O RICTT abrange a «subcontratação», através da qual o licenciante licencia os direitos da tecnologia ao licenciado, que se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o licenciante com base nessa tecnologia. A subcontratação pode igualmente incluir o fornecimento, por parte do licenciante, de equipamentos a utilizar para a produção dos bens e serviços abrangidos pelo acordo. Para que este último tipo de subcontratação seja abrangido pelo RICTT, como parte de um acordo de transferência de tecnologia, o equipamento fornecido deve estar diretamente relacionado com o fabrico dos produtos contratuais. A subcontratação é igualmente abrangida pela Comunicação da Comissão relativa aos contratos de fornecimento ([63]). Em conformidade com a referida comunicação, que continua a ser aplicável, os acordos de subcontratação, por força dos quais o subcontratante se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o contratante, não são em geral abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1 do Tratado. Os acordos de subcontratação através dos quais o contratante determina o preço de transferência do produto contratual intermédio entre subcontratantes numa cadeia de valor de subcontratação, regra geral, também não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, desde que os produtos contratuais sejam produzidos exclusivamente para o contratante. Contudo, outras restrições impostas ao subcontratante, como a obrigação de não realizar ou explorar a sua própria investigação e o seu próprio desenvolvimento, podem ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1 ([64]).

(89) O RICTT é igualmente aplicável aos acordos em que o licenciado deve realizar trabalhos de I & D antes de obter um produto ou um processo pronto para exploração comercial, desde que o objeto do acordo seja a produção de um produto contratual identificado, ou seja, um produto fabricado com os direitos da tecnologia licenciada. Se o licenciante for um organismo académico, um instituto de investigação ou uma PME que, em cada caso, não esteja envolvido em atividades de produção, a identificação do produto no acordo de transferência de tecnologia pode ser feita em termos mais gerais.

(90) O RICTT e as presentes Orientações não abrangem acordos em que os direitos de tecnologia são licenciados para permitir ao licenciado continuar a realizar investigação e desenvolvimento em vários domínios, nomeadamente continuar o desenvolvimento de um produto resultante dessa I & D. Se preencherem as condições aí especificadas, esses acordos são abrangidos pelo Regulamento (UE) 2023/1066 da Comissão ([65]) («Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D») e são apreciados no âmbito do capítulo pertinente das Orientações relativas aos acordos horizontais no domínio dos acordos de investigação e desenvolvimento ([66]). Por exemplo, o RICTT e as presentes orientações não incluem a subcontratação de I & D, através da qual o licenciado se compromete a realizar trabalhos de investigação e desenvolvimento no domínio abrangido pela tecnologia licenciada e a devolver o pacote de tecnologia melhorada ao licenciante ([67]). Além disso, o mero licenciamento de um instrumento de investigação tecnológica para utilização noutras atividades de investigação assemelha-se mais aos acordos de I & D do ponto de vista da apreciação nos termos do artigo 101.º do Tratado. Ao apreciar esses acordos, a Comissão aplicará, regra geral, os princípios estabelecidos no Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D e no capítulo das Orientações relativas aos acordos horizontais no domínio dos acordos de investigação e desenvolvimento.

3.2.5. **Duração**

(91) A isenção por categoria é aplicável enquanto o direito de tecnologia licenciado não se tiver extinguido, não tiver chegado ao seu termo ou não tiver sido declarado inválido. No caso do saber-fazer, a isenção por categoria aplica-se enquanto ele permanecer secreto, e deixa de se aplicar quando o saber-fazer perde o seu sigilo, salvo se for divulgado publicamente em resultado de uma ação do licenciado, caso em que a isenção é aplicável durante o período de vigência do acordo (ver artigo 2.º, n.º 2, do RICTT).

([63]) Comunicação da Comissão, de 18 de dezembro de 1978, relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (JO C 1 de 3.1.1979, p. 2).

([64]) Ver ponto 3 da Comunicação da Comissão relativa aos contratos de fornecimento citada na nota de rodapé 63.

([65]) Regulamento (UE) 2023/1066 da Comissão, de 1 de junho de 2023, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento (JO L 143 de 2.6.2023, p. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1066/oj). Ver também a secção 3.2.6.1 das presentes Orientações.

([66]) Ver pontos 51 e seguintes das Orientações relativas aos acordos horizontais.

([67]) Contudo, este último exemplo é abrangido pelo Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D citado na nota de rodapé 65; ver igualmente a secção 3.2.6.1 das Orientações.

(92) A isenção por categoria é aplicável a cada direito de tecnologia licenciado abrangido pelo acordo e deixa de ser aplicável na data de cessação, nulidade ou entrada no domínio público do último direito da tecnologia na aceção do RICTT.

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

(93) O RICTT abrange os acordos entre duas empresas relativos ao licenciamento dos direitos de tecnologia tendo em vista o fabrico de produtos contratuais. Contudo, os direitos de tecnologia podem constituir igualmente um elemento de outros tipos de acordos. Além disso, os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são seguidamente vendidos no mercado. Por conseguinte, é necessário examinar as relações entre o RICTT e o Regulamento (UE) 2023/1067 da Comissão ([68]) («Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização»), o Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D ([69]) e o Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais ([70]).

3.2.6.1. *Regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e aos acordos de I & D*

(94) Nos termos do artigo 9.º do RICTT, o RICTT não é aplicável ao licenciamento no contexto dos acordos de especialização abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização nem ao licenciamento no contexto de acordos de I & D abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D.

(95) Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização, esse regulamento abrange os acordos de especialização, em que uma ou mais partes acordam em deixar de produzir determinados produtos e adquiri-los a outra parte, bem como os acordos de produção conjunta, em que duas ou mais partes acordam em produzir determinados produtos em conjunto. Esse regulamento é igualmente aplicável às disposições relativas à cessão ou à utilização de direitos de propriedade intelectual, desde que estes não constituam o objeto principal do acordo, mas estejam diretamente associados e sejam necessários à sua aplicação.

(96) Quando empresas criam uma empresa comum de produção e concedem a esta empresa comum a licença de uma tecnologia utilizada para fins de produção, este licenciamento está abrangido pelo Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização e não pelo RICTT. Contudo, quando a empresa comum procede ao licenciamento da tecnologia a terceiros, a atividade não está associada à produção de produtos pela empresa comum, não sendo, por conseguinte, abrangida pelo Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização. Tais acordos de licenciamento que permitem reunir as tecnologias das partes constituem agrupamentos de tecnologias e são abordados na secção 4.4 das presentes Orientações.

(97) O Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D abrange acordos entre duas ou mais empresas relativos a I & D em conjunto ou contra remuneração e à exploração conjunta dos respetivos resultados. Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, ponto 10, desse regulamento, a I & D e a exploração dos respetivos resultados são efetuados em comum, quando as tarefas a eles relativas são executadas por uma equipa, uma organização ou uma empresa comuns, confiadas em comum a um terceiro ou repartidas entre as partes em função de uma especialização no contexto da I & D ou especialização no contexto da exploração (que inclui a produção e a distribuição, e também o licenciamento).

(98) Daqui resulta que o Regulamento de isenção por categoria relativo à I & D abrange o licenciamento entre as partes e pelas partes a uma entidade comum no âmbito de um acordo de I & D, e que esse licenciamento não é abrangido pelo RICTT. No âmbito de tais acordos, as partes podem igualmente determinar as condições para o licenciamento a terceiros dos resultados da I & D em conjunto ou contra remuneração. Contudo, como os terceiros licenciados não são parte no acordo de investigação e desenvolvimento, os acordos de licenciamento individual celebrados com terceiros não são abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de I & D. Esses acordos de licenciamento podem beneficiar da isenção por categoria no RICTT se as condições do mesmo forem preenchidas.

([68]) Regulamento (UE) 2023/1067 da Comissão, de 1 de junho de 2023, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização (JO L 143 de 2.6.2023, p. 20, ELI http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1067/oj).

([69]) Ver nota de rodapé 65.

([70]) Ver nota de rodapé 47.

3.2.6.2. *Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais*

(99) O Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais ([71]) aplica-se aos acordos celebrados entre duas ou mais empresas, cada uma das quais opera, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou 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 distribuição.

(100) Uma vez que o RICTT só abrange os acordos celebrados entre duas partes e sendo o licenciado, que vende produtos que incluam a tecnologia licenciada, um fornecedor para efeitos da aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, esses dois regulamentos de isenção por categoria estão estreitamente associados. Os acordos de transferência de tecnologia celebrados entre um licenciante e um licenciado são abrangidos pelo RICTT, enquanto os acordos celebrados entre um licenciado e os compradores dos produtos contratuais são abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais.

(101) O RICTT isenta também os acordos entre o licenciante e o licenciado quando impõem obrigações ao licenciado quanto à forma como deve vender os produtos que incorporam a tecnologia licenciada. O licenciante pode, nomeadamente, obrigar o licenciado a criar um determinado tipo de sistema de distribuição, por exemplo uma distribuição exclusiva ou seletiva. Contudo, os acordos de distribuição celebrados para efeitos de aplicação deste tipo de obrigações só estão abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais. Por exemplo, o licenciante pode obrigar o licenciado a estabelecer um sistema de distribuição exclusiva para vender os produtos contratuais. Contudo, para beneficiar do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, o licenciado deve, em princípio, assegurar que os seus distribuidores continuam a ser livres de efetuar vendas passivas em territórios atribuídos a outros distribuidores exclusivos designados pelo licenciado ([72]).

(102) Além disso, para tirar partido do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, os distribuidores devem, em princípio, dispor da liberdade de vender, tanto ativa como passivamente, nos territórios abrangidos pelos sistemas de distribuição de outros fornecedores, ou seja, outros licenciados que produzam os seus próprios produtos com base nos direitos de tecnologia licenciados. Tal acontece porque, para efeitos da aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, cada licenciado constitui um fornecedor distinto. Todavia, os motivos subjacentes à concessão da isenção por categoria de restrições de vendas ativas num sistema de distribuição do fornecedor previstos nesse regulamento podem igualmente ser válidos quando os produtos que incluem a tecnologia licenciada são vendidos por diferentes licenciados sob uma marca comum pertencente ao licenciante. Quando esses produtos são vendidos sob uma marca comum, pode ser desejável, pelas mesmas razões de eficiência, 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, se estiverem cumpridas as condições enunciadas no Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais. Para que exista uma identidade de marca comum, os produtos devem ser vendidos e comercializados sob uma marca comum, capaz de transmitir as noções de qualidade e outras informações pertinentes aos consumidores. Não basta que o produto, para além das marcas dos licenciados, tenha também a marca do licenciante, que identifica este último como fonte da tecnologia licenciada.

3.3. ***Limiares de quota de mercado do RICTT***

(103) A zona de segurança legal prevista pelo RICTT está sujeita a limiares de quota de mercado, que limitam o âmbito da isenção por categoria aos acordos que, de um modo geral, se presume preencherem as condições do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. O facto de um acordo de transferência de tecnologia não estar abrangido pela zona de segurança por as quotas de mercado das partes ultrapassarem os limiares não cria qualquer presunção de que o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, nem de que não satisfaz as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3. Esses acordos exigem uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º.

([71]) Ver nota de rodapé 47.

([72]) Ver artigo 4.º, alíneas b), c) e d), do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais.

3.3.1. **Limiares de quota de mercado**

(104) O limiar de quota de mercado a aplicar para efeitos da zona de segurança do RICTT depende do facto de o acordo ser concluído entre concorrentes ou não concorrentes.

(105) Os limiares de quota de mercado são aplicáveis tanto aos mercados relevantes dos direitos de tecnologia licenciados como aos mercados relevantes dos produtos contratuais. Se a quota de mercado detida ultrapassar o limiar aplicável num ou em vários mercados do produto e da tecnologia, o acordo não poderá beneficiar da isenção por categoria nesses mercados relevantes. Por exemplo, se o acordo de transferência de tecnologia disser respeito a dois mercados do produto distintos, a isenção por categoria pode ser aplicável a um dos mercados e não ao outro.

(106) Em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, do RICTT, a zona de segurança prevista no artigo 2.º do RICTT é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes na condição de a quota de mercado combinada das partes não exceder 20 % em qualquer mercado relevante. O limiar de quota de mercado do artigo 3.º, n.º 1, do RICTT é aplicável se as partes forem concorrentes reais ou concorrentes potenciais nos mercados do produto ou concorrentes reais no mercado da tecnologia ou ambos (para a distinção entre concorrentes e não concorrentes, ver secção 2.2.5. das presentes Orientações).

(107) A concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tida em conta para a aplicação dos limiares de quota de mercado ou da lista de restrições graves relacionada com acordos entre concorrentes. Fora da zona de segurança do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia é tida em conta.

(108) Quando as empresas parte no acordo de transferência de tecnologia não forem concorrentes, é aplicável o limiar de quota de mercado estabelecido no artigo 3.º, n.º 2, do RICTT. Esta disposição prevê que a isenção por categoria seja aplicável se a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapassar 30 % nos mercados relevantes da tecnologia e do produto afetados.

(109) Se posteriormente as partes se tornarem concorrentes na aceção do artigo 3.º, n.º 1, do RICTT, por exemplo, quando o licenciado já se encontrava presente, antes do licenciamento, no mercado do produto relevante em que os produtos contratuais são vendidos e mais tarde o licenciante se converter num fornecedor real ou potencial no mesmo mercado relevante, o limiar de quota de mercado de 20 % será aplicável a partir desse momento posterior em que passaram a ser concorrentes. Contudo, nesse caso, a lista de restrições graves aplicáveis aos acordos entre não concorrentes continuará a ser aplicada ao acordo durante toda a sua vigência, salvo se o acordo for subsequentemente alterado nalgum aspeto importante (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT e o ponto (51) das presentes Orientações).

3.3.2. **Cálculo das quotas de mercado para os mercados da tecnologia no âmbito do RICTT**

(110) O artigo 8.º, alínea d), do RICTT especifica o método que deve ser utilizado para calcular as quotas de mercado nos mercados de tecnologia relevantes para efeitos da aplicação do RICTT. Segundo este método, a quota de mercado de uma parte ativa como licenciante no mercado de uma tecnologia relevante é calculada com base na presença dos direitos de tecnologia dessa parte no(s) mercado(s) relevante(s) [ou seja, o(s) mercado(s) do(s) produto(s) e o(s) mercado(s) geográfico(s)] em que os produtos contratuais são vendidos. Em especial, as vendas combinadas dessa parte e dos seus licenciados de produtos que incorporem os direitos de tecnologia dessa parte são calculadas como percentagem de todas as vendas de produtos concorrentes, independentemente de esses produtos concorrentes serem produzidos com uma tecnologia que esteja a ser licenciada. Este método é aplicado para calcular as quotas de mercado tanto do licenciante como do licenciado nos casos em que o próprio licenciado atua como licenciante no mercado da tecnologia relevante.

(111) Esta abordagem para calcular as quotas de mercado das partes no mercado da tecnologia relevante, com base na sua «marca» ao nível do produto, foi escolhida devido às dificuldades práticas em calcular as quotas de mercado nos mercados de tecnologia utilizando as receitas das *royalties* (ver ponto (40)). Para além da dificuldade geral de obtenção de dados fiáveis sobre os rendimentos de *royalties*, os rendimentos de *royalties* efetivos podem também subestimar significativamente a posição da tecnologia no mercado no caso de os pagamentos de royalties serem reduzidos em resultado de um licenciamento cruzado ou do fornecimento de produtos subordinados. Basear o cálculo das quotas de mercado no mercado da tecnologia nos produtos produzidos com a tecnologia relevante não acarreta esse risco. Em geral, tal «marca» ao nível do produto refletirá bem a posição de mercado da tecnologia.

(112) Decorre do artigo 3.º e do artigo 8.º, alínea d), do RICTT que, se a tecnologia licenciada não tiver gerado vendas de produtos contratuais no ano civil anterior, por exemplo porque a tecnologia é nova e os produtos que incorporam a tecnologia ainda não foram comercializados, considera-se que a tecnologia, para efeitos da aplicação do RICTT, tem uma quota de mercado igual a zero para esse ano civil.

(113) Idealmente, os produtos produzidos com recurso a tecnologias internas que não sejam objeto de um licenciamento seriam excluídos do mercado do produto para efeitos de cálculo da «marca», uma vez que essas tecnologias internas constituem apenas uma restrição indireta sobre a tecnologia licenciada. No entanto, dado que, na prática, pode ser difícil para o licenciante e para os licenciados saberem se outros produtos, no mesmo mercado do produto, são produzidos com tecnologias licenciadas ou tecnologias internas, o cálculo da quota de mercado da tecnologia, para efeitos de aplicação do RICTT, é baseado nos produtos produzidos com a tecnologia licenciada como quota de todos os produtos vendidos nesse mercado do produto. É provável que esta abordagem reduza a quota de mercado calculada ao incluir os produtos produzidos com tecnologias internas, mas, de um modo geral, constitui um bom indicador da posição no mercado da tecnologia licenciada. Em primeiro lugar, capta qualquer concorrência potencial de empresas que produzem com a sua própria tecnologia e que são suscetíveis de iniciar o licenciamento em caso de deterioração das condições de fornecimento da tecnologia do licenciante em relação às de outras tecnologias (por exemplo, um pequeno mas permanente aumento das taxas de licença cobradas pelo licenciante). Em segundo lugar, mesmo que seja pouco provável que outros titulares da tecnologia comecem a licenciá-la, o licenciante não tem necessariamente poder de mercado no mercado da tecnologia, ainda que possua uma parte elevada das receitas de licenciamento. Se o mercado do produto a jusante for competitivo, a concorrência a esse nível pode de facto limitar o licenciante. Um aumento das *royalties* a montante afeta os custos do licenciado, tornando-o menos competitivo e podendo fazer-lhe perder vendas. A quota de mercado detida por uma tecnologia no mercado do produto reflete igualmente este elemento e constitui, por conseguinte, de uma forma geral, um bom indicador do poder de mercado do licenciante no mercado da tecnologia.

(114) Para apreciar a posição de mercado da tecnologia licenciada, a dimensão geográfica do mercado da tecnologia deve também ser tida em conta, sendo que, por vezes, esta pode diferir da dimensão geográfica do respetivo mercado do produto a jusante. Para efeitos de aplicação do RICTT, a dimensão geográfica do mercado da tecnologia relevante é também determinada pelos mercados do produto. No entanto, fora da zona de segurança do RICTT, pode revelar-se oportuno considerar também uma possível área geográfica mais vasta, em que o licenciante e os licenciados de tecnologias concorrentes têm atividade, em que as condições da concorrência sejam suficientemente homogéneas e possam distinguir-se de áreas vizinhas devido ao facto de as condições de concorrência serem sensivelmente diferentes nessas áreas.

(115) Se a(s) quota(s) de mercado aumentar(em) acima do limiar aplicável de 20 % ou 30 % durante a vigência do acordo, a zona de segurança continua a aplicar-se durante um período de três anos civis consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar foi ultrapassado [ver artigo 8.º, alínea e), do RICTT].

Cálculo das quotas de mercado para os mercados do produto no âmbito do RICTT

(116) No que respeita aos mercados relevantes em que os produtos contratuais são vendidos, a quota de mercado do licenciado deve ser calculada com base nas vendas por ele efetuadas dos produtos que incorporam a tecnologia do licenciante e nas vendas dos produtos concorrentes, ou seja, as vendas totais do licenciado no mercado do produto em causa. Quando o licenciante é igualmente fornecedor de produtos no mercado relevante, as suas vendas no mercado do produto relevante devem igualmente ser tomadas em consideração. As vendas efetuadas por outros licenciados não são tidas em conta para efeitos do cálculo da quota de mercado do licenciado ou do licenciante no(s) mercado(s) do produto relevante(s).

(117) As quotas de mercado devem ser calculadas com base nos dados relativos ao valor das vendas do ano civil anterior, quando esses dados estiverem disponíveis. Dão normalmente uma indicação mais exata da relevância de uma tecnologia do que os dados relativos ao volume de vendas. Contudo, se esses dados não estiverem disponíveis, é possível utilizar estimativas que se baseiem noutras informações fiáveis do mercado, incluindo os dados relativos aos volumes de vendas. Em geral, as quotas de mercado são calculadas utilizando os dados das vendas relativos ao ano civil anterior. Contudo, nos casos em que os dados das vendas relativos ao ano civil anterior não são representativos da posição das partes no(s) mercado(s) relevante(s), as quotas de mercado devem ser calculadas como a média das quotas de mercado das partes nos três anos civis anteriores [ver artigo 8.º, alínea b), do RICTT] ([73]).

([73]) Ver também o ponto 95 das Orientações relativas aos acordos horizontais.

(118) Os princípios definidos na presente secção 3.3 podem ser ilustrados pelos seguintes exemplos:

Exemplos relativos ao licenciamento 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 atividades como produtor de Xeran, porque não dispõe de instalações de produção nem de distribuição para tal. A empresa B é um dos produtores de produtos concorrentes, recorrendo a tecnologias não protegidas livremente disponíveis. No ano 1, B vendeu produtos no valor de 25 milhões de EUR, produzidos com as tecnologias livremente disponíveis. No ano 2, A concede a B uma licença para a produção de Xeran. Nesse ano, B vende produtos no valor de 15 milhões de EUR com recurso às tecnologias livremente disponíveis e vende Xeran no valor de 15 milhões de EUR. No ano 3 e nos anos seguintes, B produz e vende apenas Xeran no valor de 40 milhões de EUR por ano. Para além disso, no ano 2, A licencia a C também. C não desenvolvia anteriormente quaisquer atividades nesse mercado do produto. C produz e vende apenas Xeran: 10 milhões de EUR no ano 2 e 15 milhões de EUR no ano 3 e seguintes. O mercado total de Xeran e dos seus substitutos, em que B e C desenvolvem as suas atividades, tem um valor anual de 200 milhões de EUR.

No ano 2, ano em que foram concluídos acordos de licenciamento, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 0 %, uma vez que, para efeitos da aplicação do RICTT, a sua quota de mercado deve ser calculada com base nas vendas totais de Xeran realizadas no ano anterior. No ano 3, a quota de A no mercado da tecnologia é de 12,5 %, refletindo o valor de Xeran produzido por B e C no anterior ano 2. No ano 4 e seguintes, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 27,5 %, refletindo o valor de Xeran produzido por B e C no ano anterior.

No ano 2, a quota de B no mercado do produto é de 12,5 %, refletindo as vendas de 25 milhões de EUR de B no ano 1. No ano 3, a quota de mercado de B é de 15 %, uma vez que as suas vendas aumentaram para 30 milhões de EUR no ano 2. No ano 4 e seguintes, a quota de mercado de B é de 20 %, uma vez que as suas vendas se elevaram a 40 milhões de EUR por ano. A quota de C no mercado do produto é de 0 % no ano 1 e no ano 2, de 5 % no ano 3 e de 7,5 % posteriormente.

Dado que os acordos de licenciamento entre A e B, e entre A e C, são acordos entre não concorrentes e que as quotas de mercado individuais de A, B e C são inferiores a 30 % por ano, cada um dos acordos é abrangido 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. Está estabelecido que o mercado total de Xeran e dos seus substitutos tem um valor anual de 100 milhões de EUR em cada mercado geográfico.

