

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di trasferimento di tecnologia

(2014/C 89/03)

INDICE

1.	INTRODUZIONE	5
2.	PRINCIPI GENERALI	5
2.1.	L'articolo 101 del trattato e i diritti di proprietà di beni immateriali	5
2.2.	Il quadro generale per l'applicazione dell'articolo 101	6
2.3.	Definizione del mercato	8
2.4.	Distinzione tra imprese concorrenti e non concorrenti	10
3.	APPLICAZIONE DEL RECTT	12
3.1.	Gli effetti del RECTT	12
3.2.	Campo di applicazione e durata del RECTT	12
3.2.1.	La nozione di accordo di trasferimento di tecnologia	12
3.2.2.	La nozione di «trasferimento»	13
3.2.3.	Accordi tra due parti	14
3.2.4.	Accordi per la produzione dei prodotti contrattuali	14
3.2.5.	Durata	16
3.2.6.	Relazione con altri regolamenti di esenzione per categoria	16
3.2.6.1.	Il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi in materia di R&S e il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi di specializzazione	16
3.2.6.2.	Il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali	17
3.3.	Soglie relative alla quota di mercato da applicare ai fini della deroga	17
3.4.	Restrizioni fondamentali della concorrenza di cui al regolamento di esenzione per categoria	20
3.4.1.	Principi generali	20
3.4.2.	Gli accordi tra imprese concorrenti	20
3.4.3.	Gli accordi tra imprese non concorrenti	25
3.5.	Restrizioni escluse	27
3.6.	Revoca e non applicazione del regolamento di esenzione per categoria	30
3.6.1.	Procedura di revoca	30
3.6.2.	Non applicazione del regolamento di esenzione per categoria	31
4.	APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 101, PARAGRAFI 1 E 3, DEL TRATTATO AGLI ACCORDI NON RIENTRANTI NEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL RECTT	31
4.1.	Quadro generale di analisi	31
4.1.1.	I fattori pertinenti	32
4.1.2.	Effetti negativi degli accordi di licenza restrittivi	33
4.1.3.	Effetti positivi degli accordi di licenza restrittivi e quadro per l'analisi di tali effetti	34
4.2.	Applicazione dell'articolo 101 a vari tipi di restrizioni legate alla concessione di licenze	36
4.2.1.	Obblighi in materia di royalties	36
4.2.2.	Licenze esclusive e restrizioni delle vendite	37
4.2.2.1.	Licenze esclusive e uniche	37

4.2.2.2. Restrizioni delle vendite	38
4.2.3. Restrizioni della produzione	39
4.2.4. Restrizioni del campo di utilizzazione	40
4.2.5. Restrizioni relative all'uso interno	41
4.2.6. Licenze abbinate e pacchetti di licenze	42
4.2.7. Obblighi di non concorrenza	43
4.3. Accordi transattivi	44
4.4. Pool tecnologici	45
4.4.1. Valutazione della formazione e del funzionamento dei pool tecnologici	46
4.4.2. Valutazione delle singole restrizioni negli accordi tra il pool e i suoi licenziatari	49

1. INTRODUZIONE

1. Le presenti linee direttrici enunciano i principi per la valutazione degli accordi di trasferimento di tecnologia sulla base dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea ⁽¹⁾ (in appresso «l'articolo 101»). Gli accordi di trasferimento di tecnologia hanno per oggetto la licenza di diritti tecnologici; con tali accordi il licenziante consente al licenziatario di sfruttare i diritti tecnologici sotto licenza per la produzione di beni o di servizi, conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), del regolamento (UE) n. 316/2014 della Commissione del 21 marzo 2014 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia (in appresso «RECTT») ⁽²⁾.
2. Le linee direttrici mirano a fornire orientamenti per l'applicazione del RECTT e per l'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («il trattato») agli accordi di trasferimento di tecnologia che non rientrano nel campo di applicazione del RECTT. Il RECTT e le presenti linee direttrici non pregiudicano l'eventuale applicazione parallela agli accordi di trasferimento di tecnologia dell'articolo 102 del trattato ⁽³⁾.
3. I criteri enunciati nelle presenti linee direttrici devono essere applicati tenendo conto delle circostanze specifiche di ciascun caso; è pertanto esclusa ogni applicazione meccanica. Ogni caso deve essere valutato in funzione delle sue caratteristiche specifiche e le presenti linee direttrici devono essere applicate in maniera ragionevole e flessibile. Gli esempi menzionati sono forniti solo a titolo illustrativo e non devono essere considerati esaustivi.
4. Le presenti linee direttrici si applicano fatta salva l'interpretazione dell'articolo 101 e del RECTT che potrà essere data dalla Corte di giustizia e dal Tribunale.

2. PRINCIPI GENERALI

2.1. L'articolo 101 del trattato e i diritti di proprietà di beni immateriali

5. L'obiettivo generale dell'articolo 101 del trattato è tutelare la concorrenza sul mercato in modo da accrescere il benessere dei consumatori e favorire un'assegnazione efficiente delle risorse. L'articolo 101, paragrafo 1, vieta tutti gli accordi e tutte le pratiche concordate fra imprese,

nonché tutte le decisioni di associazioni di imprese ⁽⁴⁾ che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ⁽⁵⁾ e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ⁽⁶⁾. In deroga a tale disposizione, l'articolo 101, paragrafo 3, prevede che i divieti di cui all'articolo 101, paragrafo 1, possano essere dichiarati inapplicabili ad accordi tra imprese che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando al contempo agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, che non impongono alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e che evitano di dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti interessati.

6. La legislazione in materia di proprietà di beni immateriali conferisce diritti esclusivi ai titolari di brevetti, di diritti d'autore, di diritti su disegni e modelli, di marchi e di altri diritti tutelati dalla legge. Ai sensi della legislazione in materia di proprietà di beni immateriali, il proprietario di un bene immateriale ha il diritto di impedire l'uso non autorizzato e di sfruttarlo, per esempio, concedendolo in licenza a terzi. Una volta che un prodotto che incorpora un diritto di proprietà di beni immateriali, ad eccezione dei diritti di rappresentazione ⁽⁷⁾, è stato immesso in commercio nello spazio economico europeo (SEE) dal titolare del diritto, ovvero con il suo consenso, il diritto di proprietà di beni immateriali si esaurisce, nel senso che il titolare non può più invocarlo per controllare le vendite del prodotto (principio dell'esaurimento del diritto nell'Unione) ⁽⁸⁾. La legislazione in materia di proprietà di beni immateriali non autorizza il titolare del diritto ad impedire le vendite da parte dei licenziatari o degli acquirenti dei prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza. Il principio dell'esaurimento del diritto nell'Unione è conforme alla funzione essenziale dei diritti di proprietà di beni immateriali, che è quella di concedere al titolare il diritto di impedire che altri possano sfruttare la sua proprietà di beni immateriali senza il suo consenso.

⁽¹⁾ Dal 1° dicembre 2009 gli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») sostituiscono rispettivamente gli articoli 81 e 82 del trattato CE senza modificarne la sostanza. Ai fini delle presenti linee direttrici, i riferimenti agli articoli 101 e 102 del TFUE sono da intendersi, se del caso, come riferimenti agli articoli 81 e 82 del trattato CE. Il TFUE ha inoltre introdotto alcune novità terminologiche, come la sostituzione di «Comunità» con «Unione» e di «mercato comune» con «mercato interno». I presenti orientamenti si avvalgono della terminologia del TFUE.

⁽²⁾ GU L 93 del 28.3.2014, pag. 17 Il RECTT sostituisce il regolamento (CE) n. 772/2004 della Commissione, del 27 aprile 2004, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia (GU L 123 del 27.4.2004, pag. 11).

⁽³⁾ Cfr. per analogia le cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge/Commissione* (Raccolta 2000, pag. I-1365, punto 130) e il punto 106 delle linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97).

⁽⁴⁾ Con il termine «accordo» si intendono nel prosieguo anche le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese.

⁽⁵⁾ Si vedano le linee direttrici della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 81).

⁽⁶⁾ Con il termine «restrizioni» si intendono nel prosieguo anche l'impedimento e la distorsione della concorrenza.

⁽⁷⁾ Inclusi i diritti di noleggio. Si veda in proposito la causa 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video* (Raccolta 1988, pag. 2605) e la causa C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører* (Raccolta 1998, pag. I-5171).

⁽⁸⁾ Il principio dell'esaurimento del diritto nell'Unione è ad esempio sancito dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2008/95/CE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (GU L 299 dell'8.11.2008, pag. 25), il quale prescrive che il diritto conferito dal marchio di impresa non autorizza il titolare dello stesso a vietarne l'uso per prodotti immessi in commercio nell'Unione con detto marchio dal titolare stesso ovvero con il suo consenso e dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (GU L 111 del 5.5.2009, pag. 16), che prevede che nell'Unione la prima vendita della copia di un programma da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno dell'Unione, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore noleggio del programma o di una copia dello stesso. Si veda, in proposito, la causa C-128/11, *Usedsoft GmbH/Oracle International Corp.* (Raccolta 2012, non ancora pubblicata).

7. Il fatto che la legislazione in materia di proprietà di beni immateriali conceda diritti esclusivi di sfruttamento non significa che tali diritti siano esclusi dall'applicazione delle regole di concorrenza. L'articolo 101 del trattato si applica in particolare agli accordi con i quali il titolare concede in licenza ad un'altra impresa lo sfruttamento dei suoi diritti di proprietà di beni immateriali⁽⁹⁾. Ciò non significa nemmeno che sussista un conflitto intrinseco tra i diritti di proprietà di beni immateriali e le regole in materia di concorrenza dell'Unione. In effetti, sia la legislazione in materia di proprietà di beni immateriali sia quella in materia di concorrenza perseguono lo stesso obiettivo generale, ovverosia accrescere il benessere dei consumatori e favorire un'attribuzione efficiente delle risorse. L'innovazione costituisce una componente dinamica ed essenziale di un'economia di mercato aperta e competitiva. I diritti di proprietà di beni immateriali favoriscono la concorrenza dinamica, in quanto incoraggiano le imprese a investire nello sviluppo o nel miglioramento di nuovi prodotti e processi; la concorrenza agisce in maniera analoga, in quanto spinge le imprese a innovare. Pertanto, i diritti di proprietà di beni immateriali e la concorrenza sono entrambi necessari per favorire le innovazioni e per assicurarne lo sfruttamento competitivo.

8. Ai fini della valutazione degli accordi di licenza sulla base dell'articolo 101 del trattato, si deve tenere presente che spesso la costituzione di diritti di proprietà di beni immateriali richiede investimenti ingenti e comporta dei rischi. Per non ridurre la concorrenza dinamica sul mercato e preservare la spinta all'innovazione, occorre evitare di imporre agli innovatori limitazioni indebite nello sfruttamento dei diritti di proprietà di beni immateriali che risultano avere un valore commerciale. Per tali ragioni, gli innovatori dovrebbero essere liberi di chiedere, per i progetti che hanno avuto successo, una retribuzione adeguata per mantenere gli incentivi all'investimento, tenendo conto dei progetti falliti. La concessione di diritti tecnologici può anche costringere il licenziatario a effettuare ingenti investimenti irrecuperabili nella tecnologia sotto licenza e nei mezzi di produzione necessari per il suo sfruttamento (ciò significa che, se abbandona quel particolare settore di attività, il licenziatario non potrà utilizzare l'investimento per altre attività né venderlo senza incorrere in gravi perdite). Nell'applicare l'articolo 101 non si può fare astrazione dall'investimento già realizzato dalle parti e dai rischi ad esso connessi. In considerazione del rischio cui si espongono le parti e dell'investimento irrecuperabile necessario per dare attuazione all'accordo, è quindi possibile che l'accordo, a seconda dei casi, esuli dal campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, oppure soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, per il periodo necessario a recuperare l'investimento.

9. Il quadro di analisi esistente per la valutazione degli accordi di licenza sulla base dell'articolo 101 del trattato è

sufficientemente flessibile per tenere in debito conto degli aspetti dinamici della concessione in licenza di diritti tecnologici. Non si può presumere che i diritti di proprietà di beni immateriali e gli accordi di licenza in quanto tali pongano problemi sotto il profilo della concorrenza. La maggior parte degli accordi di licenza non determina restrizioni della concorrenza e consente incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza. Di fatto, la concessione di licenze è di per sé favorevole alla concorrenza, in quanto promuove la diffusione delle tecnologie e l'innovazione da parte del licenziante e dei licenziatari. Inoltre, anche gli accordi di licenza che determinano effettivamente restrizioni della concorrenza possono spesso determinare incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza, i quali andranno analizzati sulla base dell'articolo 101, paragrafo 3, e soppesati in rapporto agli effetti negativi sulla concorrenza⁽¹⁰⁾. La stragrande maggioranza degli accordi di licenza è pertanto compatibile con l'articolo 101.