Neste caso, a quota de mercado de A nos mercados de tecnologia relevantes deve ser calculada com base nos dados relativos às vendas de produtos de cada um dos dois mercados do produto geográficos, separadamente. No mercado em que B está ativo, a parte de mercado de A depende da venda de Xeran por B. Como neste exemplo se pressupõe que o mercado total é de 100 milhões de EUR, ou seja, metade da dimensão do mercado do exemplo 1, a parte de mercado de A é de 0 % no ano 2, de 15 % no ano 3 e de 40 % em seguida. A quota de mercado de B é de 25 % no ano 2, de 30 % no ano 3 e de 40 % posteriormente. Nos anos 2 e 3, as quotas de mercado individuais de A e B não excedem o limiar de 30 %. No entanto, o limiar é excedido a partir do ano 4 e isto significa que, nos termos do disposto no artigo 8.º, alínea e), do RICTT, após o ano 7, o acordo de licenciamento 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 atividades, a quota de mercado de A depende das vendas de Xeran por C. A quota de mercado de A no mercado da tecnologia, com base nas vendas de C no ano anterior, é, por conseguinte, de 0 % no ano 2, de 10 % no ano 3 e de 15 % posteriormente. A quota de C no mercado do produto é a mesma: de 0 % no ano 2, de 10 % no ano 3 e de 15 % posteriormente. O acordo de licenciamento entre A e C é, por conseguinte, abrangido pela zona de segurança durante todo o seu período de vigência.

Exemplos relativos ao licenciamento entre concorrentes

Exemplo 3

As empresas A e B desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto e geográfico relevantes no tocante a um determinado produto químico. Também são ambas titulares de uma patente no que respeita às diferentes tecnologias utilizadas para a produção desse produto. No ano 1, A e B assinam um acordo de licenças cruzadas pelo qual cada uma das empresas concede à outra o direito de utilizar as suas tecnologias respetivas. No ano 1, A e B utilizam apenas a sua própria tecnologia na sua produção e A vende produtos no valor de 15 milhões de EUR e B de 20 milhões de EUR. A partir do ano 2, 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. A partir do ano 2, B vende 15 milhões de EUR do produto produzido com a sua própria tecnologia e 10 milhões de EUR do produto produzido com a tecnologia de A. O mercado total do produto e dos seus substitutos tem um valor anual de 100 milhões de EUR.

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 produzido por A e B com a tecnologia de A. 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 2, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é, por conseguinte, de 15 %, refletindo a sua própria produção e vendas de 15 milhões de EUR no ano 1. A partir do ano 3, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 20 %, refletindo as vendas no valor de 20 milhões de EUR do produto fabricado com a tecnologia de A e fabricado e vendido por A e B (10 milhões de EUR cada). Do mesmo modo, a quota de mercado de B no mercado da tecnologia é de 20 % no ano 2 e de 25 % posteriormente.

As quotas de mercado de A e B no mercado do produto dependem das suas vendas respetivas do produto no ano anterior, independentemente da tecnologia utilizada. A quota de mercado de A no mercado do produto é de 15 % no ano 2 e de 20 % posteriormente. A quota de mercado de B no mercado do produto é de 20 % no ano 2 e de 25 % posteriormente.

Como se trata de um acordo entre concorrentes, a sua quota de mercado combinada, nos mercados da tecnologia e do produto, tem de ser inferior ao limiar de quota de mercado de 20 %, a fim de beneficiar da zona de segurança do RICTT. É evidente que tal não sucede neste caso. A quota de mercado combinada das partes nos mercados da tecnologia e do produto é de 35 % no ano 2 e de 45 % posteriormente. Este acordo entre concorrentes deve, por conseguinte, ser apreciado numa base individual.

3.4. *Restrições graves no âmbito do RICTT*

3.4.1. **Princípios gerais**

(119) O artigo 4.º do RICTT inclui uma lista de restrições graves. Trata-se de restrições graves da concorrência que, na maioria dos casos, devem ser proibidas devido aos danos que causam aos consumidores. Em casos excecionais, as restrições graves podem não ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado se forem objetivamente necessárias para a celebração de um acordo de transferência de tecnologia ([74]) ou por razões de segurança ou de saúde relacionadas com a natureza perigosa do produto em questão. Esta exclusão do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, só pode efetuar-se com base em fatores objetivos externos às próprias partes e não com base nas opiniões subjetivas e características das partes. A questão não é saber se as partes, na sua situação específica, não teriam aceitado concluir um acordo menos restritivo, mas sim determinar se, num contexto semelhante, dada a natureza do acordo e as características do mercado, não teria sido concluído um acordo menos restritivo entre empresas.

(120) Decorre do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do RICTT que, se um acordo de transferência de tecnologia inclui uma restrição grave da concorrência, o acordo no seu conjunto não pode beneficiar da isenção por categoria. Além disso, a Comissão considera que, no âmbito de uma apreciação individual, não é provável que restrições graves satisfaçam as quatro condições do artigo 101.º, n.º 3 do Tratado.

([74]) Ver o ponto 18 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, do Tratado, citadas na nota de rodapé 9.

(121) O artigo 4.º do RICTT estabelece uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.

3.4.2. **Acordos entre concorrentes**

(122) O artigo 4.º, n.º 1, do RICTT enumera as restrições graves relativas aos acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes. O artigo 4.º, n.º 1, prevê que a isenção por categoria não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, de forma separada ou em conjugação com outros fatores sob o controlo das partes, tiverem por objeto:

(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, exceto as limitações da produção dos produtos contratuais impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou impostas a apenas um dos licenciados num acordo recíproco;

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

i) a obrigação imposta ao licenciante e/ou ao licenciado, num acordo não recíproco, de não produzir com os direitos de tecnologia licenciados no território exclusivo reservado à outra parte e/ou de não vender os produtos contratuais, ativa e/ou passivamente, no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte,

ii) a restrição, num acordo não recíproco, de vendas ativas dos produtos contratuais pelo licenciado no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes atribuído pelo licenciante a um outro licenciado, desde que este último não fosse uma empresa concorrente do licenciante no momento da conclusão da sua própria licença,

iii) a obrigação imposta ao licenciado de fabricar os produtos contratuais apenas para utilização própria, desde que o licenciado não seja limitado na venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos,

iv) a obrigação imposta ao licenciado, num acordo não recíproco, de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente;

(d) A restrição da capacidade do licenciado para explorar os seus próprios direitos de tecnologia ou a restrição da capacidade de qualquer das partes no acordo realizar I & D, exceto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

Distinção entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos entre concorrentes

(123) Em relação a certas restrições graves, o RICTT estabelece uma distinção entre acordos recíprocos e não recíprocos. A lista de restrições graves é mais estrita para os acordos recíprocos entre concorrentes do que para os acordos não recíprocos entre concorrentes. Os acordos recíprocos são acordos de licenciamento cruzado em que as tecnologias licenciadas são tecnologias concorrentes ou podem ser utilizadas para o fabrico de produtos concorrentes. Um acordo não recíproco é um acordo em que apenas uma das partes licencia os seus direitos da tecnologia à outra parte ou em que, no caso de licenciamento cruzado, os direitos de tecnologia licenciados não são tecnologias concorrentes e os direitos de tecnologia licenciados não podem ser utilizados para o fabrico de produtos concorrentes. Um acordo não é recíproco para efeitos do RICTT pelo simples facto de incluir uma obrigação de retrocessão ou de o licenciado retroceder sob licença os seus próprios melhoramentos da tecnologia licenciada. Sempre que um acordo não recíproco se tornar posteriormente um acordo recíproco devido à conclusão de uma segunda licença entre as mesmas partes, estas partes podem ter de reexaminar a primeira licença a fim de evitar que o acordo contenha uma restrição grave. Aquando da sua apreciação destes casos, a Comissão tomará em consideração o período de tempo decorrido entre a conclusão da primeira e da segunda licença.

Restrições de preços entre concorrentes

(124) A restrição grave constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RICTT diz respeito aos acordos entre concorrentes que têm por objeto a fixação de preços dos produtos vendidos a terceiros, incluindo os produtos que incorporam a tecnologia licenciada. A fixação dos preços entre concorrentes constitui, regra geral, uma restrição da concorrência pelo seu próprio objetivo. A fixação de preços pode assumir a forma de um acordo relativo aos preços exatos a faturar ou de uma tabela de preços com certas reduções máximas autorizadas. É irrelevante se o acordo diz respeito a preços fixos, mínimos, máximos ou recomendados. Pode igualmente praticar-se a fixação de preços de forma indireta, utilizando meios para incentivar as empresas a não se afastarem do nível de preços acordado, por exemplo prevendo que o montante da *royalty* aumentará se os preços dos produtos diminuírem abaixo de um determinado nível. Contudo, uma obrigação imposta ao licenciado de pagar uma certa *royalty* mínima não equivale por si mesma a uma fixação de preço.

(125) Se as *royalties* forem calculadas com base nas vendas dos produtos individuais, o seu montante tem uma incidência direta sobre o custo marginal do produto e por isso sobre o seu preço ([75]). Por conseguinte, os concorrentes podem utilizar o licenciamento cruzado com *royalties* recíprocas como meio para coordenarem e/ou aumentarem os preços nos mercados do produto a jusante ([76]). Contudo, a Comissão só tratará as licenças cruzadas com *royalties* recíprocas como meio de fixar os preços em circunstâncias específicas, como, por exemplo, quando o acordo prevê o pagamento de *royalties*, independentemente de a tecnologia ser efetivamente utilizada, ou quando o acordo é desprovido de qualquer objetivo pró-concorrencial e, por conseguinte, não constitui um acordo de licenciamento de boa-fé.

(126) A restrição grave mencionada no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RICTT abrange igualmente os acordos em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto, independentemente do facto de a tecnologia licenciada ter ou não sido utilizada. Tais acordos são igualmente abrangidos pela restrição grave estabelecida no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), do RICTT, relativa às restrições da capacidade do licenciado para utilizar os seus próprios direitos de tecnologia (ver ponto (141) das presentes Orientações). Em geral, esses acordos restringem a concorrência, na medida em que aumentam, para o licenciado, o custo de utilização dos seus próprios direitos da tecnologia concorrente e restringem a concorrência que existiria na ausência do acordo ([77]). Tal é válido tanto para os acordos recíprocos como para os não recíprocos.

(127) Contudo, o acordo em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto pode excecionalmente satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado em casos individuais quando for possível concluir, com base em fatores objetivos, que a restrição é indispensável para que ocorra um licenciamento pró-concorrencial. Tal pode acontecer quando, na ausência da restrição, fosse impossível ou excessivamente difícil calcular e monitorizar 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 monitorização viáveis.

Restrições da produção entre concorrentes

(128) A restrição grave constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT diz respeito a restrições recíprocas da produção impostas às partes. Uma restrição da produção é uma limitação da quantidade que uma parte pode produzir e vender. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), não se aplica a limitações da produção impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou a limitações da produção impostas a um dos licenciados num acordo recíproco, desde que a limitação da produção diga apenas respeito aos produtos fabricados com a tecnologia licenciada. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), identifica, assim, como graves as restrições da produção recíprocas e as restrições da produção impostas ao licenciante no que se refere à sua própria tecnologia. Quando os concorrentes acordam em impor limitações da produção recíprocas, o objetivo e eventual efeito do acordo consiste em reduzir a produção no mercado. O mesmo acontece em acordos que reduzem o incentivo de as partes expandirem a produção, por exemplo, aplicando *royalties* recíprocas por unidade que aumentam à medida que aumenta a produção ou obrigando cada parte a efetuar pagamentos à outra se for ultrapassado um certo nível de produção.

([75]) Ver a este respeito o ponto 98 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 9.

([76]) É o que sucede igualmente quando uma parte concede uma licença à outra parte e aceita comprar um *input* material ao licenciado. O preço de compra pode então ter a mesma função da *royalty*.

([77]) Ver acórdão do Tribunal de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International*, C-193/83, ECLI:EU:C:1986:75, n.º 67.

(129) O tratamento mais favorável das limitações quantitativas não recíprocas baseia-se na consideração de que uma restrição unidirecional não conduz necessariamente a uma produção inferior no mercado, embora o risco de o acordo não ser um acordo de licenciamento autêntico também seja menor no caso de uma restrição não recíproca. Quando um licenciado está disposto a aceitar uma restrição unidirecional, é provável que o acordo dê origem a uma integração real de tecnologias complementares ou a ganhos de eficiência que favorecem uma maior integração da tecnologia superior do licenciante com os ativos de produção do licenciado. De igual modo, num acordo recíproco, uma limitação da produção imposta a apenas um dos licenciados pode refletir o valor superior da tecnologia licenciada por uma das partes e pode servir para promover o licenciamento pró-concorrencial.

Repartição de mercados e de clientes entre concorrentes

(130) A restrição grave estabelecida no artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT diz respeito à repartição dos mercados e dos clientes. Os acordos através dos quais os concorrentes partilham entre si mercados e clientes têm por objetivo restringir a concorrência. Um acordo em que os concorrentes, num acordo recíproco, acordam em não produzir em certos territórios ou em não vender, tanto ativa como passivamente ou ambos, em certos territórios ou a certos clientes reservados à outra parte, é uma restrição grave. Assim, por exemplo, um licenciamento exclusivo recíproco entre concorrentes é considerado como uma partilha de mercado.

(131) O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT é aplicável independentemente do facto de o licenciado continuar a poder utilizar os seus próprios direitos de tecnologia. Após o licenciado se ter equipado para utilizar a tecnologia do licenciante a fim de fabricar um determinado produto, pode ser dispendioso manter uma linha de produção separada utilizando uma outra tecnologia a fim de servir clientes que não são afetados pelas restrições. Além disso, tendo em conta o potencial anticoncorrencial das restrições, o licenciado pode ter pouco incentivo para produzir utilizando a sua própria tecnologia. É também muito pouco provável que tais restrições sejam indispensáveis para que o licenciamento seja pró-concorrencial.

(132) Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), do RICTT num acordo não recíproco não é considerada restrição grave para o licenciante a concessão ao licenciado de uma licença exclusiva para fabricar com base na tecnologia licenciada num determinado território, acordando desta forma em não fabricar ele próprio os produtos contratuais nem fornecer os produtos contratuais a partir desse território. Essas licenças exclusivas são objeto de uma isenção por categoria independentemente do âmbito do território. Se a licença for a nível mundial, a exclusividade implica que o licenciante se absterá de entrar ou de permanecer no mercado. A isenção por categoria é igualmente aplicável se o licenciado num acordo não recíproco não for autorizado a produzir num território exclusivo reservado ao licenciante. O objetivo desses acordos pode ser dar ao licenciante, ao licenciado ou a ambos um incentivo para investir na tecnologia licenciada e desenvolver a mesma. O objeto do acordo não é, por conseguinte, necessariamente partilhar mercados.

(133) Nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), do RICTT e pelas mesmas razões, a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos não recíprocos através dos quais as partes estabelecem não proceder a vendas ativas ou passivas dos produtos contratuais num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte ([78]). As vendas «ativas» e «passivas» encontram-se definidas no artigo 1.º do RICTT ([79]). As restrições à capacidade do licenciado ou licenciante de vender ativamente, passivamente ou de ambas as formas no território ou ao grupo de clientes da outra parte só são objeto de isenção por categoria se esse território ou grupo de clientes tiver sido exclusivamente reservado a essa outra parte. Contudo, em certas circunstâncias

([78]) Em determinadas circunstâncias, as restrições de vendas passivas pelo licenciamento ou licenciados a utilizadores finais podem ser nulas nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2018, que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes no mercado interno, e que altera os Regulamentos (CE) n.º 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE (JO L 60 I de 2.3.2018, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2018/302/oj) («Regulamento Bloqueio Geográfico»).

([79]) Para mais orientações sobre os conceitos de vendas «ativas» e «passivas», ver pontos 211 a 215 das Orientações relativas às restrições verticais.

específicas, os acordos que prevejam tais restrições de vendas podem, em determinados casos, satisfazer também as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado se a exclusividade for partilhada numa base *ad hoc*, quando, por exemplo, for necessário fazer face a uma escassez temporária na produção do licenciante ou do licenciado a que foi exclusivamente atribuído o território ou grupo de clientes. Em tais casos, o licenciante ou o licenciado é ainda suscetível de ser suficientemente protegido contra vendas ativas ou passivas, ou ambas, para ter o incentivo de licenciar a sua tecnologia ou de investir na produção utilizando a tecnologia licenciada. Tais restrições, mesmo no caso de restringirem a concorrência, promoveriam a divulgação pró-concorrencial e a integração dessa tecnologia nos ativos de produção do licenciado.

(134) Daí decorre que o facto de o licenciante nomear o licenciado como seu único licenciado num determinado território, o que implica que não serão concedidas licenças a terceiros para produzir a partir da tecnologia do licenciante no território em questão, também não constitui uma restrição grave. No caso dessas licenças únicas, a isenção por categoria será aplicável independentemente de o acordo ser recíproco ou não, dado que o acordo não impede as partes de explorarem plenamente os seus próprios direitos da tecnologia nos seus territórios respetivos.

(135) O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea ii), do RICTT exclui da lista de restrições graves, concedendo assim uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado, as restrições num acordo não recíproco impostas às vendas ativas de produtos contratuais realizadas por um licenciado no território ou a um grupo de clientes atribuídos pelo licenciante a um outro licenciado. No entanto, tal pressupõe que o licenciado protegido não tenha sido um concorrente do licenciante aquando da conclusão do acordo. Não está garantido que tais restrições sejam tratadas nessa situação como restrições graves. Ao permitir que o licenciante conceda a um licenciado, que não se encontrava ainda no mercado relevante, proteção contra vendas ativas por parte de licenciados que são concorrentes do licenciante e que por essa razão já estavam estabelecidos no mercado, tais restrições podem induzir o licenciado a explorar a tecnologia licenciada de forma mais eficaz. Por outro lado, se os licenciados tiverem acordado entre si em não vender ativa ou passivamente em determinados territórios ou a certos grupos de clientes, o acordo equivaleria a um cartel entre os licenciados. Dado que não implica qualquer transferência de tecnologia, um tal acordo não seria além disso abrangido pelo âmbito de aplicação do RICTT.

(136) O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iii), do RICTT contém uma outra exceção à restrição grave do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), nomeadamente as restrições de utilização cativa, ou seja, obrigações por força das quais o licenciado só pode fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua própria utilização. Se o produto contratual for um componente, o licenciado pode, pois, ser obrigado a fabricar esse componente só para o integrar nos seus próprios produtos e a não vender os componentes a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender ativa e passivamente componentes como peças sobresselentes para os seus próprios produtos e, por conseguinte, deve poder fornecê-los a terceiros que prestem um serviço pós-venda relativamente a esses produtos. As restrições associadas à utilização cativa podem ser necessárias para favorecer a divulgação de uma tecnologia, nomeadamente entre concorrentes, e estão abrangidas pela isenção por categoria. Essas restrições são também abordadas na secção 4.2.5 das presentes Orientações.

(137) Finalmente, o artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), do RICTT exclui da lista das restrições graves a obrigação imposta ao licenciado num acordo não recíproco de fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente tendo em vista criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente. Constitui, portanto, uma condição para a aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), que a licença se limite a criar uma fonte de abastecimento alternativa para um cliente específico. Não constitui, em contrapartida, uma condição que só seja concedida uma licença deste tipo. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), abrange igualmente situações em que mais de uma empresa beneficia de uma licença para abastecer o mesmo cliente específico. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), aplica-se independentemente da duração do acordo de licenciamento. Por exemplo, uma licença única para cumprir os requisitos de um projeto de um determinado cliente é abrangida por esta derrogação. A possibilidade de tais acordos repartirem mercados é limitada, na medida em que a licença é concedida apenas para efeitos de abastecimento de um determinado cliente. Nessas circunstâncias, não se pode, designadamente, presumir que o acordo leve o licenciado a deixar de explorar a sua própria tecnologia.

(138) As restrições do domínio de utilização nos acordos entre concorrentes que limitam o licenciamento a um ou vários mercados do produto, domínios técnicos de utilização ou setores industriais ([80]) não são restrições graves. Tais restrições beneficiam da isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 % independentemente de o acordo ser recíproco ou não. Não se considera que tais restrições tenham por objeto a atribuição de mercados ou clientes. Contudo, a aplicação da isenção por categoria está sujeita à condição de as restrições relativas ao domínio de utilização não ultrapassarem o âmbito das tecnologias licenciadas. Por exemplo, quando os licenciados forem também limitados nos domínios técnicos de aplicação em que podem utilizar os seus próprios direitos da tecnologia, o acordo equivale a uma partilha de mercado.

(139) A isenção por categoria é aplicável independentemente de a restrição do domínio de utilização ser simétrica ou assimétrica. Uma restrição do domínio de utilização assimétrica num acordo de licenciamento recíproco implica que cada parte esteja autorizada a utilizar as respetivas tecnologias relativamente às quais concedem licenças no âmbito de diferentes domínios de utilização. Desde que as partes não sejam objeto de restrições na utilização das suas próprias tecnologias, não se presume que o acordo conduza as partes a abandonarem ou a limitarem a sua entrada no ou nos domínios abrangidos pela licença concedida à outra parte. Mesmo que os licenciados se equipem para utilizar a tecnologia licenciada no âmbito do domínio de utilização licenciado, pode não se verificar qualquer impacto nos ativos utilizados para produzir fora do âmbito da licença. Relativamente a este aspeto, é importante que a restrição diga respeito a mercados do produto, setores industriais ou domínios técnicos de aplicação distintos e não a clientes, atribuídos por território ou por grupo, que adquiram produtos do mesmo mercado do produto, setor industrial ou domínio técnico de aplicação. O risco de partilha de mercado é substancialmente maior neste último caso (ver ponto (131)). Além disso, as restrições relativas ao domínio de utilização podem revelar-se necessárias para promover o licenciamento pró-concorrencial (ver ponto (233)).

Restrições sobre a capacidade de as partes desenvolverem atividades de investigação e desenvolvimento

(140) A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), do RICTT abrange restrições da capacidade de qualquer uma das partes para efetuar I & D. As duas partes devem poder realizar atividades independentes de investigação e desenvolvimento. Essa regra é aplicável independentemente de a restrição dizer respeito a um domínio abrangido pela licença ou a outros domínios. Contudo, o simples facto de as partes acordarem em fornecer reciprocamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respetivas não equivale a uma restrição imposta à realização de atividades independentes de I & D. O efeito de tais acordos na concorrência deve ser apreciado à luz das circunstâncias do caso específico. O artigo 4.º, n.º 1, alínea d), também não se estende à restrição da capacidade de uma parte para realizar atividades de I & D com terceiros, se essa restrição for necessária para impedir a divulgação do saber-fazer do licenciante. Para serem abrangidas pela derrogação, as restrições impostas para impedir a divulgação do saber-fazer do licenciante devem ser necessárias e proporcionais para garantir essa proteção. Por exemplo, quando o acordo determina que certos empregados do licenciado recebam formação e sejam responsáveis pela utilização do saber-fazer licenciado, pode ser suficiente obrigar o licenciado a não autorizar esses trabalhadores a participar na I & D com terceiros. Podem afigurar-se igualmente apropriadas outras salvaguardas.