2.2. Il quadro generale per l'applicazione dell'articolo 101

10. L'articolo 101, paragrafo 1, del trattato vieta gli accordi aventi per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza. L'articolo 101, paragrafo 1, si applica sia alle restrizioni di concorrenza tra le parti di un accordo sia alle restrizioni di concorrenza tra una delle parti e terzi.

11. Nel valutare se un accordo di licenza determina restrizioni della concorrenza, occorre tener conto del contesto reale in cui la concorrenza verrebbe esercitata se l'accordo in oggetto e le sue presunte restrizioni non esistessero⁽¹¹⁾, così come del probabile impatto dell'accordo sulla concorrenza tra tecnologie (ossia sulla concorrenza tra imprese che utilizzano tecnologie concorrenti) e sulla concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia (ossia sulla concorrenza tra imprese che utilizzano la stessa tecnologia)⁽¹²⁾. L'articolo 101, paragrafo 1, vieta le restrizioni per quanto riguarda sia la concorrenza tra le tecnologie, sia la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia. È pertanto necessario stabilire in che misura l'accordo incida o possa incidere su questi due aspetti della concorrenza sul mercato.

12. Le due domande seguenti rappresentano un utile quadro di analisi ai fini di tale valutazione. La prima domanda riguarda l'impatto dell'accordo sulla concorrenza tra tecnologie, mentre la seconda domanda riguarda l'impatto dell'accordo sulla concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia. Poiché le restrizioni possono riguardare al tempo stesso la concorrenza tra tecnologie e la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia, può essere necessario valutare l'eventuale restrizione alla luce delle risposte alle domande di cui alle lettere a) e b), prima di concludere che sussistono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1:

⁽¹⁰⁾ La metodologia per l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, è enunciata nelle linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, citate alla nota 3.

⁽¹¹⁾ Cfr. la causa 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH* (Raccolta 1966, pag. 337) e la causa C-7/95 P, *John Deere/Commissione* (Raccolta 1998, pag. I-3111, punto 76).

⁽¹²⁾ Si veda a questo proposito la sentenza nella causa *Consten e Grundig* citata alla nota 9.

⁽⁹⁾ Si vedano ad esempio le cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig Verkaufs-GmbH/Commissione* (Raccolta 1966, pag. 429).

- a) l'accordo di licenza determina una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale che sarebbe esistita in assenza dell'accordo di cui trattasi? In caso di risposta affermativa, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Nell'effettuare questa valutazione è necessario prendere in considerazione la concorrenza tra le parti e la concorrenza esercitata dai terzi. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) esistente prima dell'accordo se due imprese aventi la loro sede in Stati membri diversi si concedono reciprocamente licenze relative a tecnologie concorrenti e si impegnano a non vendere i propri prodotti nei rispettivi mercati domestici. Analogamente, si ha restrizione della concorrenza effettiva o potenziale che vi sarebbe stata se l'accordo non fosse stato concluso qualora un licenziante imponga ai suoi licenziatari di non utilizzare tecnologie concorrenti, determinando in tal modo una preclusione delle tecnologie dei terzi;
- b) l'accordo di licenza determina una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale che sarebbe esistita in assenza delle restrizioni previste dal contratto? In caso di risposta affermativa, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) che avrebbe potuto esistere tra i licenziatari in assenza delle restrizioni, se un licenziante impone ai suoi licenziatari, che non erano concorrenti effettivi né potenziali prima dell'accordo, restrizioni che limitano la loro facoltà di entrare in concorrenza tra loro. Simili restrizioni includono la fissazione verticale dei prezzi e restrizioni delle vendite tra licenziatari in termini di territorio o di clienti. Tuttavia, talune restrizioni possono, in certi casi, non rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, quando la restrizione è oggettivamente necessaria per l'esistenza di un accordo di quel tipo o di quella natura⁽¹³⁾. Tale esclusione dal campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, può essere motivata solo sulla base di fattori oggettivi, esterni alle parti stesse, e non sulla base delle opinioni soggettive e delle caratteristiche delle parti. La questione non è di accertare se le parti, nella loro specifica situazione, non avrebbero accettato di concludere un accordo meno restrittivo, ma se, data la natura dell'accordo e le caratteristiche del mercato, imprese in condizioni analoghe non avrebbero concluso un accordo meno restrittivo⁽¹⁴⁾. Non è sufficiente sostenere che in assenza di restrizioni il fornitore sarebbe ricorso all'integrazione verticale. La decisione se procedere o meno a un'integrazione verticale dipende da numerosi e complessi fattori economici, alcuni dei quali sono interni all'impresa interessata.
13. Nell'applicare il quadro di analisi di cui al punto (12) delle presenti linee direttrici, occorre tenere in considerazione il fatto che l'articolo 101, paragrafo 1, del trattato opera una distinzione tra gli accordi aventi per oggetto restrizioni della concorrenza e gli accordi aventi per effetto restrizioni della concorrenza. Un accordo o una restrizione contrattuale sono vietati ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, solo se il loro oggetto o il loro effetto è quello di limitare la concorrenza tra le tecnologie o la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia.
14. Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono restrizioni che per loro stessa natura restringono la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, considerati gli obiettivi delle regole di concorrenza dell'Unione, presentano una tale probabilità di determinare effetti negativi sulla concorrenza che non è necessario, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti reali sul mercato⁽¹⁵⁾. È improbabile inoltre che le restrizioni per oggetto soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. La valutazione volta a determinare se un accordo abbia o no come oggetto una restrizione della concorrenza è basata su una serie di fattori, che includono, in particolare, il contenuto dell'accordo e le finalità oggettive da esso perseguite. Può inoltre essere necessario esaminare il contesto nel quale viene (o verrà) messo in atto o il comportamento effettivo delle parti sul mercato⁽¹⁶⁾. In altri termini, prima di concludere che una determinata restrizione costituisce una restrizione per oggetto della concorrenza, può essere necessario un esame dei fatti alla base dell'accordo e delle circostanze specifiche nelle quali esso opera. Le modalità in base alle quali un accordo viene messo in atto possono rivelare una restrizione per oggetto, anche se l'accordo formale non contiene alcuna clausola espressa in tal senso. La prova dell'intenzione soggettiva delle parti di restringere la concorrenza, pur rappresentando un fattore importante, non costituisce una condizione necessaria. Un accordo può essere considerato restrittivo per oggetto anche quando la restrizione della concorrenza non è il suo unico obiettivo ma persegue anche altri obiettivi legittimi⁽¹⁷⁾. In materia di accordi di licenza, le restrizioni che figurano nell'elenco delle restrizioni fondamentali della concorrenza di cui all'articolo 4 del RECTT sono considerate dalla Commissione restrizioni per oggetto⁽¹⁸⁾.
15. Se un accordo non è restrittivo per oggetto, è necessario esaminare se produce effetti restrittivi sulla concorrenza. Devono essere presi in considerazione sia gli effetti

⁽¹³⁾ Si veda a questo proposito la sentenza nella causa *Société Technique Minière* citata alla nota 11 e la causa 258/78, *Nungesser KG e Kurt Eisele/Commissione* (Raccolta 1982, pag. 2015).

⁽¹⁴⁾ Per gli esempi, si vedano i punti (126) a (127).

⁽¹⁵⁾ Si veda a questo proposito la causa C-49/92 P, *Commissione/Anic Partecipazioni SpA* (Raccolta 1999, pag. I-4125, punto 99).

⁽¹⁶⁾ Cfr. le cause riunite 29/83 e 30/83, *CRAM e Rheinzink/Commissione* (Raccolta 1984, pag. 1679, punto 26), le cause riunite 96/82 ecc., *NV IAZ International Belgium e a./Commissione* (ANSEAU-NAVEWA) (Raccolta 1983, pag. 3369, punti 23-25), e la sentenza del 29 novembre 2012 nella causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires/Commissione*, punto 146.

⁽¹⁷⁾ Cfr. la causa C-209/07 *Beef Industry Development Society e Barry Brothers* (Raccolta 2008, pag. I-8637, punto 21).

⁽¹⁸⁾ Ulteriori indicazioni in merito al concetto di restrizione per oggetto della concorrenza sono desumibili dalle linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, citate alla nota 3. Si vedano inoltre le cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.* (Raccolta 2009, pag. I-9291, punti da 59 a 64), la causa C-209/07, *Beef Industry Development Society e Barry Brothers* (Raccolta 2008, pag. I-8637, punti da 21 a 39), la causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a.* (Raccolta 2008, pag. I-4529, punti 31 e da 36 a 39), la sentenza del 14 marzo 2013 nella causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, punti da 33 a 38.

effettivi che quelli potenziali⁽¹⁹⁾. In altre parole, l'accordo deve produrre probabili effetti anticoncorrenziali. Perché gli accordi di licenza siano restrittivi per effetto occorre che pregiudichino la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o sulla qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante. I probabili effetti negativi sul mercato devono essere sensibili⁽²⁰⁾. Effetti anticoncorrenziali sensibili sono possibili quando almeno una delle parti detiene o acquisisce un certo potere di mercato e l'accordo contribuisce a creare, mantenere o rafforzare tale potere, ovvero consenta alle parti di valersene. Il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore al livello competitivo o di mantenere la produzione, in termini di quantità, di qualità e di varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore al livello competitivo per un periodo di tempo non trascurabile⁽²¹⁾. Il grado di potere di mercato richiesto di norma per constatare una violazione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, è inferiore al grado di potere di mercato richiesto per constatare una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102⁽²²⁾.

16. Ai fini dell'analisi delle restrizioni della concorrenza per effetto, occorre di norma definire il mercato rilevante ed esaminare e valutare, in particolare, la natura dei prodotti e delle tecnologie in questione, la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti e degli acquirenti, l'esistenza di concorrenti potenziali e l'importanza delle barriere all'ingresso. In taluni casi, tuttavia, può essere possibile dimostrare la presenza di effetti anticoncorrenziali analizzando direttamente il comportamento delle parti dell'accordo sul mercato. Può essere possibile, ad esempio, accertare che un accordo ha determinato un aumento dei prezzi.
17. Gli accordi di licenza, tuttavia, possono presentare anche un notevole potenziale di stimolo della concorrenza, così come dimostrato in effetti dalla stragrande maggioranza di questo tipo di accordi. Gli accordi di licenza possono promuovere l'innovazione, in quanto consentono agli innovatori di trarre ricavi sufficienti per coprire almeno una parte dei costi di ricerca e sviluppo e favoriscono la diffusione delle tecnologie e la conseguente creazione di valore, dal momento che i licenziatari possono ridurre i costi di produzione o realizzare prodotti nuovi o migliori. Spesso gli incrementi di efficienza realizzati a livello del licenziatario derivano da una combinazione della tecnolo-

gia del licenziante e delle risorse e delle tecnologie del licenziatario. Una tale integrazione di risorse e di tecnologie complementari può consentire una configurazione costi/produzione che altrimenti non sarebbe possibile. Ad esempio, la combinazione della tecnologia superiore del licenziante e dei mezzi di produzione o di distribuzione più efficienti del licenziatario consente di ridurre i costi di produzione ovvero di produrre un prodotto di qualità superiore. La concessione di licenze può anche contribuire a promuovere la concorrenza eliminando gli ostacoli allo sviluppo e allo sfruttamento della tecnologia del licenziatario. In particolare, nei settori caratterizzati dall'esistenza di numerosi brevetti, la concessione di licenze è spesso destinata a permettere la libertà di progettazione, eliminando il rischio di richieste di risarcimento per violazione dei brevetti da parte del licenziante. Quando il licenziante acconsente a non far valere i suoi diritti di proprietà di beni immateriali per impedire la vendita dei prodotti del licenziatario, l'accordo elimina un ostacolo alla vendita dei prodotti del licenziatario e, in linea generale, promuove la concorrenza.