Restrições relativas à utilização por parte do licenciado da sua própria tecnologia

(141) Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), do RICTT o licenciado deve igualmente poder utilizar livremente os seus próprios direitos da tecnologia concorrente, desde que ao fazê-lo não utilize os direitos de tecnologia licenciados do licenciante. Em relação aos seus próprios direitos da tecnologia, o licenciado não deve estar sujeito a limitações em termos do local onde produz ou vende, dos domínios técnicos de utilização ou mercados do produto em que produz, da quantidade que produz ou vende ou do preço a que vende. Não deve também estar obrigado a pagar *royalties* relativamente a produtos fabricados com base nos seus próprios direitos da tecnologia (ver ponto (126) das presentes Orientações). Além disso, o licenciado não deve ser restringido no licenciamento dos seus próprios direitos de tecnologia a terceiros. Se forem impostas restrições ao licenciado no que diz respeito à utilização da sua própria tecnologia ou à sua liberdade de realizar I & D, a competitividade da tecnologia do

([80]) Ver secção 4.2.4 das presentes Orientações para mais pormenores sobre as restrições do domínio de utilização.

licenciado é reduzida. Isso 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. O artigo 4.º, n.º 1, alínea d), do RICTT não abrange restrições ao licenciado no que diz respeito à utilização de tecnologias de terceiros em concorrência com a tecnologia licenciada. Embora as obrigações de não concorrência possam ter efeitos de exclusão em relação às tecnologias de terceiros (ver secção 4.2.7 das presentes Orientações), não têm normalmente por efeito reduzir o incentivo de os licenciados investirem no desenvolvimento e na melhoria das suas próprias tecnologias.

3.4.3. **Acordos entre não concorrentes**

(142) O artigo 4.º, n.º 2, do RICTT enumera as restrições graves relativas aos acordos de licenciamento entre não concorrentes. O artigo 4.º, n.º 2, prevê que a isenção por categoria não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, de forma separada ou em conjugação com outros fatores sob o controlo das partes, tiverem por objeto:

(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 passivamente os produtos contratuais, exceto:

i) a restrição de vendas passivas num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado ao licenciante,

ii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais para sua utilização exclusiva, desde que o licenciado não tenha restrições de venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos,

iii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente,

iv) a restrição de vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista,

v) a restrição de vendas a distribuidores não autorizados situados no território em que o licenciante opera um sistema de distribuição seletiva para os produtos contratuais,

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

Fixação dos preços

(143) A restrição grave constante do artigo 4.º, n.º 2, alínea a), do RICTT diz respeito à fixação dos preços de venda a terceiros. Mais especificamente, essa disposição abrange as restrições que tenham por objeto direto ou indireto 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 diretamente o preço de venda, a restrição é evidente. Contudo, os preços de venda podem igualmente ser fixados de forma indireta, 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 venda 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 diretos ou indiretos utilizados para chegar à fixação dos preços podem ser reforçados se forem combinados com medidas que permitam identificar as vendas a baixo

preço, como um sistema de monitorização dos preços ([81]) ou a obrigação imposta aos licenciados de assinalarem qualquer desvio nos preços. Da mesma forma, a fixação direta ou indireta dos preços pode ser reforçada se for associada a medidas destinadas a reduzir os incentivos que o licenciado teria para 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. A utilização de preços de venda recomendados ou a imposição de preços máximos não são consideradas, em si mesmas, como conducentes a preços de venda fixos ou mínimos. Contudo, se o licenciante combinar esses preços recomendados ou preços máximos com incentivos à aplicação de um determinado nível de preços ou desincentivos à redução dos preços de venda, tal poderá equivaler a uma fixação de preços.

Restrições da capacidade do licenciado para efetuar vendas passivas

(144) O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT qualifica como restrição grave a restrição da capacidade do licenciado para efetuar vendas passivas de produtos que incorporam a tecnologia licenciada ([82]). As restrições de vendas passivas podem resultar de obrigações diretas, 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. Podem igualmente resultar de medidas indiretas 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 monitorização que permita verificar o destino efetivo dos produtos contratuais ([83]). As limitações de quantidade podem constituir um meio indireto para restringir as vendas passivas. A Comissão não presumirá que as limitações de quantidade, enquanto tais, servem este objetivo. Contudo, assumirá de outro modo se as limitações de quantidade forem utilizadas para estabelecer um acordo subjacente de partilha do mercado. Indícios dessa situação incluem o ajustamento de quantidades ao longo do tempo, a fim de cobrir apenas a procura local, a combinação de limitações de quantidade com uma obrigação de vender quantidades mínimas no território, bem como obrigações de uma *royalty* mínima associadas a vendas no território, taxas diferenciadas de *royalties* consoante o destino dos produtos, bem como a monitorização do destino dos produtos vendidos por licenciados individuais.

(145) A restrição grave geral que cobre as vendas passivas realizadas por licenciados está sujeita a várias derrogações, que são abordadas nos pontos (146) a (151). Contudo, em determinadas circunstâncias, as restrições da capacidade de o licenciante ou licenciado efetuar vendas passivas a utilizadores finais podem ser nulas nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Bloqueio Geográfico.

(146) Exceção 1: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT não abrange as restrições de vendas (tanto ativas como passivas) impostas ao licenciante ([84]). Todas as restrições de vendas impostas ao licenciante são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. O mesmo é aplicável a todas as restrições relativas a vendas ativas por parte do licenciado, à exceção do que se refere relativamente a vendas ativas no ponto (151) das presentes Orientações. A isenção por categoria de restrições relativas a vendas ativas assenta na hipótese de que tais restrições favorecem os investimentos, a concorrência não baseada nos preços e melhoramentos da qualidade dos serviços prestados pelos licenciados, resolvendo problemas de parasitismo e de catividade. No caso de restrições de vendas ativas entre territórios ou grupos de clientes de licenciados, não é necessário que ao licenciado protegido tenha sido concedido um território exclusivo ou um grupo exclusivo de clientes. A isenção por categoria também é aplicável às restrições de vendas ativas quando tiver sido nomeado mais de um licenciado para um determinado território ou grupo de clientes. É provável que se promova o investimento que permite um ganho de eficiência quando um licenciado puder ter a certeza de que apenas estará sujeito à concorrência a nível das vendas ativas por parte de um número limitado de licenciados dentro do território e não também por parte de licenciados fora do território.

([81]) No entanto, por si só, a monitorização de preços e a comunicação de preços não equivalem a uma fixação de preços.

([82]) Esta restrição grave é aplicável a acordos de transferência de tecnologia que afetem o comércio na União. Para orientações sobre os acordos de transferência de tecnologia que afetam as exportações para fora da União, ver pontos 100 e seguintes das Orientações relativas ao efeito sobre o comércio.

([83]) As medidas que permitem ao licenciante verificar o destino dos produtos licenciados, tais como a ameaça ou a realização de auditorias para verificar a conformidade do licenciado com outras restrições, não são, por si só, restrições da concorrência. Contudo, podem ser consideradas como fazendo parte de uma restrição grave das vendas passivas quando utilizadas pelo licenciante para controlar o destino dos bens fornecidos, por exemplo, quando utilizadas em conjunto com outras práticas. Ver, por analogia, a Decisão da Comissão de 30 de janeiro de 2020 no processo AT.40433 — *Produtos de merchandising no domínio do cinema*, n.ºs 65 e 66.

([84]) Ver também o ponto (145) relativamente ao Regulamento Bloqueio Geográfico.

(147) Exceção 2: As restrições impostas às vendas ativas e passivas efetuadas pelos licenciados num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes que o licenciante se reservou não são restrições graves (ver artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea i) do RICTT), e beneficiam portanto de uma isenção por categoria ([85]). Pressupõe-se que, quando as quotas de mercado são 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 ativos de produção do licenciado. Em relação a um território ou grupo de clientes a reservar para o licenciante, este não tem efetivamente de produzir com a tecnologia licenciada no território ou para o grupo de clientes em questão. Pode igualmente ser reservado para o licenciante um território ou grupo de clientes para exploração posterior.

(148) Exceção 3: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea ii), do RICTT introduz no âmbito da isenção por categoria uma restrição que obriga o licenciado a só fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua utilização própria (utilização cativa). Quando o produto contratual é um componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só utilizar esse produto para o integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender o produto a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender ativa e passivamente os produtos enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos e, por conseguinte, deve poder fornecê-los a terceiros prestando um serviço pós-venda relativamente a esses produtos. As restrições relativas à utilização cativa são igualmente abordadas na secção 4.2.5.

(149) Exceção 4: Tal como sucede nos acordos entre concorrentes (ver ponto (137) das presentes Orientações), a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos através dos quais o licenciado é obrigado a fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente a fim de proporcionar a esse cliente uma fonte de abastecimento alternativa independentemente da duração do acordo de transferência de tecnologia (ver artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iii), do RICTT). No caso de acordos entre não concorrentes, essas restrições não são provavelmente abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1 do Tratado.

(150) Exceção 5: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iv), do RICTT introduz, no âmbito da isenção por categoria, uma obrigação de o licenciado, no caso de operar a nível grossista, não vender a clientes finais, mas unicamente a retalhistas. Uma tal obrigação permite ao licenciante atribuir ao licenciado a função de distribuição grossista e não é geralmente abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 ([86]).

(151) Exceção 6: Por fim, o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea v), do RICTT introduz, no âmbito da isenção por categoria, uma restrição que consiste em proibir os licenciados de venderem a distribuidores não autorizados. Esta exceção permite ao licenciante impor aos licenciados uma obrigação de fazer parte de um sistema de distribuição seletiva. Nesse caso, contudo, os licenciados devem, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2, alínea c) do RICTT, ser autorizados a realizar vendas tanto ativas como passivas a consumidores finais, sem prejuízo da possibilidade de limitar o licenciado a uma função grossista, tal como previsto no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iv) do RICTT (ver ponto (150) das presentes Orientações). No território em que o licenciante opera um sistema de distribuição seletiva, tal sistema não pode ser combinado com territórios exclusivos ou grupos exclusivos de clientes sempre que tal conduza a uma restrição das vendas ativas ou passivas aos utilizadores finais, uma vez que constituiria uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea c), do RICTT. Contudo, esta situação não prejudica a possibilidade de proibir um licenciado de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.

(152) As restrições de vendas passivas por parte de licenciados num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo atribuídos a um outro licenciado são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT. Contudo, em circunstâncias específicas, tais restrições podem não ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado por um período de tempo limitado se forem objetivamente necessárias para que o licenciado protegido penetre num novo mercado ([87]). Tal pode aplicar-se, por exemplo, quando um licenciado tem de realizar investimentos substanciais para iniciar e desenvolver um novo mercado e as restrições das vendas passivas por parte de outros licenciados se limitam ao período de tempo necessário para que o licenciado recupere os seus investimentos. Na maior parte dos casos, este período não ultrapassa os dois anos, a contar da data em que os produtos contratuais foram pela primeira vez colocados no mercado no território exclusivo pelo licenciado em causa ou vendidos ao seu grupo exclusivo de clientes.

([85]) Ver também o ponto (145) relativamente ao Regulamento Bloqueio Geográfico.
([86]) Ver também o ponto (145) relativamente ao Regulamento Bloqueio Geográfico.
([87]) Ver também o ponto (145) relativamente ao Regulamento Bloqueio Geográfico.

3.5. ***Restrições excluídas***

(153) O artigo 5.º do RICTT enumera três tipos de restrições que estão excluídas da isenção por categoria para proteger os incentivos à inovação. Contudo, não existe qualquer pressuposto de que tais restrições sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado ou que não satisfaçam as condições do artigo 101.º, n.º 3. A exclusão destas restrições da isenção por categoria significa apenas que exigem uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º. A exclusão de uma restrição da isenção por categoria nos termos do artigo 5.º do RICTT limita-se a essa restrição específica, desde que possa ser dissociada do resto do acordo. Nesse caso, o resto do acordo continua a beneficiar da isenção por categoria.

Retrocessões exclusivas

(154) O artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RICTT diz respeito a obrigações que impõem retrocessões exclusivas, ou seja, a devolução exclusiva de uma licença ao licenciante ou a um terceiro designado por este último para quaisquer melhoramentos da tecnologia licenciada efetuados pelo licenciado ou para a cessão de direitos sobre esses melhoramentos ao licenciante ou a um terceiro designado por este último. Uma retrocessão exclusiva é definida como uma retrocessão que impede o licenciado (que, neste caso, é o inovador e o licenciante do melhoramento) de explorar o melhoramento (quer para a sua própria produção, quer para licenciamento a terceiros). É provável que reduza o incentivo do licenciado para inovar, uma vez que o impede de explorar os melhoramentos, incluindo o licenciamento desses melhoramentos 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 do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RICTT, as referidas obrigações não são abrangidas pela isenção por categoria.

(155) A aplicação do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RICTT não depende de o licenciante pagar ou não uma contrapartida para adquirir o melhoramento ou para obter uma licença exclusiva. Contudo, a existência e o montante dessa contrapartida — incluindo se é calculada com base no valor do melhoramento — podem ser um fator relevante no contexto de uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º do Tratado. Quando as retrocessões são efetuadas mediante remuneração, é menos provável que a obrigação elimine o incentivo do licenciado para inovar. Na apreciação individual de retrocessões exclusivas não abrangidas pela isenção por categoria, a posição de mercado do licenciante no mercado da tecnologia deve ser igualmente tomada em consideração. Quanto mais forte for a posição do licenciante, mais provável será que as obrigações de retrocessão exclusivas tenham efeitos restritivos sobre a concorrência no domínio da inovação. Quanto mais forte for a posição da tecnologia do licenciante, maior significado assumirá o facto de o licenciado se poder tornar uma importante fonte de inovação e de concorrência futura. O impacto negativo das obrigações de retrocessão pode igualmente ser reforçado se houver redes paralelas de acordos de transferência de tecnologia que incluam tais obrigações. Quando as tecnologias disponíveis são controladas por um número limitado de licenciantes que impõem obrigações de retrocessão exclusivas aos licenciados, o risco de incidências anticoncorrenciais é maior do que em situações nas quais há várias tecnologias, das quais apenas algumas são licenciadas com obrigações de retrocessão exclusivas.

(156) As obrigações de retrocessão não exclusivas são abrangidas pela zona de segurança do RICTT. Tal é aplicável mesmo quando as obrigações não são recíprocas, ou seja, apenas impostas ao licenciado e quando o licenciante é autorizado a comunicar os melhoramentos a outros licenciados. Uma obrigação de retrocessão não recíproca pode promover a divulgação de novas tecnologias, permitindo que o licenciante determine livremente se e em que medida transfere os melhoramentos efetuados pelo licenciado para os seus outros licenciados. Uma cláusula de comunicação desse tipo pode igualmente promover a divulgação da tecnologia, nomeadamente quando cada licenciado souber, no momento da celebração do acordo, que se encontrará em pé de igualdade com outros licenciados no que respeita às melhoras da tecnologia utilizada para a produção.

(157) Fora da zona de segurança, as obrigações de retrocessão não exclusivas podem ter efeitos negativos sobre a concorrência e a inovação em circunstâncias específicas. Por exemplo, podem ter efeitos negativos sobre a inovação no caso de um licenciamento cruzado entre concorrentes, quando uma obrigação de retrocessão imposta a ambas as partes for combinada com uma obrigação de ambas as partes partilharem quaisquer melhoramentos introduzidos na sua própria tecnologia com a outra parte. A partilha de todos os melhoramentos entre concorrentes pode impedir cada um dos concorrentes de adquirir uma vantagem competitiva em relação ao outro (ver também ponto (262)). Quanto maior for o poder de mercado do licenciante e a cobertura de mercado das suas cláusulas de retrocessão, maior será a probabilidade de tais cláusulas afetarem a concorrência intertecnologia e a inovação.

Cláusulas de não contestação e de rescisão

(158) A restrição excluída referida no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do RICTT refere-se às cláusulas de não contestação, ou seja, às obrigações diretas ou indiretas de uma parte de não contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual detidos pela outra parte na União, sem prejuízo da possibilidade de, no caso de uma licença exclusiva, o licenciante rescindir o acordo de transferência de tecnologia se o licenciado contestar a validade de qualquer dos direitos da tecnologia licenciada.

A razão para excluir as cláusulas de não contestação da isenção por categoria é o facto de os licenciados se encontrarem em geral nas melhores condições para avaliar se um direito de propriedade intelectual é ou não inválido. Para evitar qualquer distorção da concorrência e em conformidade com os princípios subjacentes à proteção da propriedade intelectual, os direitos de propriedade intelectual não válidos devem ser eliminados ([88]), uma vez que asfixiam a inovação em vez de a promover. O artigo 101.º, n.º 1, do Tratado pode ser igualmente aplicável a cláusulas de não contestação se o direito de tecnologia licenciada possuir um determinado valor e penalizar, por conseguinte, a nível da concorrência, as empresas que não o podem utilizar ou que o podem apenas utilizar mediante o pagamento de *royalties*. Nesses casos, é pouco provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontrem reunidas. Quanto à apreciação das cláusulas de não contestação no contexto dos acordos de resolução de litígios, ver os pontos (263) e (264).

(159) Em geral, uma cláusula que obrigue o licenciado a não contestar a titularidade dos direitos de tecnologia não constitui uma restrição da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado. Independentemente de o licenciante ter a titularidade dos direitos da tecnologia, a sua utilização pelo licenciado e por qualquer outra parte depende sempre da obtenção de uma licença, pelo que, geralmente, a concorrência não deveria, assim, ser afetada ([89]).

(160) O artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do RICTT também exclui da isenção por categoria, no contexto das licenças não exclusivas, o direito de o licenciante rescindir o acordo no caso de o licenciado contestar a validade dos direitos de tecnologia licenciados. Esse direito de rescisão pode ter o mesmo efeito que uma cláusula de não contestação, em especial se o abandono da tecnologia do licenciante resultasse numa perda significativa para o licenciado (por exemplo, quando o licenciado já investiu em máquinas ou ferramentas específicas que não podem ser utilizadas para produzir com outra tecnologia) ou se a tecnologia do licenciante for um *input* necessário para a produção do licenciado. Por exemplo, no contexto de patentes essenciais para a norma, um licenciado que produz um produto conforme a uma norma terá de utilizar necessariamente todas as patentes requeridas para a aplicação da norma. Nesse caso, o facto de contestar a validade das patentes relevantes pode resultar numa perda importante se o acordo de transferência de tecnologia for rescindido. Sempre que a tecnologia do licenciante não for essencial para a norma, mas tiver uma posição de mercado muito significativa, o desincentivo à contestação pode também ser elevado, tendo em conta a dificuldade de o licenciado encontrar uma tecnologia alternativa viável que possa obter sob licença. A questão de saber se a perda de lucro do licenciado seria significativa, constituindo, por conseguinte, um forte desincentivo para a contestação, teria de ser apreciada caso a caso.

(161) Nos cenários descritos no ponto (160), o licenciado pode ser dissuadido de contestar a validade do direito de tecnologia licenciada se corresse o risco de rescindir o acordo de licenciamento, o que, por sua vez, poderia implicar riscos substanciais para além das suas obrigações de pagamento de *royalties*. No entanto, convém ainda notar que, fora do contexto destes cenários, uma cláusula de rescisão não forneceria muitas vezes um forte desincentivo para a contestação, pelo que não produziria o mesmo efeito de uma cláusula de não contestação.

(162) O interesse de reforçar o incentivo de o licenciante licenciar pelo facto de não ser obrigado a continuar a negociar com o licenciado que contesta a própria substância do acordo de licenciamento deve ser ponderado face ao interesse público de eliminar obstáculos à atividade económica que possam surgir quando a concessão de um direito de propriedade intelectual enferme de erro. Na ponderação dos referidos interesses, deve ter-se em conta se o licenciado cumpriu todas as suas obrigações ao abrigo do acordo aquando da contestação, nomeadamente a obrigação de pagar as *royalties* acordadas.

([88]) Ver acórdão do Tribunal de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International*, C-193/83, ECLI:EU:C:1986:75, n.º 92.

([89]) Ver, por analogia, o ponto 15 da Decisão 90/186/CEE da Comissão (que aborda as cláusulas que impedem a contestação da propriedade de uma marca).

(163) No caso do licenciamento exclusivo, as cláusulas de rescisão são normalmente menos suscetíveis de, globalmente, ter efeitos anticoncorrenciais. Uma vez concedida a licença, o licenciante pode encontrar-se numa situação particular de dependência, uma vez que o licenciado será a sua única fonte de rendimento no que respeita aos direitos da tecnologia licenciada se as *royalties* dependerem da produção com os direitos da tecnologia licenciada, na medida em que podem ser muitas vezes uma forma eficaz de estruturar o pagamento das *royalties*. Neste cenário, os incentivos à inovação e ao licenciamento poderiam ser minados se, por exemplo, o licenciante fosse obrigado a concluir um acordo com um licenciado exclusivo que deixou de fazer esforços significativos para desenvolver, fabricar e comercializar o produto a fabricar ou fabricado com os direitos de tecnologia licenciados ([90]). É por esse motivo que o RICTT concede uma isenção por categoria às cláusulas de rescisão para acordos de licenciamento exclusivo, desde que sejam cumpridas também as outras condições da zona de segurança. Fora da zona de segurança, é necessária uma apreciação caso a caso.

(164) As cláusulas de não contestação e de rescisão que digam exclusivamente respeito ao saber-fazer não são excluídas da isenção por categoria. A Comissão tem uma posição mais favorável em relação a estas cláusulas, uma vez que é provavelmente muito difícil ou mesmo impossível para o licenciante recuperar o saber-fazer licenciado após a sua divulgação. Nesses casos, uma obrigação de o licenciado não contestar o saber-fazer licenciado pode promover a divulgação da tecnologia se permitir que os licenciantes mais fracos concedam licenças a licenciados mais fortes sem temer contestação depois de o licenciado ter absorvido o saber-fazer.

Limitar a utilização ou desenvolvimento pelo licenciado da sua própria tecnologia (acordos entre não concorrentes)

(165) No caso de um acordo entre não concorrentes, o artigo 5.º, n.º 2, do RICTT exclui da isenção por categoria qualquer obrigação direta ou indireta que limite a capacidade de o licenciado explorar os seus próprios direitos de 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 teor desta condição é o mesmo do que o disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), do RICTT, que faz parte da lista de restrições graves aplicáveis a acordos entre concorrentes, sendo tratado nos pontos (140) e (141) das presentes Orientações. Contudo, no caso de acordos entre não concorrentes, não se pode considerar que tais restrições tenham em geral efeitos negativos na concorrência ou que as condições previstas no artigo 101.º, no 3, do Tratado não são em geral satisfeitas. Por conseguinte, é necessária uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º.

(166) No caso de acordos entre não concorrentes, o licenciado normalmente não possui uma tecnologia concorrente. No entanto, pode haver casos em que, para efeitos do RICTT, as partes são consideradas não concorrentes, apesar do facto de o licenciado possuir uma tecnologia concorrente. É o que sucede 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 do RICTT, nessas circunstâncias, as partes não são nem concorrentes no mercado da tecnologia nem concorrentes no mercado do produto a jusante ([91]). Em tais casos, é importante assegurar-se de que o licenciado não é restringido na sua capacidade de explorar a sua própria tecnologia e de continuar o seu desenvolvimento. Esta tecnologia constitui uma pressão concorrencial no mercado, que devia ser mantida. Numa situação desse tipo, as restrições relativas à utilização por parte do licenciado da sua própria tecnologia ou à I & D são normalmente consideradas limitativas da concorrência e não satisfazem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3 do Tratado. Por exemplo, uma obrigação imposta ao licenciado de pagar *royalties* não apenas relativamente às vendas dos produtos que fabrica com a tecnologia licenciada, mas também às vendas de produtos que fabrica apenas com a sua própria tecnologia, limita em geral a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia e, por conseguinte, deve ser excluída da isenção por categoria.

(167) Em casos em que o licenciado não possui uma tecnologia concorrente ou não está já a desenvolver tal tecnologia, uma restrição da possibilidade de as partes realizarem atividades independentes de I & D pode ser restritiva da concorrência, por exemplo, quando estiverem disponíveis apenas algumas tecnologias ou quando as partes constituem uma (potencial) fonte importante de inovação no mercado. Tal acontece principalmente quando as partes possuem os ativos e as competências necessários para continuar a realizar investigação e desenvolvimento. Nesse caso, não é provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, sejam satisfeitas. Noutros casos, em

([90]) No contexto de um acordo que tecnicamente não é um acordo exclusivo, e sempre que uma cláusula de rescisão não é assim coberta pela isenção por categoria, o licenciante pode, num caso específico, encontrar-se na mesma situação de dependência em relação a um licenciado com um considerável poder de compra. Uma tal dependência será tida em conta na apreciação individual do acordo nos termos do artigo 101.º.

([91]) Ver ponto (48) das presentes Orientações.

que se encontram disponíveis várias tecnologias e as partes não possuem ativos ou competências especiais, a restrição relativa à I & D é suscetível quer de não ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, por falta de efeitos restritivos significativos, quer de satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. A restrição pode promover a divulgação de novas tecnologias, por exemplo, persuadindo o licenciado a centrar-se na exploração e no desenvolvimento da tecnologia licenciada.

3.6. *Retirada e não aplicação da isenção por categoria*

3.6.1. **Retirada do benefício da isenção por categoria**

(168) Tal como previsto no artigo 6.º do RICTT, a Comissão pode retirar o benefício da isenção por categoria, nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se verificar, num determinado caso, que um acordo de transferência de tecnologia ao qual se aplica a isenção por categoria tem efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem igualmente retirar o benefício da isenção por categoria no seu território nacional se um acordo de transferência de tecnologia abrangido pela isenção por categoria tiver efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, no território do seu Estado-Membro, ou numa parte deste, que tenha as características de um mercado geográfico distinto.

(169) Cabe à autoridade da concorrência que se propõe retirar o benefício da isenção por categoria o ónus de provar que o acordo é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e não preenche uma ou mais das condições do artigo 101.º, n.º 3 ([92]). Tendo em conta o facto de a retirada implicar que o acordo em causa restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, e não satisfaz as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, 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. A retirada do benefício da isenção por categoria apenas produz efeitos *ex nunc*, ou seja, não afeta o estatuto de isenção do acordo relativamente ao período anterior à data em que a retirada produz efeitos.

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

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

(b) o acesso ao mercado de potenciais licenciados é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbam os licenciantes de licenciar a outros licenciados ou porque o único titular da tecnologia que licencia os direitos da tecnologia relevantes conclui uma licença exclusiva com um licenciado já ativo no mercado do produto com base em direitos de tecnologia substituíveis. A fim de serem considerados relevantes, os direitos da tecnologia devem ser técnica e comercialmente substituíveis para permitir ao licenciado estar ativo no mercado do produto relevante.

(171) O artigo 6.º, alínea a), do RICTT refere a possibilidade de retirada do benefício da isenção por categoria nos casos em que terceiros licenciantes, incluindo potenciais licenciantes, são excluídos dos mercados de tecnologia relevantes devido ao efeito cumulativo das redes de acordos de transferência de tecnologia que proíbem os licenciados de explorarem tecnologias concorrentes. Pode existir exclusão de outros licenciantes quando a maior parte das empresas presentes num mercado que podem adquirir (eficazmente) uma licença concorrente é impedida de o fazer devido à existência de acordos restritivos e quando os licenciados potenciais se veem confrontados com obstáculos à entrada relativamente elevados. O artigo 6.º, alínea b), do RICTT refere a possibilidade de retirada nos casos em que outros licenciados são excluídos devido ao efeito cumulativo dos acordos de transferência de tecnologia que proíbem os licenciantes de licenciar outros licenciados e, por conseguinte, impedem os potenciais licenciados de acederem à tecnologia necessária. O problema da exclusão é examinado mais pormenorizadamente nas secções 4.2.2 e 4.2.7.

([92]) A exceção prevista no artigo 101.º, n.º 3, só se aplica se estiverem preenchidas as quatro condições previstas nesse artigo, pelo que a isenção por categoria pode ser retirada se um acordo não preencher uma ou mais das quatro condições.

(172) A retirada do benefício da isenção por categoria pode igualmente justificar-se quando:

(a) A concorrência entre licenciantes é restringida devido à imposição, por um número significativo de licenciantes concorrentes, de requisitos para que os seus licenciados lhes apliquem condições mais favoráveis acordadas com outros licenciantes;

(b) O acesso dos clientes aos produtos contratuais é indevidamente limitado em resultado de restrições à capacidade do licenciante ou dos licenciados de efetuarem vendas passivas a um território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo reservado ao licenciante ou licenciado;

(c) As *royalties* num mercado de tecnologia relevante são estabelecidas a um nível supraconcorrencial em resultado do efeito cumulativo de acordos de licenciamento cruzado semelhantes entre empresas concorrentes.

3.6.2. **Não aplicação do RICTT**

(173) O artigo 7.º do RICTT habilita a Comissão a excluir do âmbito de aplicação do RICTT, por meio de um regulamento, as redes paralelas de acordos semelhantes em que esses acordos abranjam mais de 50 % de um mercado relevante. Esta disposição não se destina às empresas individuais, mas é aplicável a todas as empresas cujos acordos são definidos no regulamento que declara a não aplicação do RICTT.

(174) Embora a retirada do benefício do RICTT pela Comissão nos termos do artigo 6.º implique a adoção de uma decisão nos termos dos artigos 7.º ou 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, o efeito de um regulamento da Comissão nos termos do artigo 7.º do RICTT que declare a não aplicação do RICTT consiste em retirar o benefício do RICTT e restabelecer a plena aplicabilidade do artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, do Tratado no que respeita às restrições e aos mercados em causa. Na sequência da adoção de um regulamento que declare a não aplicação do RICTT a acordos que contenham certas restrições num determinado mercado, as empresas devem utilizar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como as decisões, as comunicações e as orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º a acordos individuais. Se for caso disso, a Comissão adotará uma decisão relativa a um caso individual, fornecendo orientações para todas as empresas que operam no mercado relevante.

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

(176) O artigo 7.º do RICTT não implica a obrigação por parte da Comissão de agir quando a taxa de cobertura de 50 % seja ultrapassada. De uma forma geral, a adoção de um regulamento nos termos do artigo 7.º é adequada se for provável que o acesso ao mercado relevante ou a concorrência 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. Isso pode depender, em especial, do número de empresas concorrentes que contribuem para produzir um efeito cumulativo no mercado ou do número dos mercados geográficos afetados na União.

(177) Um regulamento adotado ao abrigo do artigo 7.º do RICTT deve definir claramente o seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, a Comissão deve, em primeiro lugar, definir os mercados do produto e geográficos relevantes e, em segundo lugar, identificar o tipo de restrições de licenciamento relativamente às quais o RICTT deixará de ser aplicável. No que respeita a este último aspeto, a Comissão pode adaptar o âmbito da recomendação em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos não concorrentes sejam tomadas em consideração para determinar se a taxa de cobertura de 50 % do mercado é atingida, a Comissão pode, não obstante, limitar o âmbito da regulação apenas às obrigações de não concorrência que ultrapassem uma determinada duração. Se for o caso, a Comissão pode igualmente fornecer uma orientação especificando o nível da quota de mercado que, no contexto do mercado específico, pode ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa individual 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 exclusão do mercado ([93]).

([93]) Ver, a este respeito, o ponto 10 da Comunicação *de minimis*, referida na nota de rodapé 40 das presentes Orientações.

(178) O período de transição mínimo de seis meses que a Comissão terá de prever nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do RICTT destina-se a permitir às empresas em causa adaptarem os seus acordos a fim de terem em conta o regulamento que declara a não aplicação do RICTT.

(179) Um regulamento que declara que o RICTT não é aplicável não afetará a isenção por categoria dos acordos em causa durante o período que antecede a sua entrada em vigor.

4. APLICAÇÃO DO ARTIGO 101.º, N.ºS 1 E 3, DO TRATADO FORA DO ÂMBITO DO RICTT

4.1. *Quadro geral da análise*

(180) 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, não estão sujeitos a qualquer presunção de ilegalidade. Esses acordos exigem uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º do Tratado. Os acordos que não restrinjam a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, ou que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, são válidos e aplicáveis.

Zona de segurança no caso de haver tecnologias controladas independentemente suficientes

(181) A fim de fomentar a previsibilidade para além da aplicação do RICTT e de limitar a análise pormenorizada a casos suscetíveis de apresentar verdadeiros problemas de concorrência, a Comissão considera que, fora da área das restrições graves, não é provável que haja uma infração ao artigo 101.º, quando existem quatro ou mais tecnologias controladas independentemente, para além das tecnologias controladas pelas partes no acordo, que são substituíveis em relação à tecnologia licenciada a um custo comparável para o utilizador. Ao apreciar se as tecnologias são substituíveis, há que a atender ao poder comercial relativo das tecnologias em questão. A pressão competitiva exercida por uma tecnologia é limitada se não constituir uma alternativa comercialmente viável para a tecnologia licenciada. Por exemplo, se, devido a efeitos de rede no mercado, os consumidores revelarem uma forte preferência por produtos que incorporam a tecnologia licenciada, outras tecnologias já no mercado ou suscetíveis de entrarem no mercado num período razoável de tempo podem não constituir uma verdadeira alternativa, podendo, por conseguinte, impor apenas uma pressão competitiva.

(182) O facto de um acordo não ser abrangido pela zona de segurança definida no ponto (181) das presentes Orientações não implica que seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e, caso o seja, que as condições do artigo 101.º, n.º 3, não são satisfeitas. Tais acordos exigem uma apreciação individual, com base nos princípios estabelecidos nas presentes Orientações.

4.1.1. **Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado**

(183) Desde que o acordo não contenha restrições por objetivo, é necessário apreciar se tem por efeito restringir a concorrência ([94]). A secção 2.2.3 das presentes Orientações apresenta exemplos de possíveis efeitos restritivos.

(184) Quando se aprecia se um acordo cria uma restrição significativa da concorrência, é necessário ter devidamente em conta a forma como a concorrência se processa no mercado em causa. Relativamente a este aspeto, devem ser designadamente tomados em consideração os seguintes fatores:

(a) A natureza do acordo;

(b) A posição de mercado das partes;

(c) A posição de mercado dos concorrentes;

(d) A posição de mercado dos compradores nos mercados relevantes;

(e) Os obstáculos à entrada no mercado;

(f) A dinâmica do mercado.

([94]) Ver ponto (18).

(185) A importância dos fatores específicos pode variar consoante os casos e depende de todos os outros fatores. Por exemplo, o facto de as partes deterem uma elevada quota de mercado constitui geralmente um bom indício do seu poder de mercado, salvo quando os obstáculos à entrada são reduzidos. Por conseguinte, não é possível estabelecer regras rigorosas sobre a importância respetiva destes diferentes fatores.

(186) Os acordos de transferência de tecnologia podem assumir várias formas. Por essa razão, afigura-se importante analisar a natureza do acordo na perspetiva da relação de concorrência entre as partes, bem como as restrições dele constantes. No que respeita a esta última questão, é necessário ir mais longe do que as condições expressas do acordo. A forma como o acordo foi implementado pelas partes e os incentivos por elas enfrentados podem sugerir a existência de restrições implícitas.

(187) A posição de mercado das partes, incluindo quaisquer empresas controladas de facto ou *de jure* pelas partes, 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. É o que sucede, 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. Essas vantagens podem, por exemplo, dever-se ao facto de terem sido os primeiros a penetrar no mercado, de deterem patentes essenciais a uma norma ou de possuírem tecnologias mais avançadas. No entanto, as partes de mercado são sempre apenas um fator para apreciar posições de mercado. Por exemplo, no caso dos mercados da tecnologia, as quotas de mercado nem sempre são um bom indicador do poder relativo das tecnologias em questão e os dados relativos às quotas de mercado podem variar consideravelmente consoante os vários métodos de cálculo possíveis.

(188) As quotas de mercado e as eventuais vantagens e desvantagens competitivas constituem igualmente fatores utilizados para apreciar a posição de mercado dos concorrentes. Quanto mais fortes e numerosos forem os concorrentes reais, menor será o risco de as partes serem capazes de exercer poder de mercado. Contudo, se o número de concorrentes for bastante reduzido e a sua posição de mercado (dimensão, custos, potencial de I & D, etc.) for relativamente semelhante, estaremos em presença de uma estrutura de mercado em que aumenta o risco de colusão.

(189) A posição de mercado dos compradores permite verificar se um ou mais compradores possuem ou não poder de compra. O primeiro indicador de poder de compra é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta quota reflete a importância da sua procura para os 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 de marca junto dos consumidores finais. Em certos casos, o poder de compra pode impedir o licenciante ou o licenciado de exercerem o seu poder de mercado, solucionando desta forma um problema de concorrência que de outro modo teria existido. É o que sucede nomeadamente quando compradores poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de abastecimento 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 licenciado de exercer o seu poder no mercado do produto e, por conseguinte, não resolve os problemas de concorrência nesse mercado ([95]).

(190) 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. Regra geral, pode considerar-se que os obstáculos à entrada são reduzidos quando é provável que a entrada efetiva no mercado, suficiente para impedir ou limitar o exercício do poder de mercado, possa ocorrer num prazo de um ou dois anos.

(191) Os obstáculos à entrada podem dever-se a uma grande variedade de fatores, tais como, economias de escala e de gama (incluindo efeitos de rede de atividades multilaterais), legislação (nomeadamente quando são estabelecidos 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), equipamentos essenciais, uma vantagem de antecipação no mercado ou a fidelidade à marca por parte dos consumidores, criada

([95]) Ver o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de outubro de 1999, *Irish Sugar/Comissão*, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, n.º 101).

por campanhas publicitárias importantes durante um determinado período. Podem igualmente constituir um obstáculo à entrada acordos restritivos entre empresas que dificultem o acesso ao mercado e dele excluam concorrentes (potenciais). Podem existir obstáculos à entrada em qualquer uma das fases do processo de I & D, produção e distribuição. A questão de saber se alguns destes fatores podem ser descritos como obstáculos à entrada depende em especial de darem ou não origem a custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis 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 irrecuperáveis, mais os novos candidatos potenciais devem ponderar os riscos inerentes à entrada no mercado e mais credíveis serão as ameaças de os operadores estabelecidos responderem a esta nova concorrência, na medida em que os custos irrecuperáveis tornarão onerosa qualquer saída do mercado. De uma forma geral, qualquer entrada num mercado impõe custos irrecuperáveis, por vezes reduzidos e outras vezes importantes. Por esta razão, a concorrência real é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.

(192) É igualmente necessário ter em conta a dinâmica dos mercados relevantes. Em alguns mercados dinâmicos, os potenciais efeitos negativos de determinadas restrições podem ser menos problemáticos, uma vez que a concorrência intertecnologia de rivais dinâmicos e inovadores pode funcionar como uma restrição suficiente. Contudo, noutros casos, as restrições podem proporcionar a um operador histórico num mercado dinâmico uma vantagem concorrencial duradoura e, por conseguinte, ter efeitos negativos a longo prazo sobre a concorrência. Tal pode acontecer quando a restrição priva os rivais de beneficiarem de efeitos de rede ou quando um mercado apresenta uma predisposição para a oscilação (*tipping*) a favor de um produto.

(193) Na apreciação de restrições específicas podem ter de ser tomados em consideração outros fatores. Tais fatores incluem, nomeadamente, efeitos cumulativos, ou seja, a percentagem do mercado coberto por acordos semelhantes, a duração dos acordos e o quadro regulamentar, bem como certos comportamentos suscetíveis de indicar ou facilitar a colusão, tais como liderança em matéria de preços, alterações de preços anunciadas antecipadamente, discussões sobre o preço «justo», rigidez dos preços em resposta a capacidade excedentária, discriminações através dos preços e comportamentos colusivos anteriores.

4.1.2. **Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3**

(194) Mesmo os acordos de transferência de tecnologia que restringem a concorrência também têm muitas vezes efeitos pró-concorrenciais sob a forma de ganhos de eficiência que podem compensar os seus efeitos anticoncorrenciais. A apreciação dos possíveis efeitos pró-concorrenciais é realizada no âmbito do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado que prevê uma derrogação à regra de proibição definida no artigo 101.º, n.º 1. Para que essa exceção seja aplicável, o acordo de transferência de tecnologia deve preencher as quatro condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3 (ver ponto (9) das presentes Orientações). Uma empresa que invoque o artigo 101.º, n.º 3, deve demonstrar, através de argumentos e elementos de prova convincentes, que estão reunidas as quatro condições do referido artigo ([96]).

(195) A apreciação de acordos restritivos à luz do artigo 101.º, n.º 3, é efetuada tendo em conta o contexto real em que tais acordos são concluídos ([97]) e com base nos factos existentes num dado momento. A apreciação é, portanto, sensível a alterações essenciais dos factos. A regra de derrogação prevista no artigo 101.º, n.º 3, é aplicável enquanto estiverem reunidas as quatro condições e deixa de ser aplicável logo que tal deixar de se verificar ([98]). Contudo, ao aplicar o artigo 101.º, n.º 3, é necessário tomar em consideração os investimentos irrecuperáveis iniciais realizados por qualquer uma das partes, bem como o tempo necessário e as restrições exigidas para realizar e recuperar um investimento de melhoria da eficiência. O artigo 101.º não pode ser aplicado sem tomar em consideração o investimento *ex ante* e os riscos a ele relativos. O risco com que as partes se confrontam, bem como os investimentos irrecuperáveis que devem ser realizados para aplicar o acordo, podem assim conduzir a que o acordo não seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, ou que satisfaça as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, durante o tempo necessário para a recuperação do investimento.

([96]) Ver acórdão do Tribunal de 27 de junho de 2024, *Teva UK e o./Comissão*, C-198/19 P, ECLI:EU:C:2024:551, n.º 135.

([97]) Ver o Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 1985, *Ford/Comissão*, processos apensos 25/84 e 26/84, ECLI:EU:C:1985:340, n.ºs 25-26 e as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (referidas na nota de rodapé 9), n.º 44.

([98]) Ver, por exemplo, a Decisão 1999/242/CE da Comissão, de 3 de março de 1999, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (IV/36.237 — *TPS*) (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6, ELI: http://data.europa.eu/eli/dec/1999/242/oj)). Do mesmo modo, a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, apenas é aplicável a acordos que tenham objetivos ou efeitos restritivos.

(196) A primeira condição do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado exige uma apreciação dos benefícios objetivos gerados pelo acordo. A secção 2.2 das presentes Orientações apresenta exemplos desses ganhos de eficiência.

(197) A terceira condição do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado exige que o acordo não imponha restrições que não sejam indispensáveis para a realização dos benefícios objetivos do acordo. Ao avaliar se o teste de indispensabilidade é cumprido, a Comissão examinará nomeadamente se cada restrição permite realizar a atividade em causa da forma mais eficaz do que se a restrição em causa não tivesse existido. Nesta apreciação devem ser tomadas em consideração as condições e realidades do mercado com que as partes se confrontam. Não é necessário que as empresas que invocam o benefício do artigo 101.º, n.º 3, tenham em conta alternativas hipotéticas e teóricas. Devem, contudo, explicar e demonstrar a razão pela qual alternativas aparentemente realistas e em grande medida menos restritivas seriam significativamente menos eficientes. Se o recurso a uma alternativa que se afigure comercialmente realista e menos restritiva viesse dar origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa seria considerada indispensável. Em certos casos, pode igualmente revelar-se necessário analisar se o acordo enquanto tal é indispensável para obter ganhos de eficiência. No caso de um simples licenciamento entre duas partes, não é geralmente necessário ir além de uma análise do caráter indispensável das diferentes restrições individuais. Normalmente, não existem alternativas menos restritivas em relação ao acordo de licenciamento.

(198) A segunda condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado exige que os consumidores recebam uma parte equitativa dos benefícios. Tal significa que os consumidores dos produtos fabricados no quadro da licença devem beneficiar de compensações, pelo menos em relação aos efeitos negativos do acordo ([99]). Tal significa que os ganhos de eficiência devem compensar inteiramente o eventual impacto negativo do acordo nos preços, produção e outros fatores relevantes. Podem concretizar-se através da alteração da estrutura de custos da empresa em causa, o que constituirá um incentivo para reduzir os preços, ou permitindo que os consumidores tenham acesso a produtos novos ou melhorados, compensando-os por eventuais aumentos prováveis dos preços ([100]).

(199) A última condição do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado exige que o acordo não dê às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Tal pressupõe uma análise das outras fontes de pressão concorrencial remanescente no mercado e do impacto do acordo nessas fontes de concorrência. Na aplicação desta condição, há que ter em conta a relação entre o artigo 101.º, n.º 3, e o artigo 102.º. Segundo jurisprudência constante, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não pode impedir a aplicação do artigo 102.º do Tratado ([101]). Além disso, como os artigos 101.º e 102.º se destinam ambos a manter a concorrência efetiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o artigo 101.º, n.º 3, seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos restritivos que constituem um abuso de posição dominante ([102]). O facto de o acordo reduzir substancialmente a concorrência em relação a um parâmetro relevante não significa necessariamente que toda a concorrência seja eliminada na aceção do artigo 101.º, n.º 3. Um acordo de agrupamento de tecnologias pode, por exemplo, levar ao surgimento de uma norma industrial, que conduzirá a uma situação em que a concorrência é reduzida entre os formatos tecnológicos. A partir do momento em que os principais operadores do mercado tiverem adotado um determinado formato, os efeitos de rede podem dificultar muito a sobrevivência de formatos alternativos. Contudo, tal não significa que a criação de uma norma de facto do setor elimina sempre a concorrência na aceção da última condição do artigo 101.º, n.º 3, em especial quando os fornecedores mantêm a liberdade de concorrer a nível dos preços, da qualidade, da escolha, da inovação e das características dos produtos.

([99]) Ver ponto 85 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 9.

([100]) Ibidem, n.os 98 e 102.

([101]) Ver, por analogia, o Acórdão do Tribunal de 16 de março de 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e o./Comissão*, C-395/96 P e C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, n.º 130. De modo semelhante, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não impede a aplicação das regras do Tratado sobre a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Estas regras são, em determinadas circunstâncias, aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas na aceção do artigo 101.º. Nesse sentido, ver acórdão do Tribunal de 19 de fevereiro de 2002, *Wouters*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, n.º 120.

([102]) Ver, a este respeito, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de julho de 1990, *Tetra Pak* (I), T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41. Ver igualmente o ponto 106 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado citadas na nota de rodapé 9 das presentes Orientações da Comissão.

4.2. *Aplicação do artigo 101.º do Tratado a diferentes tipos de restrições próprias dos acordos de licenciamento*

(200) A presente secção aborda os diferentes tipos de restrições que normalmente constam dos acordos de transferência de tecnologia. As restrições já abordadas nas outras secções das presentes Orientações, nomeadamente na secção 3.4 relativa às restrições graves e na secção 3.5 relativa às restrições excluídas, só serão tratadas resumidamente na presente secção.