18. Nei casi in cui un accordo di licenza rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato, gli effetti dell'accordo favorevoli alla concorrenza devono essere soppesati in rapporto ai suoi effetti negativi sulla base dell'articolo 101, paragrafo 3. Se soddisfa tutte e quattro le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, l'accordo di licenza restrittivo è valido e applicabile senza che occorra una decisione preliminare in tal senso⁽²³⁾. È improbabile che restrizioni fondamentali della concorrenza soddisfino le quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. In genere tali accordi non soddisfano (almeno) una delle prime due condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, e non apportano benefici economici oggettivi né benefici per i consumatori. Inoltre, in genere, questi tipi di accordi non soddisfano la terza condizione relativa al carattere indispensabile delle restrizioni. Se, ad esempio, le parti fissano il prezzo di vendita dei prodotti realizzati sotto licenza, si avranno, in linea di principio, un calo della produzione, una cattiva ripartizione delle risorse e un aumento dei prezzi pagati dai consumatori. Nemmeno la restrizione in materia di prezzi è indispensabile per realizzare i possibili incrementi di efficienza risultanti dal fatto che entrambi i concorrenti possono disporre di due tecnologie.

2.3. Definizione del mercato

19. L'approccio della Commissione per quanto riguarda la definizione del mercato rilevante è illustrato nella sua comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza⁽²⁴⁾. Le presenti linee direttrici affrontano

⁽¹⁹⁾ Si veda la sentenza nella causa *John Deere* (Raccolta 1998), citata alla nota 11.

⁽²⁰⁾ Orientamenti sulla questione della sensibilità degli effetti delle restrizioni possono trovarsi nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea, GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13. La comunicazione definisce le restrizioni sensibili in maniera negativa. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione della comunicazione «de minimis» non hanno necessariamente effetti restrittivi sensibili. È necessaria una valutazione caso per caso.

⁽²¹⁾ Causa T-321/05, *Astra Zeneca/Commissione* (Raccolta 2010, pag. II-2805, punto 267).

⁽²²⁾ Linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, punto 26, citate alla nota 3.

⁽²³⁾ Cfr. l'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1), modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1419/2006 del Consiglio, del 25 settembre 2006 (GU L 269 del 28.9.2006, pag. 1).

⁽²⁴⁾ GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5.

soltanto taluni aspetti della definizione del mercato che assumono particolare rilievo in materia di concessione di licenze per diritti tecnologici.

20. La tecnologia è un fattore di produzione integrato nel prodotto o nel processo di produzione. La concessione di licenze per diritti tecnologici può pertanto incidere sulla concorrenza sia sui mercati dei fattori di produzione a monte che sui mercati del prodotto a valle. Ad esempio, un accordo concluso tra due parti che vendono prodotti concorrenti e che si concedono reciprocamente in licenza diritti tecnologici riguardanti la produzione di tali prodotti può restringere la concorrenza sul mercato del prodotto interessato. La concessione reciproca di licenze può altresì restringere la concorrenza sul mercato a monte delle tecnologie, nonché eventualmente sui mercati di altri fattori di produzione a monte. Ai fini della valutazione degli effetti sulla concorrenza degli accordi di licenza potrebbe pertanto essere necessario definire i mercati rilevanti del prodotto e i mercati rilevanti delle tecnologie ⁽²⁵⁾.
21. Il mercato rilevante del prodotto comprende i prodotti contrattuali (che integrano la tecnologia sotto licenza) e i prodotti considerati dagli acquirenti intercambiabili o sostituibili con i prodotti contrattuali, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. I prodotti contrattuali possono essere parte di un mercato di prodotti finali e/o intermedi.
22. I mercati rilevanti delle tecnologie comprendono i diritti tecnologici sotto licenza e i loro sostituti, ovvero altre tecnologie che il licenziatario considera intercambiabili o sostituibili con i diritti tecnologici sotto licenza, in ragione delle loro caratteristiche, delle royalties cui sono soggette e dell'uso al quale sono destinate. Partendo dalla tecnologia commercializzata dal licenziante, è necessario identificare le tecnologie sostitutive alle quali i licenziatari potrebbero passare in risposta ad un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi, ossia delle royalties. Un'alternativa è quella di esaminare il mercato dei prodotti che incorporano i diritti tecnologici oggetto della licenza [cfr. punto (25)].
23. Il termine «mercato rilevante», definito all'articolo 1, paragrafo 1, lettera m), del RECTT e utilizzato nell'articolo 3 del medesimo regolamento, fa riferimento al mercato rilevante del prodotto e al mercato rilevante delle tecnologie sotto il profilo sia geografico che del prodotto.
24. Il «mercato geografico rilevante», definito all'articolo 1, paragrafo 1, lettera l), del RECTT, è l'area nella quale le imprese interessate forniscono o acquistano prodotti o concedono licenze per tecnologia, in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse. Il mercato geografico dei mercati rilevanti delle tecnologie può differire dal mercato geografico dei mercati rilevanti del prodotto.
25. Una volta definiti i mercati rilevanti, si possono attribuire ai vari concorrenti le quote di mercato che possono essere utilizzate come indice della forza relativa dei vari operatori. Nel caso dei mercati delle tecnologie, un modo di procedere consiste nel calcolare le quote di mercato sulla base della quota di ogni tecnologia sul totale dei ricavi delle licenze derivanti dalle royalties, quota che rappresenta la quota di detta tecnologia sul mercato in cui vengono concesse in licenza tecnologie concorrenti. Tuttavia, questo modo di procedere si rivela spesso puramente teorico e non pratico a causa della mancanza di informazioni chiare sulle royalties. Un'altra impostazione alternativa, utilizzata per determinare il campo di applicazione, come illustrato dall'articolo 8, lettera d), del RECTT, è quella di calcolare le quote detenute sul mercato delle tecnologie sulla base delle vendite dei prodotti che integrano la tecnologia oggetto di licenza sui mercati a valle del prodotto (cfr. per maggiori dettagli il punto (86) e seguenti). In casi specifici, esulanti dal campo di applicazione del RECTT, potrebbe essere necessario, qualora possibile nella pratica, applicare entrambi gli approcci descritti per effettuare una valutazione più accurata del potere di mercato del licenziante e prendere in considerazione altri fattori che forniscono una buona indicazione della forza relativa delle tecnologie disponibili (si vedano, per ulteriori fattori, i punti (157) e (159) e seguenti) ⁽²⁶⁾.
26. Alcuni accordi di licenza possono incidere sulla concorrenza per quanto riguarda l'innovazione. Tuttavia, nell'analizzare tali effetti, di norma la Commissione prende in esame solo l'impatto dell'accordo sulla concorrenza nei mercati esistenti del prodotto e delle tecnologie ⁽²⁷⁾. La concorrenza su tali mercati può essere pregiudicata da accordi che ritardino l'introduzione di nuovi prodotti o di prodotti migliori che sostituiranno nel tempo i prodotti esistenti. In tal caso, l'innovazione costituisce una fonte di concorrenza potenziale di cui occorre tener conto nel valutare l'impatto dell'accordo sui mercati del prodotto e sui mercati delle tecnologie. In un numero limitato di casi, tuttavia, potrebbe essere utile e necessario anche analizzare separatamente gli effetti sulla concorrenza per quanto riguarda l'innovazione. Ciò è opportuno, ad esempio, nei casi in cui l'accordo pregiudica l'innovazione volta a creare nuovi prodotti e in quelli in cui è possibile, sin nella fase

⁽²⁵⁾ Si veda ad esempio la decisione della Commissione nel caso COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto* in cui la Commissione ha analizzato la fusione di due produttori di prodotti ottenuti da semi di girasole verticalmente integrati esaminando sia (i) il mercato a monte degli scambi (scambio delle varietà (linee parentali e ibridi) e delle relative licenze) sia (ii) il mercato a valle della commercializzazione degli ibridi. Nel caso COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, la Commissione ha definito, oltre al mercato della produzione di melamina di alta qualità, anche il mercato di tecnologia a monte della fornitura di tecnologia per la produzione di melamina. Si veda anche il caso COMP/M.269, *Shell/Montecatini*.

⁽²⁶⁾ Si veda anche la decisione della Commissione nel caso COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto* e la decisione COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

⁽²⁷⁾ Si vedano anche i punti da 119 a 122 delle linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale (in appresso «linee direttrici orizzontali»), GU C 11 del 14.1.2011, pag. 1.

iniziale, individuare i poli dell'attività di ricerca e sviluppo (28). In tali casi occorre analizzare se dopo l'accordo il numero di poli di attività di ricerca e sviluppo concorrenti sarà sufficiente per preservare una concorrenza effettiva nel settore dell'innovazione.

2.4. Distinzione tra imprese concorrenti e non concorrenti

27. In genere, gli accordi tra concorrenti presentano maggiori rischi per la concorrenza rispetto agli accordi tra non concorrenti. Tuttavia, la concorrenza tra imprese che utilizzano la stessa tecnologia (concorrenza tra licenziatari nell'ambito della stessa tecnologia) costituisce un importante complemento della concorrenza tra imprese che utilizzano tecnologie concorrenti (concorrenza tra tecnologie). Ad esempio, la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia può determinare una riduzione dei prezzi dei prodotti che incorporano la tecnologia in oggetto, il che, oltre ad apportare benefici diretti e immediati ai consumatori di tali prodotti, può stimolare ulteriormente la concorrenza tra le imprese che utilizzano tecnologie concorrenti. In materia di concessione di licenze, occorre altresì tener conto del fatto che i licenziatari vendono i propri prodotti; non rivendono quelli forniti da un'altra impresa. Le possibilità di concorrenza tra i licenziatari sulla base della differenziazione dei prodotti e della qualità possono pertanto essere maggiori che nel caso degli accordi verticali di rivendita di prodotti.
28. Per determinare il rapporto concorrenziale esistente tra le parti, è necessario esaminare se, in assenza dell'accordo, le parti sarebbero state concorrenti effettivi o potenziali. Le parti sono considerate non concorrenti se, in assenza dell'accordo, non sarebbero state concorrenti effettivi o potenziali in nessuno dei mercati rilevanti oggetto dell'accordo.
29. In linea di principio, le parti di un accordo sono considerate non concorrenti se si trovano in una posizione di blocco unidirezionale o bidirezionale. Si ha posizione di blocco unidirezionale quando un diritto tecnologico non può essere sfruttato senza incidere su un altro diritto tecnologico valido, o se una parte non è in grado di operare sul mercato rilevante in maniera commercialmente valida senza violare il diritto tecnologico valido delle altre parti. È quanto avviene, ad esempio, quando in un diritto tecnologico rientrano i perfezionamenti di un altro diritto tecnologico e tale perfezionamento non può essere legittimamente utilizzato senza una licenza per il diritto tecnologico di base. Si ha posizione di blocco bidirezionale quando nessun diritto tecnologico può essere sfruttato senza violare il diritto tecnologico valido dell'altra parte oppure quando nessuna delle parti può essere operativa sul mercato rilevante in maniera commercialmente valida senza violare il diritto tecnologico valido dell'altra e ha pertanto bisogno di ottenere dall'altra parte la relativa licenza o la rinuncia alla rivendicazione (29). Nella pratica, tuttavia, esistono casi in cui non è certo se un particolare diritto tecnologico è valido e violato.

(28) Si veda anche il punto (157).

(29) In uno scenario in cui le imprese hanno preso l'impegno generale di concedere in licenza determinati diritti di proprietà di beni immateriali, ad esempio una licenza di diritti o un impegno «FRAND», le parti non possono essere considerate in una posizione di blocco sulla base di tali diritti di proprietà di beni immateriali.

30. Le parti sono da ritenersi concorrenti effettivi sul mercato del prodotto se prima dell'accordo entrambe operano già sullo stesso mercato rilevante del prodotto. Il fatto che entrambe le parti operino già sullo stesso mercato rilevante del prodotto senza aver stipulato un accordo di licenza è un chiaro indicatore che le parti non si trovano in una posizione di blocco reciproca. In uno scenario del genere è plausibile ritenere che le parti siano effettivamente concorrenti, a meno che e fintantoché la posizione di blocco non venga accertata (in particolare da una sentenza definitiva).

31. Il licenziatario può essere considerato un concorrente potenziale sul mercato del prodotto se, in assenza dell'accordo, effettuerebbe i necessari investimenti supplementari per entrare sul mercato rilevante in risposta a un aumento modesto ma permanente del prezzo del prodotto. La probabilità dell'ingresso sul mercato deve essere valutata in maniera realistica, cioè sulla base delle circostanze del caso in esame. L'ingresso è più probabile se il licenziatario possiede mezzi di produzione che possano essere facilmente utilizzati per entrare nel mercato senza sostenere costi irrecuperabili significativi o se ha già elaborato piani oppure se ha iniziato ad investire al fine di penetrare sul mercato. Devono sussistere possibilità reali e concrete che il licenziatario possa entrare sul mercato rilevante ed entrare in concorrenza con imprese già stabilite ed attive su tale mercato (30). Inversamente, il licenziatario non può essere descritto come un concorrente potenziale se il suo ingresso in un mercato non corrisponde a una strategia economicamente redditizia (31).