(201) A presente secção abrange simultaneamente os acordos entre concorrentes e os acordos entre não concorrentes. Para acordos entre concorrentes, 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. Com efeito, quando as empresas não são nem concorrentes reais nem concorrentes potenciais num mercado da tecnologia relevante ou num mercado de produtos que incorporam a tecnologia licenciada, uma licença recíproca é equivalente, a nível prático, a duas licenças distintas. A situação é diferente para os acordos em que as partes reúnem um pacote tecnológico, que é então licenciado a terceiros. Esses acordos são abordados na presente secção.

(202) A presente secção não abrange as obrigações incluídas nos acordos de transferência de tecnologia que não restringem geralmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Essas obrigações incluem, nomeadamente:

(a) Obrigações de confidencialidade;

(b) Obrigações impostas ao licenciado de não conceder sublicenças;

(c) Obrigações de não utilizar os direitos de tecnologia licenciados após o termo do acordo, desde que os direitos de tecnologia licenciados permaneçam válidos e em vigor;

(d) Obrigações de prestar assistência ao licenciante na aplicação dos direitos de propriedade intelectual licenciados;

(e) Obrigações de pagar as *royalties* mínimas ou de produzir uma quantidade mínima de produtos que incorporem a tecnologia licenciada;

(f) Obrigações de utilizar a marca do licenciante ou de indicar a designação do licenciante no produto.

4.2.1. **Obrigações em matéria de royalties**

(203) As partes num acordo de transferência de tecnologia têm, por regra geral, liberdade para determinar as *royalties* a pagar pelo licenciado e o seu modo de pagamento, sem que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Esse princípio é aplicável simultaneamente aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes. 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 *input* integrado seguidamente um 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 ([103]). No caso das *royalties* relativas ao licenciamento de programas informáticos com base no número de utilizadores e royalties calculadas com base em unidades de equipamento, estas são regra geral compatíveis com o artigo 101.º, n.º 1.

(204) Além da isenção por categoria, as disposições em matéria de *royalties* nos acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes podem restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado quando os concorrentes concedem licenças cruzadas e impõem *royalties* claramente desproporcionadas em relação ao valor de mercado da licença e quando as partes têm estruturas de custos semelhantes, ou quando essas *royalties* têm um impacto significativo nos preços de mercado. Ao apreciar se as royalties são desproporcionadas, é necessário ter em conta as *royalties* pagas por outros licenciados no mercado do produto pelas mesmas tecnologias ou por tecnologias substitutivas. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

([103]) Tal não prejudica a eventual aplicação do artigo 102.º do Tratado à fixação das *royalties* (ver Acórdão do Tribunal de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, C-27/76,ECLI:EU:C:1978:22, n.º 250, ver também Acórdão do Tribunal de 16 de julho de 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Comissão*, C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, n.º 142).

(205) A isenção por categoria só se aplica aos acordos de transferência de tecnologia se os direitos de tecnologia licenciados ao abrigo do acordo forem válidos e estiverem em vigor. Contudo, os acordos que contêm obrigações de *royalties* que se prolongam para além do período de validade dos direitos de tecnologia licenciados não restringem necessariamente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, em especial quando o licenciado pode rescindir livremente o acordo. Por exemplo, este tipo de disposição pode permitir ao licenciado repartir as *royalties* por um período mais longo. Se, após a caducidade dos direitos de tecnologia licenciados, terceiros puderem legalmente explorar a tecnologia e criar pressão concorrencial suficiente no mercado, é pouco provável que as *royalties* posteriores à expiração restrinjam a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1 ([104]). Contudo, em circunstâncias específicas, essas obrigações podem restringir a concorrência, por exemplo, se, depois de os direitos expirarem, a rescisão do acordo prejudicar significativamente a capacidade do licenciado para permanecer ativo no mercado e se a pressão concorrencial de terceiros não for suficiente (por exemplo, devido a elevados obstáculos à entrada) ([105]).

(206) No caso de acordos entre não concorrentes, a isenção por categoria abrange os acordos em que as *royalties* são calculadas com base simultaneamente nos produtos fabricados com a tecnologia licenciada e nos produtos fabricados com tecnologias licenciadas de terceiros. Tais acordos podem facilitar o cálculo das *royalties*. Contudo, podem igualmente dar origem a uma exclusão do mercado, dado aumentarem o custo de utilização dos *inputs* de terceiros, podendo ter assim efeitos semelhantes aos de uma obrigação de não concorrência. Nos casos em que as *royalties* são pagas não apenas em relação aos produtos fabricados com a tecnologia licenciada, mas também em relação aos produtos fabricados com a tecnologia de terceiros, tais *royalties* aumentarão os custos destes últimos produtos e reduzirão a procura da tecnologia de terceiros. Para lá da isenção por categoria, deve ser considerada, portanto, a questão de saber se a restrição tem efeitos de exclusão. Para esse fim, afigura-se apropriado utilizar o quadro analítico definido na secção 4.2.7 das presentes Orientações. No caso de efeitos de exclusão significativos, tais acordos são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, e é pouco provável que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, a menos que não exista qualquer outro método prático de calcular e monitorizar o pagamento das *royalties*.

4.2.2. **Licenças exclusivas e restrições de vendas**

(207) Para o efeito das presentes Orientações, afigura-se útil estabelecer uma distinção entre restrições da produção num determinado território (licenças exclusivas ou únicas) e restrições da venda de produtos que incorporam a tecnologia licenciada num determinado território e/ou a um determinado grupo de clientes (restrições de vendas).

4.2.2.1. *Licenças exclusivas e únicas*

(208) Uma licença exclusiva significa que o próprio licenciante não está autorizado a produzir com base nos direitos da tecnologia licenciada, nem a licenciar esses direitos a terceiros, em geral ou para uma determinada utilização ou num determinado território. Nesses casos, o licenciado é a única parte autorizada a produzir com base nos direitos de tecnologia licenciados para a utilização ou no território em causa.

(209) Uma licença única significa que o licenciante se compromete a não conceder licenças a terceiros para produzir num determinado território, mas conserva o direito de produzir utilizando ele própria a tecnologia licenciada.

(210) Quando o licenciante se compromete a não produzir ele próprio nem a licenciar a outros para produzirem num determinado território, esse território pode abranger todo o mundo ou qualquer parte do mesmo.

(211) Muitas vezes as licenças exclusivas e únicas são acompanhadas de restrições de vendas, que limitam as partes em relação ao local onde podem vender produtos que incorporam a tecnologia licenciada.

(212) A concessão recíproca de licenças exclusivas entre concorrentes é uma forma de partilha de mercado e de clientes, tal como estabelecido no artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT. Contudo, a concessão recíproca de licenças únicas entre concorrentes é objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. No âmbito de um acordo desse tipo, as partes comprometem-se mutuamente a não licenciar as suas tecnologias concorrentes a terceiros, mas podem continuar a utilizar elas próprias as tecnologias. Nos casos em que as partes dispõem de um poder de mercado significativo, tais acordos podem facilitar a colusão, garantindo que as partes são as únicas fontes de produção no mercado com base nas tecnologias licenciadas.

([104]) Ver acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de julho de 2016, *Genentech*, C-567/14, ECLI:EU:C:2016:526, n.os 39-40.
([105]) Ver também o ponto (124) e seguintes.

(213) A concessão de licenças exclusivas não recíprocas entre concorrentes é objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Acima do limiar da quota de mercado, a concessão de licenças exclusivas pode produzir efeitos restritivos; quanto maior for o poder de mercado de cada uma das partes, maior será a probabilidade de efeitos restritivos. Quando a licença exclusiva é mundial, implica que o licenciante abandona o mercado. Se a exclusividade se limitar a um determinado território, tal como um Estado-Membro, o acordo implica que o licenciante se abstém de produzir bens e serviços com base na tecnologia licenciada dentro do território em questão. Para apreciar essas licenças exclusivas, é necessário ter em conta o poder de mercado do licenciante e do licenciado. Se ambos dispuserem de uma posição de mercado limitada no mercado do produto ou se o licenciante não tiver capacidade para explorar eficazmente a tecnologia no território do licenciado, é pouco provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Existe um caso especial quando o licenciante e o licenciado apenas estiverem em concorrência no mercado da tecnologia. O licenciante, por exemplo, um instituto de investigação ou uma pequena empresa baseada na investigação, como uma empresa derivada, que concorre com o licenciado apenas no mercado da tecnologia, não dispõe de capacidades de produção e distribuição para introduzir efetivamente no mercado produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Nesses casos, o licenciante não é capaz de competir efetivamente a jusante no mercado do produto. Consequentemente, é pouco provável que a licença exclusiva restrinja a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, desde que o licenciado não tenha poder de mercado significativo no mercado do produto.

(214) A concessão de licenças exclusivas entre não concorrentes, na medida em que seja abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, pode satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Uma licença exclusiva é frequentemente necessária para induzir o licenciado a investir na tecnologia licenciada e para introduzir atempadamente os produtos no mercado. É em especial o que sucede quando o licenciado deve realizar investimentos avultados para continuar a desenvolver a tecnologia licenciada. A intervenção contra a exclusividade depois de o licenciado ter comercializado com êxito a tecnologia licenciada privaria o licenciado de beneficiar financeiramente do seu investimento e seria prejudicial para a concorrência, a divulgação da tecnologia e a inovação. Por conseguinte, a Comissão só intervirá excecionalmente em relação à concessão de licenças exclusivas em acordos entre não concorrentes, independentemente do âmbito territorial da licença.

(215) Contudo, se o licenciado já detiver uma tecnologia substituível utilizada na produção interna, a licença exclusiva poderá não ser necessária para incentivar o licenciado a introduzir um produto no mercado. Nesses casos, a concessão de licenças exclusivas pode, pelo contrário, ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado em especial quando o licenciado dispuser de poder de mercado no mercado do produto. A principal situação em que a intervenção pode estar garantida é quando um licenciado em posição dominante obtém uma licença exclusiva para uma ou mais tecnologias concorrentes. Tais acordos são suscetíveis de ser abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, e é improvável que satisfaçam as condições constantes do artigo 101.º, n.º 3. Para que o artigo 101.º, n.º 1, seja aplicável, a entrada no mercado da tecnologia tem de ser difícil e a tecnologia licenciada tem de constituir uma fonte efetiva de concorrência no mercado. Em tais circunstâncias, uma licença exclusiva pode excluir terceiros licenciados do mercado, levantar obstáculos à entrada e permitir ao licenciado preservar ou reforçar o seu poder de mercado.

(216) Os acordos de concessão de licenças cruzadas, através dos quais duas ou mais partes acordam licenciar as suas tecnologias unicamente uma à outra e não licenciar essa tecnologia a terceiros, coloca problemas específicos quando o pacote de tecnologias resultante cria uma norma de facto do setor a que terceiros devem ter acesso para se tornarem concorrentes efetivos no mercado. Nesses casos, o acordo cria uma norma fechada reservada às partes do acordo. A Comissão apreciará esses acordos em conformidade com os princípios aplicados aos agrupamentos de tecnologias (ver secção 4.4 das presentes Orientações). Em especial, as tecnologias que apoiam essa norma devem normalmente ser licenciadas a terceiros em condições justas, razoáveis e não discriminatórias ([106]), em consonância com o processo de elaboração de normas aplicável ([107]). Quando as partes no acordo estiverem em concorrência com terceiros num mercado do produto existente e os acordos incidirem sobre esse mercado do produto, uma norma fechada pode ter efeitos de exclusão importantes. A incidência negativa na concorrência só pode ser evitada concedendo igualmente licenças a terceiros.

([106]) Ver a este respeito a Comunicação da Comissão no processo Canon/Kodak (JO C 330 de 1.11.1997, p. 10) e o processo IGR Stereo Television mencionado em: Comissão Europeia, XI Relatório sobre a Política de Concorrência — publicado em conjunto com o *Fifteenth General Report on the Activities of the European Communities* em 1981, Serviço das Publicações da União Europeia, 1982, n.º 94.

([107]) Ver as orientações sobre normalização no capítulo 7 das Orientações relativas aos acordos horizontais.

4.2.2.2. *Restrições de vendas*

(217) No que diz respeito a restrições de vendas, tem que se estabelecer uma distinção entre os acordos de licenciamento entre concorrentes e licenciamento entre não concorrentes.

(218) As restrições relativas às vendas ativas e passivas efetuadas por uma ou por ambas as partes num acordo recíproco entre concorrentes são restrições graves da concorrência nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT. Tais restrições de vendas são geralmente abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e têm pouca possibilidade de satisfazer as condições constantes do artigo 101.º, n.º 3. Considera-se em geral que tais restrições constituem uma partilha de mercado, uma vez que impedem a parte afetada de vender ativa e passivamente em territórios e a grupos de clientes que abastecem efetivamente, ou que poderiam ter razoavelmente abastecido, na ausência do acordo.

(219) No caso de acordos não recíprocos entre concorrentes, a isenção por categoria é aplicável a restrições relativas às vendas ativas ou passivas por parte do licenciado ou do licenciante no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte (ver artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i, do RICTT) até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Acima do limiar de quota de mercado, essas restrições de vendas são abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, quando uma ou ambas as partes dispuserem de um poder de mercado significativo. Tais restrições podem, no entanto, ser indispensáveis para a divulgação de tecnologias valiosas e, por conseguinte, satisfazer as condições previstas no 101.º, n.º 3. É o que pode acontecer quando o licenciante dispuser de uma posição de mercado relativamente fraca no território em que ele próprio explora a tecnologia. Nesses casos, as restrições de vendas ativas pelo licenciado podem ser indispensáveis para induzir o licenciante a conceder a licença. Na ausência de tais restrições, o licenciante poderia enfrentar uma concorrência ativa na sua principal área de atividade. Do mesmo modo, as restrições de vendas ativas impostas pelo licenciante podem ser indispensáveis, em especial quando o licenciado dispõe de uma posição de mercado relativamente fraca no território que lhe é atribuído e tem de realizar investimentos significativos a fim de explorar de forma eficaz a tecnologia licenciada.

(220) A isenção por categoria aplica-se igualmente às restrições de vendas ativas pelo licenciado num território ou a um grupo de clientes atribuído a um outro licenciado que não era concorrente do licenciante no momento da celebração do acordo de transferência de tecnologia. Contudo, só se aplica quando o acordo não é recíproco [ver artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea ii), do RICTT]. Acima do limiar de quota de mercado, tais restrições de vendas ativas podem ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, se as partes dispuserem de um poder de mercado significativo. Todavia, é provável que a restrição seja indispensável, na aceção do 101.º, n.º 3, durante o tempo necessário para que o licenciado protegido penetre num novo mercado e estabeleça uma presença no mercado do território atribuído ou face ao grupo de clientes atribuído. Esta proteção contra vendas ativas permite ao licenciado superar assimetrias a que está sujeito devido ao facto de alguns dos licenciados serem empresas concorrentes do licenciante e, portanto, já estabelecidas no mercado. As restrições de vendas passivas por parte de licenciados num território ou a um grupo exclusivo de clientes que tenham sido exclusivamente atribuídos a um outro licenciado são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT.

(221) No caso de acordos entre não concorrentes, as restrições à capacidade do licenciado para efetuar vendas ativas e passivas num território ou a um grupo de clientes reservado exclusivamente ao licenciante são objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. Acima desse limiar, tais restrições exigem uma apreciação individual. Em certos casos, podem não ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado ou preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3, por exemplo, se forem objetivamente necessárias para a divulgação de tecnologias valiosas. É o que pode acontecer quando o licenciante dispõe de uma posição de mercado relativamente fraca no território em que ele próprio explora a tecnologia. Nesses casos, as restrições da capacidade do licenciado para efetuar vendas ativas podem ser indispensáveis para induzir o licenciante a conceder a licença. Na ausência de tais restrições, o licenciante poderia enfrentar uma concorrência ativa na sua principal área de atividade. Noutros casos, as restrições de vendas impostas ao licenciado poderão ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, e terão poucas possibilidades de satisfazer as condições constantes do artigo 101.º, n.º 3. É provavelmente o caso se o licenciante dispuser individualmente de um poder de mercado significativo e se uma série de acordos semelhantes, concluídos por licenciantes que em conjunto detêm uma forte posição no mercado, tiver um efeito cumulativo.

(222) Contudo, no caso de acordos entre não concorrentes, em que o licenciante opera um sistema de distribuição seletiva num determinado território, não é permitido combinar esse sistema com atribuições territoriais ou de grupos de clientes exclusivas, sempre que tal conduza a uma restrição das vendas ativas ou passivas aos utilizadores finais. Tal combinação constituiria uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea c), do RICTT (ver ponto (151) das Orientações).

(223) As restrições de vendas impostas ao licenciante, se abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, satisfazem normalmente as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, 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 ativas, são frequentemente indispensáveis, na aceção do artigo 101.º, n.º 3, 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 enfrentasse a concorrência direta do licenciante, cujos custos de produção não são agravados pelas *royalties* a pagar, conduzindo eventualmente a níveis subotimizados de investimento.

(224) No que respeita às restrições em acordos entre não concorrentes da capacidade do licenciado para efetuar vendas ativas em territórios ou a grupos de clientes atribuídos exclusivamente a outros licenciados, essas restrições são objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. Acima desse limiar, tais restrições exigem uma apreciação individual. Quando o licenciado tem um poder significativo no mercado, essas restrições podem limitar a concorrência intratecnologia e, provavelmente, estão abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Todavia, tais restrições podem satisfazer as condições do artigo 101.º, n.º 3, quando forem necessárias para impedir qualquer parasitismo e incentivar o licenciado a realizar os investimentos necessários para uma exploração eficiente da tecnologia licenciada no seu território, bem como para promover as vendas do produto fabricado sob licença. As restrições às vendas passivas são classificadas como restrições graves pelo artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT (ver pontos (144) a (151) *supra*). Em geral, é pouco provável que tais restrições preencham as condições do artigo 101.º, n.º 3.

4.2.3. **Limitação da produção**

(225) As limitações recíprocas da produção no âmbito de acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes constituem uma restrição grave abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT (ver ponto (128) das Orientações). O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), não abrange a limitação da produção relativa à tecnologia licenciada imposta ao licenciado num acordo não recíproco ou imposta a apenas um dos licenciados num acordo recíproco. Tal limitação é objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Acima desse limiar, as restrições da produção exigem uma apreciação individual. Tais restrições podem restringir a concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, quando as partes têm um poder de mercado significativo. Contudo, é provável que o artigo 101.º, n.º 3, seja aplicável em casos em que a tecnologia do licenciante é substancialmente melhor do que a tecnologia do licenciado e a limitação da produção ultrapassa significativamente a produção do licenciado antes da conclusão do acordo. Nesse caso, o efeito da limitação da produção é restrito mesmo em mercados em que a procura é crescente. Na aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado deve ter-se em conta igualmente o facto de tal limitação poder ser necessária para induzir o licenciante a divulgar a sua tecnologia o mais amplamente possível. Um licenciante poderia, por exemplo, hesitar em licenciar aos seus concorrentes se não pudesse limitar a licença a um local de produção específico com uma determinada capacidade (licença de sítio). Se o acordo de transferência de tecnologia der origem a uma real integração de ativos complementares, a limitação da produção do licenciado pode, portanto, satisfazer as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3. Todavia, tal é pouco provável se as partes dispuserem de um poder de mercado significativo.

(226) A limitação da produção nos acordos de transferência de tecnologia entre não concorrentes beneficia da isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. Acima desse limiar, é necessária uma apreciação individual dos efeitos. O principal risco anticoncorrencial associado às limitações da produção dos licenciados nos acordos entre não concorrentes é a redução da concorrência intratecnologia entre licenciados. O significado de tais efeitos anticoncorrenciais depende da posição de mercado do licenciante e dos licenciados e da medida em que a limitação da produção impede o licenciado de satisfazer a procura dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada.

(227) Se a limitação da produção estiver associada a territórios exclusivos ou grupos exclusivos de clientes, os seus efeitos restritivos aumentam. A combinação destes dois tipos de restrições aumenta a probabilidade de um acordo ter por objetivo a partilha dos mercados.

(228) A limitação da produção imposta aos licenciados em acordos entre não concorrentes pode igualmente ter efeitos pró-concorrenciais quando promovem a divulgação de uma tecnologia. O licenciante, enquanto fornecedor de tecnologia, deve normalmente poder determinar a produção fabricada pelo licenciado com a tecnologia licenciada. Se o licenciante não tivesse a liberdade de determinar a produção do licenciado, um certo número de

acordos de transferência de tecnologia poderia nunca ter existido, o que teria consequências negativas em relação à divulgação de uma tecnologia. Tal poderá nomeadamente acontecer quando o licenciante for igualmente um produtor, uma vez que a produção do licenciado pode então encontrar-se no território principal de atividade do licenciante, tendo assim uma incidência direta nas suas atividades. Por outro lado, a limitação da produção é, sem dúvida, menos necessária para garantir a divulgação da tecnologia do licenciante, quando combinada com restrições de vendas que proíbam o licenciado de vender no território ou a um grupo de clientes reservado ao licenciante.

4.2.4. **Restrições do domínio de utilização**

(229) No âmbito de uma restrição do domínio de utilização, a utilização da tecnologia licenciada pelo licenciado está limitada a um ou mais domínios técnicos de aplicação, mercados do produto ou setores industriais. Tal significa que o licenciado só pode utilizar os direitos de tecnologia licenciados nessas áreas especificadas. Um setor industrial pode englobar vários mercados do produto, mas não faz parte de um mercado do produto. A mesma tecnologia pode frequentemente ser utilizada para fabricar diferentes produtos; estes produtos podem pertencer ao mesmo mercado ou a mercados de produtos diferentes. Por exemplo, uma tecnologia de moldagem pode ser utilizada, no mesmo setor industrial, para fabricar garrafas e copos de plástico, pertencendo cada produto a um mercado do produto distinto. Contudo, um mercado do produto único pode comportar vários domínios técnicos de utilização. Por exemplo, uma tecnologia para o fabrico de conjuntos de circuitos integrados (*chipsets*) pode ser utilizada para fabricar conjuntos de circuitos integrados que funcionem com até quatro CPU (unidades centrais de processamento) e com mais de quatro CPU. Uma licença que limite a utilização da tecnologia licenciada ao fabrico de conjuntos de circuitos integrados que funcionem com até quatro CPU constitui uma restrição do domínio técnico de utilização.

(230) Dado que as restrições do domínio de utilização são abrangidas pela isenção por categoria e que certas restrições associadas aos clientes são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), e do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT, é importante estabelecer uma distinção entre as duas categorias de restrições (ver também os pontos (138) e (139) das presentes Orientações). Uma restrição relativamente aos clientes pressupõe que sejam identificados grupos de clientes específicos e que as partes sejam restringidas nas vendas que realizam a esses grupos. O facto de uma restrição do domínio de utilização poder corresponder a certos grupos de clientes num mercado do produto não implica que a restrição seja uma restrição dos clientes. Por exemplo, o facto de certos clientes comprarem predominante ou exclusivamente conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com mais de quatro CPU não implica que uma licença limitada a conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com um máximo de quatro CPU constitua uma restrição dos clientes. Todavia, o domínio de utilização deve ser definido objetivamente por referência a características técnicas identificadas e significativas do produto contratual.

(231) Uma vez que certas restrições da produção são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT, é importante referir que as restrições do domínio de utilização não são consideradas restrições da produção. Tal deve-se ao facto de uma restrição do domínio de utilização não limitar o que o licenciado pode produzir no âmbito do domínio de utilização licenciado.

(232) Tal como sucede com os territórios, os domínios de utilização podem ser atribuídos ao licenciado através de uma licença exclusiva ou única. Ver secção 4.2.2.1 das presentes Orientações para uma explicação da diferença entre o licenciamento exclusivo e o licenciamento único, incluindo o impacto na capacidade do licenciante para explorar a tecnologia licenciada no domínio de utilização em causa. Em especial no que se refere aos acordos de licenciamento entre concorrentes, isto significa que a concessão de licenças exclusivas recíprocas é uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c) do RICTT.

(233) As restrições do domínio de utilização podem ter efeitos pró-concorrenciais dado incentivarem o licenciante a licenciar a sua tecnologia para aplicações não abrangidas pela sua principal área de atividade. Se um licenciante não pudesse impedir os licenciados de operarem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia ou em domínios em que o valor da tecnologia ainda não está bem estabelecido, essa situação iria desincentivar o licenciante do licenciamento ou resultaria na cobrança de uma *royalty* mais elevada. O facto de, em certos setores, o licenciamento ocorrer frequentemente para garantir a liberdade de conceção, suprimindo o risco de alegações de infração, deve igualmente ser tido em conta. No âmbito da licença, o licenciado pode desenvolver a sua própria tecnologia sem temer alegações de infração por parte do licenciante.

(234) As restrições do domínio de utilização impostas aos licenciados em acordos entre concorrentes reais ou potenciais são objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Acima do limiar de quota de mercado, tais restrições devem ser apreciadas individualmente. O principal problema em termos de concorrência é o risco de que o licenciado deixe de constituir uma força competitiva fora do domínio de utilização licenciado. O risco é maior no caso do licenciamento cruzado entre concorrentes, em que o acordo prevê restrições assimétricas do domínio de utilização. As restrições do domínio de utilização são assimétricas quando uma parte é autorizada a utilizar a tecnologia licenciada num setor industrial, mercado do produto ou domínio técnico de aplicação e a

outra parte é autorizada a utilizar a outra tecnologia licenciada num setor industrial, mercado do produto ou domínio técnico de aplicação diferente. 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 com a sua própria tecnologia produtos não abrangidos pelo domínio de utilização licenciado. Se o acordo for suscetível de levar o licenciado a reduzir a produção fora do domínio de utilização licenciado, é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1 do Tratado. É pouco provável que restrições do domínio de utilização simétricas, ou seja, acordos através dos quais as partes obtêm licenças para utilizar as tecnologias uma da outra no ou nos mesmos domínios de utilização, sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1. É improvável que tais acordos restrinjam a concorrência que existia na ausência do acordo. É também pouco provável que o artigo 101.º, n.º 1, seja aplicável a acordos que apenas permitem ao licenciado desenvolver e explorar a sua própria tecnologia dentro do âmbito da licença sem temer alegações de infração por parte do licenciante. Nesses casos, as restrições do domínio de utilização não restringem por si só a concorrência que existia na ausência do acordo. Na ausência do acordo, o licenciado também se arriscava a alegações de infração fora do âmbito do domínio de utilização licenciado. No entanto, se o licenciado, sem qualquer justificação comercial, cessar ou diminuir as suas atividades na área fora do domínio de utilização licenciada, tal pode constituir uma indicação de um acordo subjacente de partilha do mercado equivalente a uma restrição grave abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT.

(235) As restrições do domínio de utilização impostas ao licenciado e ao licenciante em acordos entre não concorrentes são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. Acima do limiar de quota de mercado, tais restrições exigem uma apreciação individual. Em geral, não restringem a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado ou então reforçam a eficiência e podem, por conseguinte, preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3. Favorecem a divulgação de tecnologia, incentivando o licenciante a conceder licenças de exploração relativamente aos domínios em que este não pretende explorar ele próprio a tecnologia em causa. Se não conseguir impedir que os licenciados operem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia, um licenciante pode não ter qualquer incentivo para conceder licenças.

(236) Em acordos entre não concorrentes, o licenciante também pode normalmente conceder licenças exclusivas ou únicas a licenciados diferentes, limitadas a um ou vários domínios de utilização. Essas restrições limitam a concorrência intratecnologia entre licenciados da mesma maneira que as licenças territoriais exclusivas e são avaliadas da mesma forma (ver secção 4.2.2.1 das Orientações).

4.2.5. **Restrições de utilização cativa**

(237) Uma restrição de utilização cativa é uma obrigação imposta ao licenciado de limitar o seu fabrico dos produtos que incorporem a tecnologia licenciada 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 obriga o licenciado a só utilizar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada como *input* destinado a ser integrado na sua própria produção. Não permite ao licenciado vender o produto que incorpora a tecnologia licenciada para incorporação em produtos de outros produtores.

(238) As restrições de utilização cativa beneficiam da isenção por categoria até aos limiares de quota de mercado de 20 % e 30 %. Acima desses limiares, tais restrições exigem uma apreciação individual. A este respeito, é necessário estabelecer uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.

(239) No caso dos acordos de transferência de tecnologia entre concorrentes, um requisito que imponha ao licenciado a utilização da tecnologia licenciada somente para fabricar *inputs* que sejam incorporados nos seus próprios produtos impede-o de fornecer componentes a produtores terceiros. Se, antes da celebração do acordo, o licenciado não era um fornecedor real ou potencial desses componentes a outros produtores, a restrição de utilização cativa em nada altera a situação existente antes da celebração do acordo. Nesses casos, a restrição será apreciada da mesma forma que no caso dos acordos entre não concorrentes. Em contrapartida, se o licenciado for um fornecedor efetivo ou potencial de componentes, é necessário avaliar o impacto do acordo nessa atividade. Se, ao equipar-se para utilizar a tecnologia do licenciante, o licenciado deixar de utilizar a sua própria tecnologia de uma forma autónoma e, portanto, deixar de ser um fornecedor de componentes, o acordo restringe a concorrência que existia antes da celebração do acordo. Pode ter graves efeitos anti-concorrência no mercado nos casos em que o licenciante dispuser de um significativo poder de mercado no mercado de componentes.

(240) No que respeita aos acordos de transferência de tecnologia entre não concorrentes, as restrições de utilização cativa apresentam dois grandes riscos para a concorrência: uma restrição da concorrência intratecnologia no mercado de fornecimento de *inputs*; e a prevenção da arbitragem entre licenciados, o que pode aumentar a capacidade do licenciante para impor *royalties* discriminatórias aos licenciados.

(241) Contudo, as restrições de utilização cativa podem ser igualmente promover o licenciamento pró-concorrencial. Se um licenciante for um fornecedor de componentes, a restrição pode ser necessária para que a tecnologia seja divulgada entre não concorrentes. Na ausência da restrição, o licenciante pode não conceder a licença, ou pode fazê-lo apenas com *royalties* mais elevadas, uma vez que, de outra forma, criaria uma concorrência direta consigo mesmo no mercado dos componentes. Nesses casos, uma restrição à utilização cativa não restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado nem preenche as condições do artigo 101.º, n.º 3. No entanto, o licenciado não pode ser impedido de vender o produto licenciado enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos. O licenciado deve estar em condições de assegurar o serviço pós-venda para os seus próprios produtos, incluindo através de prestadores de serviço pós-venda independentes que assegurem a manutenção e a reparação dos produtos fabricados pelo licenciado.

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

4.2.6. **Subordinação e agrupamento**

(243) No domínio do licenciamento de tecnologia, considera-se que existe subordinação quando o licenciante subordina o licenciamento 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). Existe um agrupamento quando duas tecnologias ou uma tecnologia e um produto são apenas vendidos em conjunto num pacote. Em ambos os casos, contudo, importa que os produtos e tecnologias em causa sejam distintos, ou seja, que exista uma procura distinta para cada produto e para cada tecnologia que integre a subordinação ou o agrupamento. Seguidamente, o termo «subordinação» refere-se a subordinação e agrupamento.

(244) O artigo 3.º do RICTT, que limita o âmbito da isenção por categoria por meio de limiares de quota de mercado, garante que a subordinação e o agrupamento não beneficiarão da isenção por categoria para além dos limiares de quota de mercado de 20 %, no caso de acordos entre concorrentes, e de 30 %, no caso de acordos entre não concorrentes. Os limiares de quota de mercado são aplicáveis a qualquer mercado da tecnologia ou do produto relevante afetado pelo acordo de transferência de tecnologia, incluindo o mercado do produto subordinado. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação da subordinação em casos individuais acima dos limiares de quota de mercado ([108]).

(245) O principal efeito restritivo da subordinação consiste em excluir os fornecedores concorrentes do produto subordinado. A subordinação pode também permitir ao licenciante manter o poder de mercado no mercado do produto subordinante, criando obstáculos à entrada. Por exemplo, pode obrigar os novos operadores no mercado a entrar simultaneamente em vários mercados. Além disso, a subordinação pode igualmente permitir ao licenciante aumentar as *royalties*, por exemplo 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 *inputs* de substituição em resposta a aumentos das *royalties* relativamente ao produto subordinante. 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

([108]) Para um exemplo da forma como este quadro analítico foi aplicado na prática, ver a Decisão da Comissão de 20 de dezembro de 2012 no processo AT.39230 — *Rio Tinto Alcan*, n.ºs 96 e seguintes.

poder de mercado significativo relativamente ao produto subordinante para poder restringir a concorrência relativamente ao produto subordinado. Na ausência de tal poder de mercado, é pouco provável que o licenciante possa tirar partido da sua tecnologia para excluir os fornecedores do produto subordinado. Além disso, tal como no caso das obrigações de não concorrência, a subordinação deve cobrir uma proporção suficiente do mercado do produto subordinado para que possam existir efeitos de exclusão significativos. Nos casos em que o licenciante tem poder de mercado no mercado do produto subordinado, e não no mercado do produto subordinante, a restrição é geralmente analisada como uma cláusula de não concorrência ou uma obrigação de quantidade. Tal reflete o facto de qualquer problema de concorrência ser suscetível de ter origem no mercado do produto subordinado e não no mercado do produto subordinante ([109]).

(246) A subordinação pode igualmente dar origem a ganhos de eficiência. É o que sucede 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, é frequente que a subordinação preencha as condições do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Quando os licenciados utilizarem a marca do licenciante ou quando for evidente para os consumidores que existe uma relação entre o produto que incorpora a tecnologia licenciada e o licenciante, o licenciante tem um interesse legítimo em assegurar que a qualidade dos produtos não prejudica o valor da sua tecnologia ou a sua reputação comercial. Além disso, se os consumidores tiverem conhecimento de que o licenciante e os seus licenciados produzem com base na mesma tecnologia, os licenciados não estarão provavelmente dispostos a obter uma licença, a menos que a tecnologia seja explorada por todos de forma tecnicamente satisfatória.

4.2.7. **Obrigações de não concorrência**

(247) No contexto do licenciamento 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 abranger um produto ou uma tecnologia suplementar fornecido pelo licenciante, a obrigação é abordada na secção 4.2.6 das presentes Orientações relativa à subordinação.

(248) O RICTT isenta as obrigações de não concorrência em relação aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes até aos limiares de quota de mercado de 20 % e 30 %, respetivamente. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação de obrigações de não concorrência em casos individuais acima do limiar da quota de mercado.

(249) O principal risco que as obrigações de não concorrência colocam à concorrência é a exclusão das tecnologias de terceiros. As obrigações de não concorrência podem também facilitar a colusão entre licenciantes quando vários licenciantes as utilizam em acordos separados (utilização cumulativa) ou no caso de concessão de licenças cruzadas entre concorrentes em que ambas as partes acordam em não utilizar tecnologias de terceiros. A exclusão de tecnologias concorrentes reduz as pressões concorrenciais sobre as *royalties* faturadas pelo licenciante e reduz a concorrência entre as tecnologias estabelecidas, limitando as perspetivas de os licenciados passarem a 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 que constitui o principal problema.

(250) Pode verificar-se exclusão quando uma proporção importante dos licenciados potenciais está já subordinada a uma ou, no caso de efeitos cumulativos, a várias fontes tecnológicas e não tem a possibilidade de explorar tecnologias concorrentes. Os efeitos da exclusão podem ser devidos a acordos concluídos por um único licenciante com um poder de mercado significativo ou ao efeito cumulativo de acordos concluídos por vários licenciantes, mesmo que cada acordo individual ou rede individual de acordos seja abrangida pelo RICTT. Contudo, neste último caso, não é provável que se registe um efeito cumulativo grave enquanto a proporção do mercado subordinado for inferior a 50 %. Acima desse limiar, é provável que os riscos de exclusão sejam importantes, quando existirem obstáculos relativamente elevados à entrada de novos licenciados. Se esses obstáculos forem reduzidos, novos licenciados poderão penetrar no mercado e explorar comercialmente tecnologias atrativas detidas por terceiros, constituindo desta forma uma real alternativa aos licenciados

([109]) No que respeita ao quadro analítico aplicável, ver secção 4.2.7 das presentes Orientações e pontos 298 e seguintes das Orientações relativas às restrições verticais.

estabelecidos. A fim de determinar quais as possibilidades reais de entrada e de extensão de que os terceiros dispõem, é também necessário 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 ativos 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 exclusão a nível da distribuição, a Comissão utilizará o quadro analítico apresentado na secção 8.2.1 das Orientações relativas às restrições verticais ([110]).

(251) Se o licenciante detiver um poder de mercado significativo, qualquer obrigação imposta aos licenciados de só adquirirem a tecnologia junto do licenciante pode dar origem a efeitos de exclusão significativos. Quanto mais forte for a posição de mercado do licenciante, maior será o risco de exclusão das tecnologias concorrentes. Para que os efeitos de exclusão sejam significativos, as obrigações de não concorrência não têm de abranger necessariamente uma parte substancial do mercado. Podem ocorrer efeitos de exclusão se as obrigações de não concorrência visarem empresas mais suscetíveis de licenciar tecnologias concorrentes. O risco de exclusão é particularmente elevado quando o número de potenciais licenciados é limitado.

(252) 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, em especial no que diz respeito ao saber-fazer licenciado. Se um licenciado for autorizado a obter licenças relativamente a direitos de tecnologia concorrentes pertencentes a terceiros, existe o risco de um saber-fazer obtido sob licença ser utilizado para a exploração de tecnologias concorrentes, beneficiando desta forma os concorrentes. Quando um licenciado também explora tecnologias concorrentes, esse facto pode dificultar o controlo dos pagamentos de *royalties* e pode constituir um desincentivo para os licenciantes celebrarem acordos de licenciamento.

(253) Em segundo lugar, as obrigações de não concorrência, possivelmente associadas a um território exclusivo, podem afigurar-se necessárias para que um licenciado seja encorajado a investir na tecnologia licenciada e a explorá-la eficazmente. Nos casos em que o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado devido a um efeito de exclusão significativo, pode afigurar-se necessária a escolha de uma alternativa menos restritiva para ser possível beneficiar do artigo 101.º, n.º 3. Essas alternativas podem incluir a imposição de obrigações de produção mínima ou de *royalties*, que normalmente têm menos potencial para excluir tecnologias concorrentes.

(254) Em terceiro lugar, quando o licenciante se compromete a realizar investimentos importantes a favor do cliente, por exemplo, em ações de formação ou numa adaptação da tecnologia licenciada às necessidades do licenciado, as obrigações de não concorrência ou 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 catividade. Contudo, na maioria dos casos, o licenciante poderá recuperar os custos desses investimentos através de um pagamento de montante fixo. Tal implica a existência de alternativas menos restritivas.

4.3. *Acordos de resolução de litígios*

(255) Os direitos de licenciamento de tecnologia em acordos de resolução de litígios podem servir 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 os seus próprios direitos de propriedade intelectual ([111]).

(256) Os acordos de resolução de litígios no contexto de litígios relativos a tecnologias são, em princípio, uma forma legítima para encontrar uma solução de compromisso aceitável para um litígio jurídico autêntico. Por outro lado, a contestação da validade e do âmbito dos direitos de propriedade intelectual faz parte da concorrência normal em setores em que existem direitos exclusivos em relação à tecnologia ([112]). Além disso, é do interesse público geral eliminar os direitos de propriedade intelectual não válidos, dado constituírem uma barreira desprovida de qualquer mérito à inovação e à atividade económica ([113]).

([110]) Ver nota de rodapé 20.

([111]) O RICTT e as presentes orientações não prejudicam a aplicação do artigo 101.º a acordos de resolução de litígios que não incluam um acordo de licenciamento.

([112]) Ver acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, *Generics (Reino Unido) e o.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.º 81. de 27 de junho de 2024, *Comissão/Krka*, C-151/19 P, ECLI:EU:C:2024:546, n.º 72. Acórdão de 27 de junho de 2024, *Comissão/Servier e o.* (C-176/19 P, EU:C:2024:549, n.º 105).

([113]) Ver Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing/Comissão, C-193/83, ECLI:EU:C:1986:75, n.º 92;

(257) Sob reserva de uma apreciação do seu conteúdo específico e do seu contexto económico, o licenciamento, incluindo a concessão de licenças cruzadas, no contexto de acordos de resolução de litígios pode ser considerada legítima do ponto de vista do direito da concorrência quando, na ausência da licença, o licenciado seria excluído do mercado ([114]).

(258) Contudo, os acordos de resolução de litígios podem igualmente restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, dependendo dos seus termos e dos termos de outros acordos entre as partes, bem como do contexto jurídico e económico dos mesmos ([115]). Nesses casos, é particularmente necessário apreciar se as partes são concorrentes efetivos ou potenciais.

Pagamento por restrições nos acordos de resolução de litígios

(259) Os acordos de resolução de litígios do tipo «*pay-for-restriction*» (pagamento por restrições) ou «*pay-for-delay*» (pagamento por adiamento) não implicam, muitas vezes, a transferência de direitos da tecnologia, mas baseiam-se numa transferência de valor de uma parte em troca de uma limitação à entrada e/ou à expansão no mercado da outra parte, podendo ser abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1 ([116]).

(260) Por exemplo, os acordos de resolução de litígios do tipo «pay-for-restrition» (pagamento por restrições) ou «pay--for-delay» (pagamento por adiamento) entre concorrentes efetivos ou potenciais são considerados uma restrição por objetivo sempre que seja evidente, a partir da análise do acordo, que as transferências de valor em causa não têm outra explicação senão servir os interesses comerciais tanto do detentor da tecnologia como das outras partes envolvidas em não concorrer com base no mérito ([117]). Tal aplica-se, por exemplo, quando uma parte efetua transferências de valor para uma ou mais outras partes, resultando num ganho líquido para essas partes suficientemente significativo para as desincentivar de entrar ou expandir-se no mercado de forma independente ([118]).

Licenciamento cruzado em acordos de resolução de litígios

(261) Os acordos de resolução de litígios em que as partes se limitam a conceder mutuamente licenças cruzadas e impõem restrições à utilização das suas tecnologias, incluindo restrições ao licenciamento a terceiros, podem ser abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. É pouco provável que o acordo suscite problemas de concorrência se as partes não forem concorrentes reais ou potenciais e o licenciamento cruzado se limitar ao necessário para resolver uma verdadeira posição de bloqueio bidirecional. Se, pelo contrário, as partes forem concorrentes e as partes partilharem mercados ou fixarem *royalties* recíprocas que tenham um impacto significativo nos preços de mercado, é muito provável que o acordo seja abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

(262) Quando, no âmbito do acordo de resolução de litígios, as partes tiverem o direito de utilizar a tecnologia uma da outra e o acordo abranger futuros desenvolvimentos, é necessário apreciar o impacto do acordo no incentivo que as partes têm para inovar. Em casos nos quais as partes têm um poder de mercado significativo, o acordo pode ser abrangido pelo 101.º, n.º 1 do Tratado, na medida em que impede as partes de obterem uma vantagem competitiva uma em relação à outra. Os acordos que eliminam ou reduzem substancialmente a possibilidade de uma das partes

([114]) Ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2024, *Comissão/Krka*, C-151/19 P, ECLI:EU:C:2024:546, n.º 398, que esclarece que tal não se aplica se os acordos entre as partes também proibirem o licenciado de entrar noutros mercados.

([115]) Ver, para o efeito, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2024, *Comissão/Servier e o.*, C-176/19 P, ECLI:EU:C:2024:549, n.ºs 178 a 179.

([116]) Ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de fevereiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.º 60 e seguintes. Ver também o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2024, *Comissão/Servier e o.*, C-176/19 P, ECLI:EU:C:2024:549, n.º 104. Este acórdão esclarece que, no contexto específico da indústria farmacêutica e dos acordos em matéria de patentes entre um fabricante de medicamentos originais e um fabricante de medicamentos genéricos, uma transferência de valor pode ser considerada legítima se for plenamente justificada pela necessidade de compensar os custos ou perturbações causados pela litigância resolvida, tais como despesas e taxas dos consultores do fabricante de genéricos, ou pela necessidade de remunerar o fornecimento efetivo e comprovado de bens ou serviços fornecidos pelo fabricante de genéricos ao fabricante de medicamentos originais.

([117]) Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021, *Lundbeck/Comissão*, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, n.º 114.

([118]) Não se exige que esse ganho líquido seja necessariamente superior aos lucros que o concorrente teria realizado se tivesse obtido ganho de causa no processo em matéria de patentes. Ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.ºs 87-94.

obter uma vantagem competitiva em relação à outra reduzem o incentivo à inovação e portanto afetam negativamente um parâmetro essencial da concorrência. É também pouco provável que tais acordos satisfaçam as condições do artigo 101.º, n.º 3. É particularmente pouco provável que a restrição possa ser considerada indispensável na aceção da terceira condição do artigo 101.º, n.º 3. A realização do objetivo do acordo, nomeadamente, garantir que as partes podem continuar a explorar a sua própria tecnologia sem serem objeto de um bloqueio pela outra parte, não exige que as partes acordem em partilhar futuras inovações. Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de adquirir uma liderança competitiva em relação uma à outra, quando o objetivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as suas respetivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar as mesmas soluções tecnológicas. Tais acordos limitam-se a criar liberdade de conceção, impedindo futuras alegações de infração pela outra parte.

Cláusulas de não contestação em acordos de resolução de litígios

(263) No contexto de um acordo de resolução de litígios, as cláusulas de não contestação frequentemente não são abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado.

(264) No entanto, as cláusulas de não contestação em acordos de resolução de litígios podem, em determinadas circunstâncias, ser anticoncorrenciais e ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1 ([119]). Por exemplo, pode ser utilizada uma cláusula de não contestação para eliminar um concorrente que, na ausência da cláusula, teria provavelmente constituído uma ameaça para a concorrência ([120]). Além disso, uma cláusula de não contestação pode infringir o artigo 101.º, n.º 1, se um direito de propriedade intelectual tiver sido concedido na sequência do fornecimento de informações incorretas ou enganosas ([121]). Pode também ser necessário proceder ao exame de tais cláusulas se os direitos de tecnologia forem um *input* necessário para a produção do licenciado (ver também o ponto (160) das presentes Orientações).