32. Nel contesto specifico dei diritti di proprietà di beni immateriali, un fattore supplementare per valutare se le parti sono concorrenti potenziali su un particolare mercato è la possibilità che i loro diritti di proprietà di beni immateriali siano in una posizione di blocco, vale a dire la possibilità che il licenziatario non possa entrare nel mercato rispettivo senza violare i diritti di proprietà di beni immateriali dell'altra parte.

33. Ove l'esistenza della posizione di blocco non sia accertata ad esempio da una sentenza definitiva, le parti, per decidere se sono concorrenti potenziali, dovranno avvalersi di tutte le prove disponibili in quel momento, compresa la possibilità che i diritti di proprietà di beni immateriali siano violati e, se del caso, l'effettiva possibilità di aggirare i diritti di proprietà di beni immateriali esistenti. Dimostrare di aver già intrapreso investimenti consistenti o di disporre di piani avanzati per entrare in un determinato mercato può avallare il parere che le parti sono concorrenti almeno potenziali, anche se la posizione di blocco non può essere esclusa. Prove particolarmente convincenti dell'esistenza di una posizione di blocco possono risultare necessarie quando le parti hanno un comune interesse a sostenere l'esistenza di una posizione di blocco al fine di essere considerate non concorrenti, ad esempio quando la

(30) Cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e a./Commissione* (Raccolta 1998, pag. 3141, punto 137).

(31) Cfr. la causa T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service/Commissione* (Raccolta 2011, pag. II-1729, punto 167).

presunta posizione di blocco addotta dalle parti riguarda tecnologie sostitutive [cfr. punto (22)], oppure quando il licenziante offre significativi incentivi finanziari al licenziatario.

34. Per costituire un'effettiva pressione concorrenziale, l'ingresso sul mercato deve verosimilmente avvenire entro un breve periodo di tempo⁽³²⁾. Un periodo di uno o due anni è di norma considerato adeguato. In casi particolari, tuttavia, possono essere presi in considerazione periodi più lunghi. Il valore di riferimento per determinare tale periodo può essere il periodo necessario alle imprese già presenti sul mercato per adeguare le loro capacità. Ad esempio, le parti possono essere considerate concorrenti potenziali sul mercato del prodotto nel caso in cui il licenziatario produca utilizzando la propria tecnologia su un determinato mercato geografico e inizi a produrre su un altro mercato geografico utilizzando una tecnologia concorrente ottenuta in licenza. In simili circostanze è probabile che il licenziatario sarebbe potuto entrare sull'altro mercato geografico grazie alla propria tecnologia, se l'ingresso non fosse risultato precluso da fattori oggettivi, come l'esistenza di diritti di proprietà di beni immateriali che esercitano uno sbarramento.
35. Le parti sono concorrenti effettivi sul mercato delle tecnologie se entrambe concedono già in licenza diritti tecnologici sostitutivi oppure se il licenziatario concede già in licenza i suoi diritti tecnologici e il licenziante entra sul mercato delle tecnologie concedendo al licenziatario una licenza per diritti tecnologici concorrenti.
36. Le parti sono considerate concorrenti potenziali sul mercato delle tecnologie se possiedono tecnologie sostitutive e il licenziatario non concede in licenza la propria tecnologia, a condizione che sia probabile che lo faccia nel caso di un aumento modesto ma permanente del prezzo del prodotto. Nel caso dei mercati delle tecnologie, in generale è più difficile valutare se le parti siano concorrenti potenziali. Questo è il motivo per cui, ai fini dell'applicazione del RECTT, la concorrenza potenziale sul mercato delle tecnologie non viene presa in considerazione (si veda il punto (83)) e le parti sono considerate non concorrenti.
37. In alcuni casi si potrebbe altresì concludere che, pur fabbricando prodotti concorrenti, il licenziante e il licenziatario non sono concorrenti sul mercato rilevante del prodotto e sul mercato rilevante delle tecnologie, perché la tecnologia sotto licenza costituisce un'innovazione talmente avanzata che la tecnologia del licenziatario è diventata obsoleta o non competitiva. In casi simili, la tecnologia del licenziante determina la nascita di un nuovo mercato o l'eliminazione della tecnologia del licenziatario dal mercato esistente. Tuttavia, spesso non è possibile giungere a una tale conclusione al momento in cui l'accordo viene stipulato. Solitamente la tecnologia più vec-

chia appare obsoleta o non competitiva solo quando la nuova tecnologia o i prodotti che la incorporano sono accessibili ai consumatori da un certo periodo di tempo. Ad esempio, quando è stata sviluppata la tecnologia dei CD e sul mercato sono comparsi i lettori e i dischi CD, non era del tutto ovvio che questa nuova tecnologia avrebbe sostituito la tecnologia dei dischi in vinile. Ciò è diventato chiaro solo alcuni anni dopo. Le parti saranno pertanto considerate concorrenti se, al momento della conclusione dell'accordo, non è ovvio che la tecnologia del licenziatario sia obsoleta o non competitiva. Tuttavia, dato che sia l'articolo 101, paragrafo 1, che l'articolo 101, paragrafo 3, del trattato devono essere applicati in funzione del contesto effettivo in cui l'accordo viene concluso, la valutazione deve tener conto di eventuali cambiamenti rilevanti della situazione. La definizione dei rapporti intercorrenti tra le parti è destinata pertanto a trasformarsi in una relazione tra non concorrenti nel caso in cui la tecnologia del licenziatario diventi successivamente obsoleta o non competitiva sul mercato.