4.4. ***Agrupamentos de tecnologias***

(265) Os agrupamentos de tecnologias são acordos através dos quais duas ou mais partes criam um pacote de tecnologias que é licenciado não só aos participantes no agrupamento, como também a terceiros. A nível da sua estrutura, os agrupamentos de tecnologias podem assumir a forma de simples acordos entre um número limitado de partes ou de disposições mais complexas, em que a organização do licenciamento das tecnologias agrupadas é confiada a uma identidade distinta. Em ambos os casos, o agrupamento pode autorizar os licenciados a aceder à tecnologia abrangida pelo agrupamento no mercado com base numa licença única.

(266) Não existe qualquer ligação inerente entre os agrupamentos de tecnologias e as normas, mas é frequente que os agrupamentos apoiem (total ou parcialmente) uma norma industrial de facto ou *de jure* ([122]). Agrupamentos de tecnologias diferentes podem abranger normas concorrentes ([123]). Os agrupamentos de tecnologias podem ter efeitos pró-concorrenciais, nomeadamente ao limitarem os custos de transação e estabelecerem um limite às *royalties* cumulativas para evitar uma dupla marginalização. Permitem, através de uma única operação, licenciar as tecnologias abrangidas pelo agrupamento. Tal constitui um aspeto particularmente significativo em setores onde prevalecem os direitos de propriedade intelectual e é necessário obter licenças de um número importante de licenciantes para operar no mercado. Nos casos em que os licenciados beneficiam de um serviço contínuo relativamente à aplicação da tecnologia licenciada, o agrupamento de licenças e a prestação de serviços através do agrupamento pode dar origem a reduções de custos suplementares. Os agrupamentos de patentes podem igualmente desempenhar um papel positivo na aplicação das normas pró-concorrenciais.

([119]) Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de fevereiro de 2020, Generics (Reino Unido) e o., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, n.º 82.

([120]) Ver Acórdão do Tribunal Geral de 18 de outubro de 2023, *Teva Pharmaceutical Industries e Cephalon/Comissão*, T-74/21, ECLI:EU:T:2023:651, n.º 242.

([121]) Ver, para o efeito, a Decisão da Comissão de 26 de novembro de 2020 no processo AT.39686 — *Cephalon*, n.º 1208.

([122]) Ver, relativamente ao tratamento das normas e ao tratamento dos acordos de normalização, as Orientações relativas aos acordos horizontais, capítulo 7, citadas na nota de rodapé 16. Normalmente, os agrupamentos de tecnologias operam programas de licenciamento estruturados em torno de normas específicas do setor.

([123]) Ver a este respeito o Comunicado de imprensa IP/02/1651 da Comissão relativo à concessão de patentes para os serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G). Esse processo dizia respeito a cinco acordos de agrupamentos de tecnologias criando cinco tecnologias diferentes, cada uma das quais podia ser utilizada para fabricar equipamentos 3G.

(267) Os agrupamentos de tecnologias podem igualmente restringir a concorrência. A criação de um agrupamento de tecnologias implica necessariamente a venda em comum das tecnologias agrupadas, o que, em caso de agrupamentos constituídos apenas ou predominantemente por tecnologias substitutivas, equivale a um cartel de fixação de preços. Os agrupamentos de tecnologias podem também excluir tecnologias alternativas, por exemplo, quando o agrupamento apoia uma norma do setor ou estabelece uma norma de facto do setor. A existência da norma, combinada com o agrupamento, pode dificultar a entrada de novas tecnologias no mercado ou excluir tecnologias concorrentes já existentes no mercado.

(268) Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que definem os termos e as condições do seu funcionamento não são abrangidos pelo RICTT, independentemente do número de partes envolvidas. Tal deve-se ao facto de o acordo de constituição do agrupamento não permitir a um determinado licenciado fabricar produtos contratuais (ver secção 3.2.4 das presentes Orientações). Tais acordos devem ser apreciados exclusivamente à luz das presentes Orientações.

(269) Os agrupamentos de tecnologias dão origem a uma série de questões que não se colocam no contexto de outros tipos de licenciamento de tecnologias, em especial no que diz respeito à seleção das tecnologias incluídas e ao funcionamento do agrupamento. A licença dada pelo agrupamento constitui, em geral, um acordo multilateral, uma vez que os participantes no agrupamento determinam geralmente as condições da licença. Por este motivo, a concessão de licenças por um agrupamento também não é abrangida pelo RICTT. É abordada separadamente no ponto (285) e na secção 4.4.2 das presentes Orientações.

4.4.1. **Apreciação da criação e funcionamento dos agrupamentos de tecnologias**

(270) A forma como um agrupamento de tecnologias é constituído, organizado e funciona pode reduzir o risco de que este tenha por objeto ou por efeito a restrição da concorrência e ajudar a garantir que é pró-concorrencial. Ao apreciar os eventuais riscos concorrenciais e ganhos de eficiência, a Comissão terá em conta, entre outros fatores, a transparência do processo de criação do agrupamento; a seleção e a natureza das tecnologias agrupadas, nomeadamente a medida em que os peritos independentes estão envolvidos na criação e funcionamento do agrupamento, e a existência ou não de salvaguardas contra o intercâmbio de informações sensíveis e de mecanismos independentes de resolução de litígios.

Participação aberta

(271) Quando a participação no processo de criação de um agrupamento ou de qualquer norma de facto ou *de jure* apoiada pelo agrupamento é aberta a todas as partes interessadas, é mais provável que as tecnologias incluídas no agrupamento sejam selecionadas com base em considerações de preço e qualidade do que quando o agrupamento é criado por um grupo limitado de proprietários de tecnologia.

Seleção e natureza das tecnologias agrupadas

(272) Os riscos de os agrupamentos de tecnologias colocarem problemas a nível da concorrência, bem como as suas perspetivas de aumentarem os ganhos de eficiência, dependem em grande medida da relação entre as tecnologias agrupadas e as tecnologias não agrupadas. É conveniente estabelecer duas distinções fundamentais entre: a) os complementos e substitutos tecnológicos, por um lado, e b) as tecnologias essenciais e não essenciais, por outro.

(273) Duas tecnologias constituem complementos, mas não substitutivas, quando ambas são necessárias para fabricar o produto ou realizar o processo a que se aplicam. Inversamente, duas tecnologias constituem substitutos quando qualquer uma delas permite ao detentor fabricar o produto ou realizar o processo a que se aplicam.

(274) Uma tecnologia pode ser essencial em duas situações:

a) Se a tecnologia for essencial para produzir um determinado produto ou realizar um determinado processo a que as tecnologias agrupadas dizem respeito;

b) Se a tecnologia for essencial para produzir esse produto ou realizar esse processo em conformidade com uma norma que incorpore as tecnologias agrupadas.

(275) No primeiro caso, uma tecnologia é considerada essencial (por oposição a não essencial), se não houver qualquer substituto viável (tanto de um ponto de vista comercial como técnico) para esta tecnologia dentro ou fora do agrupamento e se a tecnologia em questão constituir uma parte necessária do pacote de tecnologias para fabricar o ou os produtos ou realizar o ou os processos a que o agrupamento se aplica. No segundo caso, uma tecnologia é essencial se constituir uma parte necessária (quando não existem substitutos viáveis) das tecnologias agrupadas necessárias para cumprir a norma abrangida pelo agrupamento (tecnologias essenciais para a norma). As tecnologias essenciais são também, por definição, complementares, uma vez que cada tecnologia é necessária para utilizar todo o pacote de tecnologias abrangidas pelo agrupamento. O facto de um detentor da tecnologia declarar que uma tecnologia é essencial não implica por si só que essa tecnologia seja essencial na aceção dos critérios definidos no presente ponto.

(276) Quando as tecnologias de um agrupamento forem substitutivas, as *royalties* são provavelmente mais elevadas, uma vez que a ausência de concorrência entre as tecnologias em questão não constitui uma vantagem para os licenciados. Quando as tecnologias incluídas no agrupamento são complementares, o agrupamento de tecnologias reduz os custos de transação e pode conduzir a *royalties* globalmente mais baixas. Tal deve-se ao facto de as partes estarem em condições de estabelecer *royalties* comuns para o pacote, em vez de cada licenciante estabelecer *royalties* separadas para a sua própria tecnologia, sem ter em conta que o aumento das *royalties* para uma tecnologia acabará em geral por diminuir a procura de tecnologias complementares. Se as *royalties* para tecnologias complementares forem fixadas individualmente, o total dessas *royalties* pode muitas vezes exceder o que seria fixado coletivamente por um agrupamento para o pacote das mesmas tecnologias complementares. A apreciação do papel dos substitutos fora do agrupamento é definida no ponto (286).

(277) A distinção entre tecnologias complementares e tecnologias substitutivas 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 resultantes da integração de duas tecnologias, os licenciados exigirem provavelmente ambas as tecnologias, as tecnologias são tratadas como complementos, mesmo que sejam parcialmente substituíveis. Em tais casos, é provável que, na ausência do agrupamento, os licenciados procurassem obter licenças para as duas tecnologias devido às vantagens económicas suplementares decorrentes da utilização de ambas, por oposição à utilização de apenas uma delas.

(278) Na ausência de tais elementos de prova baseados na procura, certas características do agrupamento podem indicar que as tecnologias agrupadas são complementares, tais como:

(a) As partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento continuam a ser livres de licenciar individualmente os seus direitos de tecnologia;

(b) O agrupamento oferece a totalidade do pacote e a opção de licenciar os direitos de tecnologia de cada parte também separadamente;

(c) As *royalties* agregadas para licenças separadas de todas as tecnologias agrupadas não excedem as *royalties* cobradas pelo agrupamento para todo o pacote de direitos de tecnologia.

(279) A inclusão de tecnologias substitutivas no agrupamento restringe, em geral, a concorrência intertecnologia, uma vez que pode levar a um agrupamento coletivo e a uma fixação de preços entre concorrentes. De uma forma geral, a Comissão considera que a inclusão de tecnologias substitutivas importantes no agrupamento restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. A Comissão também considera pouco provável que as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, sejam preenchidas nesse caso. Dado que as tecnologias em questão são alternativas, a inclusão de ambas no agrupamento não dá origem a qualquer redução dos custos de transação. Na ausência do agrupamento, os licenciados não teriam solicitado as duas tecnologias. Para atenuar as preocupações de concorrência, não basta que as partes continuem a poder conceder licenças de forma independente. Tal deve-se ao facto de as partes terem provavelmente poucos incentivos para conceder licenças de forma independente a fim de não minar a atividade de licenciamento do agrupamento, que lhes permite exercer conjuntamente o seu poder de mercado.

Seleção e funções dos peritos independentes

(280) Um outro fator relevante para apreciar os riscos em matéria de concorrência e os ganhos de eficiência do agrupamento de tecnologias é a participação dos peritos independentes na criação e no funcionamento do agrupamento. Por exemplo, apreciar se a tecnologia é essencial para uma norma suportada por um agrupamento constitui frequentemente uma questão complexa, que exige conhecimentos específicos. A participação de peritos independentes nessa apreciação pode ajudar a garantir que apenas as tecnologias essenciais são incluídas no agrupamento. O facto de a seleção de tecnologias a incluir no agrupamento ser realizada por um perito independente pode ajudar a garantir que a concorrência entre soluções tecnológicas disponíveis não é distorcida.

(281) A Comissão tomará em consideração a forma como os peritos são selecionados e a natureza exata das suas funções. Os peritos devem ser independentes das empresas que constituíram o agrupamento. Se os peritos estiverem ligados aos licenciantes ou aos administradores do agrupamento, ou se dependerem deles de qualquer modo, a sua participação terá menos peso. Os peritos devem também ter os conhecimentos técnicos necessários para desempenhar as funções que lhes foram confiadas. As funções de peritos independentes podem envolver, nomeadamente, a verificação da validade dos direitos das tecnologias que se propõe incluir no agrupamento, bem como do seu caráter essencial. Os direitos de propriedade intelectual inválidos inibem a inovação, em vez de a promoverem.

(282) Por último, quaisquer mecanismos de resolução de litígios previstos nos instrumentos de criação do agrupamento são pertinentes e devem ser tidos em conta. Quanto mais a resolução de litígios for confiada a entidades ou a pessoas independentes do agrupamento e dos seus membros, mais provável é que a resolução dos litígios se processe de forma neutra.

Salvaguardas contra o intercâmbio de informações sensíveis

(283) Importa igualmente tomar em consideração os acordos que regem o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial entre as partes ([124]). A Comissão tomará em consideração se foram criadas salvaguardas para garantir que não foram trocadas quaisquer informações comercialmente sensíveis. Um perito independente, uma entidade que concede licenças ou o administrador de um agrupamento pode desempenhar um papel importante relativamente a este aspeto 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 membros do agrupamento que estejam em concorrência nos mercados relevantes.

(284) Devem também ser criadas salvaguardas para assegurar que não sejam trocadas informações comercialmente sensíveis entre agrupamentos concorrentes, em especial quando os detentores de tecnologia participam na (criação de) agrupamentos concorrentes.

Zona de segurança

(285) A criação e o funcionamento do agrupamento, incluindo o licenciamento, não são, regra geral, abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, independentemente da posição de mercado das partes se estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

(a) Abertura da participação no processo de criação do agrupamento a todos os titulares de direitos de tecnologia interessados;

(b) Divulgação eficaz dos direitos de tecnologia incluídos no agrupamento aos licenciados potenciais e existentes;

(c) Adoção de salvaguardas suficientes para garantir que apenas as tecnologias essenciais (por conseguinte, também necessariamente complementares) são agrupadas e que a metodologia utilizada para verificar o caráter essencial e os resultados das apreciações do caráter essencial são divulgados de forma eficaz aos potenciais licenciados;

(d) Adoção de salvaguardas suficientes para garantir que o intercâmbio de informações sensíveis (tais como dados relativos à fixação de preços e à produção) é limitado ao necessário para a criação e funcionamento do agrupamento;

(e) Licenciamento de tecnologias agrupadas numa base não exclusiva;

(f) Licenciamento das tecnologias agrupadas pelo agrupamento a todos os potenciais licenciados em condições justas, razoáveis e não discriminatórias (FRAND) ([125]), incluindo disposições que garantam que os licenciados não pagam mais do que uma vez pelos mesmos direitos de tecnologia;

(g) Possibilidade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados contestarem a validade e o caráter essencial das tecnologias agrupadas;

(h) Possibilidade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados desenvolverem produtos e tecnologias concorrentes.

([124]) Para mais informações sobre o intercâmbio de informações, ver Orientações relativas aos acordos horizontais, capítulo 6, citadas na nota de rodapé 16.

([125]) Para mais informações sobre as condições FRAND, ver as Orientações relativas aos acordos horizontais, ponto 458, citadas na nota de rodapé 16.

Fora da zona de segurança

(286) Quando o agrupamento incluir tecnologias complementares significativas, mas não essenciais, existe um risco de exclusão das tecnologias de terceiros. Por conseguinte, quando uma tecnologia é incluída no acordo e licenciada como parte do pacote, os licenciados terão provavelmente poucos incentivos para obter a licença de uma tecnologia concorrente, uma vez que a *royalty* paga pelo pacote abrange já uma tecnologia substitutiva. Além disso, a inclusão de tecnologias que não são necessárias para fabricar os produtos ou realizar os processos a que se aplica o agrupamento de tecnologias ou para respeitar a norma que inclui a tecnologia agrupada obriga igualmente os licenciados a pagar por tecnologias de que provavelmente não têm necessidade. A inclusão dessa tecnologia complementar equivale, por conseguinte, a um agrupamento coletivo. Se o agrupamento incluir tecnologias não essenciais, é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado se o agrupamento tiver uma posição significativa em qualquer mercado relevante.

(287) Uma vez que podem ser desenvolvidas tecnologias substitutivas e complementares após a criação do agrupamento, a necessidade de apreciação do caráter essencial não termina com a criação do agrupamento. A evolução tecnológica pode fazer com uma tecnologia incluída num agrupamento se torne não essencial ao longo do tempo, por exemplo, devido à evolução da própria norma ou a alterações na aplicação prática da mesma. Por exemplo, uma patente considerada essencial para uma versão anterior de uma norma pode deixar de o ser se alterações subsequentes reduzirem a sua relevância ou tornarem a sua utilização facultativa. Sempre que for chamada a atenção do agrupamento para o facto de essa nova tecnologia alternativa ser disponibilizada a licenciados, e por eles requerida, as preocupações em matéria de exclusão podem ser evitadas oferecendo a novos e atuais licenciados uma licença sem a tecnologia que deixou de ser essencial e com uma redução correspondente das *royalties*. Contudo, pode haver outros meios para garantir que as tecnologias de terceiros não são excluídas.

(288) Na apreciação dos agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias não essenciais mas complementares, devem ser tidos em conta, pelo menos, os seguintes fatores:

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

(b) Se os licenciantes no agrupamento mantêm a liberdade de licenciar as suas respetivas tecnologias de forma independente: nos casos em que o agrupamento seja composto por um número limitado de tecnologias e houver tecnologias substitutivas fora do agrupamento, os licenciados podem desejar 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) Se, nos casos em que as tecnologias agrupadas têm diferentes aplicações, algumas das quais não exigem a utilização de todas as tecnologias agrupadas, o agrupamento oferece as tecnologias apenas enquanto pacote único ou oferece pacotes separados para aplicações distintas, cada um deles contendo apenas as tecnologias pertinentes para a aplicação em causa: neste último caso, as tecnologias não essenciais para um determinado produto ou processo não estão ligadas a tecnologias essenciais;

(d) Se as tecnologias agrupadas estão apenas disponíveis num pacote único ou se os licenciados têm a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties*. A possibilidade de obter uma licença para apenas parte do pacote pode reduzir o risco de exclusão de tecnologias de terceiros não incluídas no agrupamento, em especial se o licenciado obtiver uma redução correspondente das *royalties*. Isso exige que uma parte das *royalties* globais tenha sido afetada a cada uma das tecnologias incluídas no agrupamento. Se os acordos de licenciamento 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 atender-se ao facto de o agrupamento poder excluir o acesso ao mercado de novas tecnologias substitutivas. Ao apreciar o risco de exclusão em tais casos, importa ter em conta se os licenciados podem pôr termo, mediante um pré-aviso razoável, a parte da licença e obter uma redução correspondente das *royalties*.

(289) Os agrupamentos de tecnologias que restringem a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado podem dar origem a ganhos de eficiência pró-concorrenciais (ver ponto (266) das presentes Orientações), que devem ser apreciados nos termos do artigo 101.º, n.º 3, e ponderados face aos efeitos negativos sobre a concorrência. Por exemplo, se o agrupamento de tecnologia incluir tecnologias não essenciais, mas preencher todas as outras condições da zona de segurança enumeradas no ponto (285), e existirem razões pró-concorrenciais para incluir no agrupamento patentes não essenciais (ver ponto (288)) e os licenciados tiverem a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties* (ver ponto (288) das presentes Orientações), as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, são suscetíveis de serem cumpridas.

4.4.2. **Apreciação de restrições individuais em acordos entre o agrupamento e os seus licenciados**

(290) No caso de o acordo de criação de um agrupamento de tecnologias não infringir o artigo 101.º, a etapa seguinte consiste em apreciar o impacto concorrencial dos acordos de licenciamento celebrados pelo agrupamento com os seus licenciados. As condições em que essas licenças são concedidas podem ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1. A presente secção aborda um certo número de restrições que normalmente se encontram em acordos de licenciamento de agrupamentos de tecnologias e que devem ser apreciadas no contexto global do agrupamento. O RICTT não é aplicável aos acordos de licenciamento concluídos entre o agrupamento e terceiros licenciados (ver ponto ((269)) das presentes Orientações). A presente secção aborda a apreciação individual dos problemas específicos do licenciamento no âmbito dos agrupamentos de tecnologias.

(291) Na sua apreciação dos acordos de transferência de tecnologia entre o agrupamento e os seus licenciados, a Comissão basear-se-á essencialmente nos seguintes princípios:

(a) Quanto mais forte for a posição de mercado do agrupamento, mais elevados são os riscos de efeitos anticoncorrenciais;

(b) Quanto mais forte for a posição de mercado do agrupamento, maior é a probabilidade de a decisão de não licenciar a todos os potenciais licenciados ou licenciar em condições discriminatórias infringir o artigo 101.º do Tratado;

(c) Os agrupamentos não devem excluir indevidamente tecnologias de terceiros nem limitar a criação de agrupamentos alternativos;

(d) Os acordos não devem conter qualquer das restrições graves enumeradas no artigo 4.º do RICTT (ver secção 3.4 das presentes Orientações).

(292) As empresas que criam um agrupamento de tecnologias compatível com o artigo 101.º do Tratado são normalmente livres de negociar e estabelecer as *royalties* para o pacote tecnológico (sob reserva de qualquer compromisso existente de licenciamento em condições FRAND) e para cada parte da tecnologia nas *royalties* quer antes quer depois da criação da norma. Um acordo desse tipo é inerente à criação do agrupamento e não pode em si mesmo ser considerado restritivo da concorrência. Em determinadas situações, pode revelar-se mais eficaz que as royalties do agrupamento sejam acordadas antes de a norma ser estabelecida, a fim de evitar que o processo de estabelecimento da norma aumente o montante da *royalty* conferindo um poder de mercado significativo a uma ou mais tecnologias essenciais. No entanto, os licenciados devem continuar a poder determinar os preços dos produtos fabricados sob licença.

(293) Quando o agrupamento tiver uma posição dominante no mercado, as *royalties* e outras condições em matéria de licenciamento devem ser justas e não discriminatórias e as licenças não exclusivas ([126]). Esses requisitos são necessários para garantir que o agrupamento é aberto e não conduz à exclusão nem a outros efeitos anticoncorrenciais nos mercados a jusante. Esses requisitos, contudo, não excluem a aplicação de *royalties* diferentes no que respeita a utilizações diferentes. 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 do agrupamento não deve depender do facto de serem também licenciantes. A Comissão tomará, por conseguinte, em consideração o facto de os licenciantes e os licenciados estarem também sujeitos às mesmas obrigações de pagamento de *royalties*.

(294) Os licenciantes e os licenciados devem ter a liberdade de desenvolver produtos e normas concorrentes. Devem, além disso, ser livres de conceder e obter licenças fora do agrupamento. Estes requisitos são necessários para limitar o risco de exclusão das tecnologias de terceiros e garantir que o agrupamento não limita a inovação nem impede a criação de soluções tecnológicas concorrentes. Quando uma tecnologia agrupada for incluída numa norma industrial de facto e quando as partes estiverem sujeitas a obrigações de não concorrência, o agrupamento constitui um risco específico de impedimento da criação de tecnologias e de normas novas e melhoradas.

([126]) No entanto, se um agrupamento de tecnologias não tiver qualquer poder de mercado, as licenças dadas pelo agrupamento em princípio não irão restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, mesmo que aquelas condições não sejam satisfeitas.

(295) As obrigações de retrocessão não devem ser exclusivas, mas limitar-se aos desenvolvimentos indispensáveis ou importantes para a utilização da tecnologia agrupada. O agrupamento poderá então tirar partido e beneficiar de melhoramentos introduzidos na tecnologia agrupada. É legítimo que as partes do agrupamento garantam que a exploração da tecnologia agrupada não pode ser entravada por licenciados, incluindo subcontratantes que trabalhem ao abrigo da licença do licenciado, que detêm ou estão em vias de obter tecnologias essenciais.

(296) Um dos riscos é que os agrupamentos de tecnologias possam proteger direitos de tecnologia inválidos. A criação de agrupamentos pode aumentar os custos e reduzir a probabilidade de êxito de um desafio. Pode falhar se apenas uma patente do agrupamento for válida. A proteção de patentes não válidas no agrupamento pode obrigar os licenciados a pagar *royalties* mais elevadas e impedir a inovação no domínio abrangido pela patente não válida. Nesse contexto, é provável que as cláusulas de não contestação, incluindo cláusulas de rescisão ([127]), de um acordo de transferência de tecnologia entre o agrupamento e licenciados, sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado.

4.5. *Grupos de negociação de licenças*

4.5.1. **Introdução**

(297) Os grupos de negociação de licenças («GNL») são mecanismos através dos quais potenciais licenciados (responsáveis pela implementação de tecnologias) acordam em negociar conjuntamente os termos dos acordos de transferência de tecnologia. As orientações da presente secção aplicam-se aos GNL na medida em que digam respeito à negociação dos termos dos acordos de transferência de tecnologia, tal como definidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT. As presentes orientações aplicam-se independentemente:

(a) Da forma jurídica do GNL (por exemplo, se consiste num acordo simples ou numa entidade jurídica distinta);

(b) Se os membros do GNL são ou não empresas concorrentes nos mercados do produto a jusante;

(c) Se a contraparte do GNL é ou não um detentor individual da tecnologia, um agrupamento de tecnologias ou uma plataforma de intermediários ([128]).

(298) Sempre que as negociações entre um GNL e um detentor de tecnologia conduzam a condições de licenciamento acordadas, quaisquer acordos de transferência de tecnologia daí resultantes celebrados entre o detentor do direito e os membros individuais do GNL devem ser apreciados, se for caso disso, ao abrigo do RICTT ou do capítulo 4 das presentes Orientações.

(299) O capítulo 4 das Orientações relativas aos acordos horizontais (Compras em comum) não se aplica aos GNL abrangidos pelas presentes Orientações. As presentes orientações não prejudicam a aplicação do artigo 102.º do Tratado.

Possíveis efeitos pró-concorrenciais dos grupos de negociação de licenças

(300) Os grupos de negociação de licenças (GNL) podem facilitar a concessão de licenças de tecnologia:

(a) Reduzindo o número de negociações individuais entre os detentores e os responsáveis pela implementação da tecnologia, reduzindo assim os custos de transação de licenças;

(b) Congregando os conhecimentos especializados dos responsáveis pela implementação da tecnologia, por exemplo no que se refere à validade e ao valor dos direitos de tecnologia, promovendo assim negociações mais informadas;

(c) Ajudando a fazer face a uma desvantagem dos pioneiros, nomeadamente quando os responsáveis pela implementação da tecnologia não estão dispostos a negociar um acordo de transferência de tecnologia antes de os seus concorrentes o fazerem ([129]).

([127]) Ver secção 3.5 das presentes Orientações.

([128]) Salvo indicação em contrário, as referências na presente secção aos detentores da tecnologia incluem os titulares de direitos individuais, os agrupamentos de tecnologias e as plataformas de intermediários.

([129]) As orientações constantes da presente secção não prejudicam as obrigações decorrentes da legislação em matéria de propriedade intelectual que recaem sobre os responsáveis pela implementação da tecnologia quando estes querem obter licenças de exploração de direitos de tecnologia.

Possíveis efeitos anticoncorrenciais dos grupos de negociação de licenças

(301) Os possíveis efeitos anticoncorrenciais dos grupos de negociação de licenças (GNL) incluem:

(a) A criação de um poder de negociação excessivo para os responsáveis pela implementação das tecnologias participantes, permitindo-lhes forçar os detentores da tecnologia a aceitar condições de licenciamento subconcorrenciais (abaixo das condições FRAND no caso de patentes essenciais a normas), o que pode desincentivar a inovação por parte dos detentores da tecnologia ([130]);

(b) O intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre os responsáveis pela implementação das tecnologias concorrentes, o que resulta numa perda de incerteza estratégica, contrária ao princípio segundo o qual cada empresa deve determinar o seu comportamento no mercado de forma independente;

(c) Maior partilha de custos entre os responsáveis pela implementação das tecnologias concorrentes, o que pode facilitar a coordenação nos mercados do produto a jusante;

(d) Colusão entre os responsáveis pela implementação participantes nos mercados do produto a jusante ([131]);

(e) Exclusão de responsáveis pela implementação concorrentes nos mercados do produto a jusante ([132]).

4.5.2. **Apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado**

Principais preocupações em matéria de concorrência

(302) Os GNL que incluem concorrentes reais ou potenciais podem conduzir a restrições da concorrência nos mercados a montante para o licenciamento de tecnologia e/ou mercados do produto a jusante, resultando numa redução da inovação, da qualidade do produto, da variedade ou da produção, no aumento dos preços, na afetação do mercado ou na exclusão anticoncorrencial de outros responsáveis pela implementação de tecnologias.

Restrições da concorrência por objetivo

(303) Os GNL que operam de forma transparente em relação aos titulares de direitos de tecnologia e que se limitam à negociação conjunta dos termos dos acordos de transferência de tecnologia não restringem geralmente a concorrência por objetivo.

(304) Os GNL distinguem-se dos cartéis de compradores, ou seja, acordos ou práticas concertadas entre dois ou mais compradores ([133]) que, fora de qualquer mecanismo de compra em conjunto que interage coletivamente com fornecedores em nome dos seus membros: i) coordenam o comportamento individual dos compradores no mercado de compras, ii) influenciam os parâmetros relevantes da concorrência entre eles ou iii) envolvem o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre os compradores sobre as suas intenções de compra ou as suas negociações com os fornecedores ([134]). No contexto da concessão de licenças de tecnologia, essa coordenação do comportamento dos compradores pode assumir, designadamente, a forma de uma exclusão coordenada, de uma recusa ou de um atraso excessivo por parte dos responsáveis pela implementação das tecnologias em negociar ou celebrar acordos de transferência de tecnologia ou em aceitar condições de licenciamento razoáveis.

(305) Nos casos em que os responsáveis pela implementação das tecnologias lidam individualmente com os detentores da tecnologia (ou seja, não encetam negociações conjuntas com o detentor da tecnologia), cada responsável pela implementação deve decidir a sua estratégia de licenciamento de forma independente e os responsáveis pela implementação não devem, através de acordos ou práticas concertadas, eliminar a incerteza estratégica entre si quanto ao seu comportamento futuro no mercado. Em especial, os responsáveis pela implementação das tecnologias não devem, antes de encetar negociações de licenciamento individuais com um detentor da tecnologia, tentar fixar entre si um ou mais dos termos do acordo de transferência de tecnologia (por exemplo, o âmbito ou o domínio de utilização da licença de tecnologia, a taxa da licença, a identidade do licenciante ou a duração da licença).

([130]) Em especial, os membros do GNL podem participar em bloqueios coordenados, ou seja, podem recusar-se a negociar ou celebrar acordos de transferência de tecnologia ou promover atrasos excessivos.

([131]) Ver também o n.º (308).

([132]) Ver também o n.º (309).

([133]) Ver também os pontos 279 a 281 das Orientações relativas aos acordos horizontais. As referências, nos pontos (304) a (306) das presentes Orientações, aos compradores incluem, por analogia, potenciais licenciados de tecnologia.

([134]) Ver capítulo 6 das Orientações relativas aos acordos horizontais no que respeita ao intercâmbio de informações e, em especial, a secção 6.2.6, que também se aplica ao intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre compradores.

(306) Os cartéis de compradores revelam, pela sua natureza, um grau suficiente de nocividade para a concorrência, pelo que não é necessário apreciar os seus efeitos no mercado ([135]). Assim sendo, constituem uma restrição da concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Por conseguinte, para efeitos da apreciação de um cartel de compradores, não é necessário definir o(s) mercado(s) relevante(s) nem apreciar a posição dos compradores participantes no mercado de compra a montante ou se concorrem nos mercados de venda a jusante.

(307) Os seguintes fatores tornam menos provável que um GNL constitua um cartel de compradores:

(a) O GNL deixa claro aos detentores de tecnologia que negoceia em nome dos seus membros, com vista à celebração de acordos de transferência de tecnologia nas condições acordadas através das negociações conjuntas. Tal não exige que o GNL divulgue sistematicamente ao detentor da tecnologia a identidade de cada membro, em especial quando os membros do GNL mudam frequentemente ([136]). Contudo, não é da responsabilidade dos detentores de tecnologia tomar medidas para descobrir a existência de um GNL, por exemplo através de terceiros ou de notícias da imprensa. Dito isto, o secretismo não é um requisito para estabelecer um cartel de compradores ([137]);

(b) Os membros do GNL definiram a forma, o âmbito e o funcionamento da sua cooperação num acordo escrito, por forma a que a sua conformidade com o artigo 101.º possa ser verificada *ex post* e comparada com o funcionamento efetivo do GNL. Contudo, um acordo escrito não pode, por si só, proteger o GNL da aplicação do direito da concorrência.

(308) Os GNL podem também contribuir ou servir de instrumento para participar num cartel de vendedores, designadamente um acordo entre concorrentes para fixar preços de venda, limitar a produção ou partilhar mercados ou clientes nos mercados do produto a jusante. Nesse caso, o GNL pode ser apreciado em conjunto com o cartel no mercado do produto a jusante.

(309) Um GNL que visa excluir concorrentes reais ou potenciais dos membros do GNL dos mercados do produto a jusante é uma forma de boicote horizontal e constitui uma restrição da concorrência por objetivo.

(310) Um GNL pode conduzir ao intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre os membros do GNL, que podem ser concorrentes. Esse intercâmbio, se não for objetivamente necessário para a criação do GNL nem proporcional aos seus objetivos, pode constituir uma restrição da concorrência por objetivo.

Efeitos restritivos da concorrência

(311) Os GNL através dos quais os responsáveis pela implementação das tecnologias interagem coletivamente com os detentores da tecnologia devem ser apreciados no seu contexto jurídico e económico, tendo em conta os seus efeitos reais e prováveis sobre a concorrência. A apreciação deve abranger os possíveis efeitos restritivos nos mercados de tecnologia relevantes, em que o GNL interage com os detentores da tecnologia, e nos mercados do produto relevantes, em que os membros do GNL podem competir como fornecedores. Nessa apreciação, a Comissão comparará os efeitos reais ou prováveis do GNL nesses mercados com a situação que ocorreria na ausência do GNL específico.

(312) Em geral, os GNL são menos suscetíveis de dar origem a preocupações em matéria de concorrência quando os membros não têm poder de mercado nos mercados de licenciamento de tecnologia relevantes ou nos mercados do produto relevantes.

([135]) Acórdão do Tribunal Geral de 7 de novembro de 2019, Campine, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, n.º 297; ver também acórdão do Tribunal de 4 de junho de 2009, *T-Mobile Netherlands e outros*, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 37; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de dezembro de 2006, carne de bovino francesa, casos apensos T-217/03 e T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, n.º 83 e seguintes.

([136]) Em geral, será do interesse de um GNL fornecer aos detentores de tecnologia informações suficientes sobre a identidade dos seus membros, a fim de permitir que este tome uma decisão informada sobre a possibilidade de negociar com o GNL.

([137]) A Comissão aplicou sanções a cartéis de compradores que não funcionavam de um modo inteiramente sigiloso, mas que, pelo menos, tinham começado de forma relativamente transparente. Ver Decisão 2003/600/CE da Comissão, de 2 de abril de 2003, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/C.38.279/F3 — Carnes de bovino francesas) (JO L 209 de 19.8.2003, p. 12, ELI: http://data.europa.eu/eli/dec/2003/600/oj).

(313) Certas restrições acordadas pelos membros de um GNL podem não ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, se forem objetivamente necessárias para a criação do GNL e proporcionais aos seus objetivos ([138]).

Mercados relevantes

(314) Os GNL podem afetar a concorrência nos mercados de licenciamento de tecnologia a montante, designadamente nos mercados em que os membros do GNL negoceiam conjuntamente com os detentores da tecnologia, e nos mercados do produto a jusante, designadamente nos mercados em que os membros do GNL operam como fornecedores.

(315) A definição dos mercados de tecnologia relevantes segue os princípios constantes da Comunicação relativa à definição de mercado e assenta no conceito de substituibilidade, a fim de identificar as restrições de concorrência. Uma vez que a negociação de licenças pelos responsáveis pela implementação das tecnologias é uma forma de aquisição, a apreciação da substituibilidade centra-se nas alternativas disponíveis para os fornecedores da tecnologia, e não nas alternativas disponíveis para os responsáveis pela implementação. Por outras palavras, as alternativas à disposição dos detentores de tecnologia são decisivas para identificar as pressões concorrenciais que pesam sobre os membros do GNL. Essas alternativas podem ser analisadas, por exemplo, examinando a reação provável dos detentores da tecnologia a uma pequena diminuição, que não seja transitória, do preço oferecido pelas suas tecnologias. Uma vez definido o mercado relevante, a quota de mercado dos membros do GNL pode ser calculada com base no valor ou no volume das suas aquisições de licenças da tecnologia relevante em percentagem das vendas totais no mercado de licenciamento da tecnologia relevante.

(316) Quando os membros do GNL são concorrentes reais ou potenciais nos mercados do produto a jusante, esses mercados são igualmente relevantes para a apreciação. Os mercados do produto relevantes são definidos segundo a metodologia descrita na Comunicação relativa à definição de mercado.

Poder de mercado

(317) Não existe um limiar absoluto acima do qual se possa presumir que os membros de um GNL dispõem de um poder de mercado tal que o GNL seja suscetível de provocar efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Contudo, na maioria dos casos, é pouco provável que os membros de um GNL tenham poder de mercado se a sua quota combinada de procura nos mercados das tecnologias relevantes não exceder 15 % e a sua quota combinada de oferta nos mercados do produto relevante não exceder 15 %.

(318) Uma quota de mercado superior a esse limiar num ou em ambos os mercados não indica, por si só, que o GNL seja suscetível de conduzir a efeitos restritivos da concorrência. Um GNL com uma quota de mercado combinada superior a esse limiar exige uma apreciação pormenorizada dos seus efeitos nos mercados relevantes, tendo em conta fatores como as características e a posição no mercado dos membros do GNL, a concentração no mercado, a proximidade da concorrência, a eventual existência de ligações contratuais ou outras ligações entre os membros do GNL e outros responsáveis pela implementação das tecnologias afetadas, a natureza das tecnologias afetadas pelo GNL, as regras de exploração do GNL (incluindo, por exemplo, se os membros do GNL continuam a ser livres de negociar e celebrar acordos com detentores de tecnologia fora do GNL) e o eventual poder de compensação dos detentores da tecnologia e dos clientes a jusante.

Efeitos nos mercados da tecnologia

(319) Se os membros do GNL tiverem uma elevada quota combinada de procura nos mercados da tecnologia relevantes, o GNL pode permitir-lhes exercer um poder de compra em conjunto. Tal pode conduzir a efeitos restritivos da concorrência nos mercados das tecnologias relevantes, por exemplo, reduzindo os incentivos dos detentores da tecnologia para investirem em investigação e desenvolvimento. O risco de tais efeitos negativos é maior quando um GNL interage com detentores de tecnologia que não dispõem de um poder de negociação compensatório ou quando os membros do GNL tomam medidas coordenadas com o objetivo de restringir a liberdade do detentor

([138]) Ver ponto (19) relativo ao conceito de restrições acessórias.

da tecnologia de decidir se negoceia com o GNL, por exemplo participando em recusas coordenadas para negociar ou celebrar acordos de transferência de tecnologia. Inversamente, esses efeitos negativos são menos prováveis quando os detentores da tecnologia têm um poder de negociação compensatório. Pode ser esse o caso, por exemplo, quando as tecnologias relevantes são essenciais para uma norma que é amplamente adotada nos mercados de produtos relevantes a jusante ou para a qual não existem substitutos; quando existem muito poucos licenciantes e estes detêm grandes carteiras de direitos tecnológicos, ou quando o GNL negoceia com um agrupamento de tecnologias.

(320) Os GNL podem também ser utilizados para excluir os responsáveis pela implementação das tecnologias concorrentes dos mercados da tecnologia, restringindo assim a concorrência nos mercados do produto a jusante. Por exemplo, um GNL pode restringir a capacidade dos detentores de tecnologia no que toca à celebração de acordos de transferência de tecnologia com responsáveis pela implementação que não sejam membros do GNL ou restringir os termos desses acordos. As preocupações em matéria de exclusão do mercado são menos prováveis quando i) a participação no GNL está aberta a todos os responsáveis pela implementação de tecnologias que cumprem critérios objetivos e não discriminatórios, ii) as regras de funcionamento do GNL não discriminam entre os membros e iii) o GNL não restringe a capacidade dos detentores da tecnologia para celebrarem acordos de transferência de tecnologia com responsáveis pela implementação concorrentes nem restringem os termos desses acordos.

Efeitos nos mercados do produto a jusante

(321) Quando os membros de um GNL não são concorrentes reais ou potenciais nos mercados do produto a jusante ou não têm poder de mercado nesses mercados, é pouco provável que o GNL tenha efeitos restritivos sobre a concorrência nos mercados a jusante.

(322) Quando os membros de um GNL são concorrentes reais ou potenciais nos mercados do produto a jusante, o GNL pode facilitar a coordenação do comportamento dos membros nos mercados a jusante ([139]). O risco de tal coordenação é mais elevado quando i) a estrutura dos mercados do produto a jusante é conducente à colusão (por exemplo, o mercado está concentrado e apresenta um grau significativo de transparência) ou ii) os membros do GNL têm uma elevada quota de mercado combinada nos mercados do produto a jusante.

(323) Os GNL podem também facilitar a colusão entre os seus membros quando o GNL conduz a um elevado grau de partilha de custos (em especial custos variáveis) entre os membros, desde que os membros do GNL tenham poder de mercado no mercado do produto relevante a jusante e as características do mercado sejam conducentes à coordenação.

(324) A criação de um GNL pode conduzir ao intercâmbio de informações comercialmente sensíveis entre os membros do GNL, por exemplo no que diz respeito às condições em que estariam dispostos a celebrar acordos de transferência de tecnologia. Quando o próprio GNL não é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado por ter efeitos neutros ou positivos sobre a concorrência, um intercâmbio de informações que seja objetivamente necessário para a criação do GNL e proporcionado aos seus objetivos também não é abrangido por essa proibição ([140]).

(325) O intercâmbio de informações comercialmente sensíveis pode facilitar a coordenação em relação aos preços de venda e à produção, conduzindo assim a um comportamento colusivo nos mercados do produto a jusante. A fim de minimizar o risco de se proceder desnecessariamente a intercâmbios de informações comercialmente sensíveis, os GNL podem implementar equipas restritas («clean teams»), gestores independentes ou outras salvaguardas, por exemplo para assegurar que as informações comercialmente sensíveis só são partilhadas entre os membros do GNL de forma anonimizada e/ou agregada. Podem também ser implementadas salvaguardas para assegurar que as informações comercialmente sensíveis não são partilhadas com outros GNL, por exemplo, nos casos em que os membros participam em mais do que um GNL.

([139]) Ver também o ponto (308) relativo à possibilidade de utilizar um GNL como instrumento para participar num cartel de vendedores nos mercados de produtos a jusante.

([140]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, *MasterCard/Comissão*, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, n.º 89. Ver também o ponto 369 das Orientações relativas aos acordos horizontais.

Zona de segurança

(326) Os GNL que não impliquem restrições da concorrência por objetivo e que preencham todas as condições indicadas a seguir são, em geral, pouco suscetíveis de restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado ou são suscetíveis de preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3:

(a) A participação no GNL está aberta a todos os responsáveis pela implementação das tecnologias que cumpram critérios objetivos e não discriminatórios;

(b) O GNL divulga aos detentores da tecnologia as suas regras de funcionamento e o facto de negociar em nome dos seus membros;

(c) A atividade do GNL está limitada à negociação conjunta dos termos dos acordos de transferência de tecnologia;

(d) Os membros do GNL não trocam informações comercialmente sensíveis para além das que sejam objetivamente necessárias e proporcionadas para a condução de negociações conjuntas por intermédio do GNL;

(e) Os membros do GNL não adotam um comportamento coordenado, incluindo bloqueios coordenados, que tenha por objeto limitar a liberdade dos detentores da tecnologia de decidirem se encetam ou cessam as negociações com o GNL, ou a liberdade de os membros do GNL negociarem e celebrarem acordos bilateralmente com os detentores de tecnologia, sem prejuízo da possibilidade de os membros do GNL acordarem em não negociar ou celebrar acordos de transferência de tecnologia bilateralmente com um detentor de tecnologia durante as negociações entre o detentor dessa tecnologia e o GNL, desde que a duração dessa restrição não exceda seis meses;

(f) O GNL e quaisquer acordos de transferência de tecnologia negociados por intermédio do GNL não restringem a capacidade dos detentores da tecnologia para celebrarem acordos de transferência de tecnologia com terceiros nem restringem os termos desses acordos;

(g) As taxas de licenciamento devidas ao abrigo de acordos de transferência de tecnologia negociados por intermédio do GNL não excedem 10 % do preço de venda dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada.

(327) Os GNL que não preencham as condições acima referidas exigem uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º do Tratado. Não existe qualquer presunção de que tais GNL restringem a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, ou de que não preenchem as condições do artigo 101.º, n.º 3.

4.5.3. **Apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado**

(328) Quando um GNL restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, é necessário apreciar se o GNL gera ganhos de eficiência que cumpram as condições do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado.

Ganhos de eficiência

(329) Os GNL podem gerar ganhos de eficiência. Em especial, podem reduzir os custos de transação do licenciamento tanto para os responsáveis pela implementação das tecnologias como para os detentores da tecnologia, designadamente eliminando a necessidade de cada membro do GNL encetar negociações bilaterais de licenciamento com um determinado detentor de tecnologia. Ao congregar os conhecimentos especializados dos responsáveis pela implementação das tecnologias, os GNL podem reduzir as assimetrias de informação entre os responsáveis pela implementação e os detentores das tecnologias, conduzindo a negociações mais informadas, nomeadamente sobre se as condições de licenciamento propostas são FRAND. Os GNL podem também fazer face a uma desvantagem dos pioneiros, em que os responsáveis pela implementação das tecnologias podem não estar dispostos a celebrar um acordo de transferência de tecnologia antes de os seus concorrentes o fazerem. Estes ganhos de eficiência podem resultar na celebração de um maior número de acordos de transferência de tecnologia e, logo, numa maior divulgação da tecnologia. Espera-se, por sua vez, que tal conduza a mais inovação no mercado, em benefício dos consumidores.

Caráter indispensável

(330) As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência proporcionados por um GNL não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Por exemplo, para reduzir os custos de transação do licenciamento, pode não ser indispensável que um GNL exija que o detentor da tecnologia não conceda condições de licenciamento mais favoráveis a terceiros.

Repercussão nos consumidores

(331) Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense quaisquer efeitos restritivos da concorrência causados pelo GNL. Por exemplo, as reduções dos custos de licenciamento das tecnologias podem ser repercutidas sob a forma de preços de venda mais baixos nos mercados do produto a jusante. A repercussão nos consumidores é mais provável quando os membros do GNL não têm poder de mercado nos mercados do produto a jusante.

Não eliminação da concorrência

(332) As condições do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado não serão preenchidas se o GNL permitir às partes eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Esta condição aplica-se tanto aos mercados das tecnologias relevantes como aos mercados do produto relevantes. Quotas de mercado combinadas elevadas são um indício de que esta condição pode não ser cumprida.