38. In taluni casi le parti possono diventare concorrenti a seguito della conclusione dell'accordo, in quanto il licenziatario sviluppa o acquista e comincia a sfruttare una tecnologia concorrente. In simili casi, si deve tener conto del fatto che le parti erano imprese non concorrenti al momento della conclusione dell'accordo e che l'accordo è stato concluso in quel determinato contesto. La Commissione si concentrerà pertanto principalmente sull'impatto dell'accordo sulla capacità del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia (concorrente). In particolare, l'elenco delle restrizioni fondamentali che si applicano agli accordi tra concorrenti non si applicherà a tali accordi salvo qualora l'accordo sia successivamente modificato nei suoi elementi fondamentali dopo che le parti sono diventate concorrenti (si veda l'articolo 4, paragrafo 3, del RECTT).
39. Le imprese parti dell'accordo possono anche diventare concorrenti successivamente alla conclusione dell'accordo, qualora il licenziatario fosse già presente sul mercato rilevante nel momento in cui viene venduto il prodotto contrattuale prima della concessione della licenza e qualora il licenziante entri successivamente sul mercato rilevante utilizzando il diritto tecnologico concesso in licenza o una nuova tecnologia. Anche in questo caso all'accordo continuerà ad applicarsi l'elenco delle restrizioni fondamentali applicabili agli accordi tra non concorrenti, salvo nel caso in cui l'accordo sia successivamente modificato nei suoi elementi fondamentali (si veda l'articolo 4, paragrafo 3, del RECTT). Una modifica sostanziale comporta la conclusione di un nuovo accordo di trasferimento di tecnologia tra le parti relativo a diritti tecnologici concorrenti che possono essere utilizzati per la produzione di prodotti in concorrenza con i prodotti contrattuali.

⁽³²⁾ Cfr. la causa T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service/Commissione* (Raccolta 2011, pag. II-1729, punto 189).

3. APPLICAZIONE DEL RECTT

3.1. Gli effetti del RECTT

40. Le categorie di accordi di trasferimento di tecnologia che soddisfano le condizioni enunciate dal RECTT beneficiano dell'esenzione dal divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria sono giuridicamente validi e applicabili. Tali accordi possono essere vietati solo per il futuro e solo a seguito di una revoca dell'esenzione per categoria da parte della Commissione o dell'autorità competente di uno Stato membro. Gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria non possono essere vietati dai giudici nazionali in virtù dell'articolo 101, nel quadro di controversie private.
41. L'esenzione per categoria degli accordi di trasferimento di tecnologia si fonda sul presupposto che tali accordi — nella misura in cui rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato — soddisfano le quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Si presuppone pertanto che gli accordi determinino incrementi di efficienza, che le restrizioni previste dagli accordi siano indispensabili per il conseguimento di tali incrementi, che i consumatori presenti sui mercati interessati ne ricevano una congrua parte e che gli accordi non diano alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione. Le soglie relative alla quota di mercato (articolo 3), l'elenco delle restrizioni fondamentali (articolo 4) e le restrizioni escluse (articolo 5) che figurano nel RECTT mirano ad assicurare che il beneficio dell'esenzione per categoria venga concesso solo agli accordi restrittivi della concorrenza per i quali si possa ragionevolmente ritenere che le quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, siano soddisfatte.
42. Come illustrato nella sezione 4 delle presenti linee direttrici molti accordi di licenza non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato perché non determinano alcuna restrizione della concorrenza o perché non determinano restrizioni sensibili⁽³³⁾. Considerato che tali accordi rientrerebbero comunque nel campo di applicazione del RECTT, non è necessario stabilire se essi incorrano nel divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1⁽³⁴⁾.
43. Al di fuori del campo di applicazione del regolamento di esenzione per categoria, è importante esaminare se l'accordo in esame rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato e, in tal caso, se le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte. Non vi è alcuna presunzione del fatto che gli accordi di trasferimento di tecnologia che non beneficiano dell'esenzione per categoria rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o non soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. In particolare, il semplice fatto che le quote di mercato delle parti superano le soglie di cui all'articolo 3 del RECTT non è

motivo sufficiente per stabilire che l'accordo rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. È necessaria a tal fine una valutazione individuale dei probabili effetti dell'accordo. È solo nel caso in cui prevedano restrizioni fondamentali della concorrenza che gli accordi sono da ritenersi vietati a norma dell'articolo 101.

3.2. Campo di applicazione e durata del RECTT

3.2.1. La nozione di accordo di trasferimento di tecnologia

44. Il RECTT e le presenti linee direttrici hanno per oggetto gli accordi di trasferimento di tecnologia. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), del RECTT, la nozione di «diritti tecnologici» copre il know-how, i brevetti, i modelli di utilità, i diritti su disegni e modelli, le topografie di prodotti a semiconduttori, i certificati complementari di protezione per i medicinali o altri prodotti per i quali tali certificati di protezione complementari possono essere ottenuti, i certificati relativi alle nuove varietà vegetali, i diritti d'autore sul software o una loro combinazione, nonché le domande relative a tali diritti e le domande di registrazione di tali diritti. I diritti tecnologici oggetto della licenza dovrebbero permettere al licenziatario di produrre i prodotti contrattuali con o senza l'apporto di altri fattori di produzione. Il RECTT si applica esclusivamente agli Stati membri in cui il licenziante possiede i diritti tecnologici rilevanti; in caso contrario, non vi è alcun diritto tecnologico da trasferire ai sensi del RECTT.
45. All'articolo 1, paragrafo 1, lettera i), del RECTT, il know-how viene definito come un patrimonio di conoscenze pratiche, derivanti da esperienze e da prove, un patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato.
- a) Per «segreto» si intende che il know-how non è generalmente noto, né facilmente accessibile.
- b) Per «sostanziale» si intende che il know-how comprende conoscenze significative e utili per la produzione dei prodotti contrattuali o per l'utilizzazione del processo contemplato dall'accordo di licenza. In altre parole, le conoscenze devono offrire un contributo significativo alla produzione dei prodotti contrattuali o devono agevolarle. Nei casi in cui il know-how sotto licenza riguarda un prodotto anziché un processo, questa condizione implica che il know-how è utile alla produzione del prodotto contrattuale. La condizione in oggetto non è soddisfatta qualora il prodotto contrattuale possa essere realizzato sulla base di tecnologie liberamente disponibili. Non è tuttavia necessario che il valore del prodotto contrattuale sia superiore rispetto a quello dei prodotti realizzati con le tecnologie liberamente disponibili. Nel caso delle tecnologie relative a un processo, questa condizione implica che il know-how è utile nel senso che, alla data della conclusione dell'accordo, è ragionevole presumere che sia in grado di migliorare significativamente la posizione competitiva del licenziatario, ad esempio riducendone i costi di produzione.

⁽³³⁾ Si veda a questo riguardo la comunicazione relativa agli accordi di importanza minore citata alla nota 20.

⁽³⁴⁾ In conformità dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003, gli accordi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma che non sono vietati sulla base dell'articolo 101, non possono essere vietati sulla base della legislazione nazionale in materia di concorrenza.

- c) Per «individuato» si intende che è possibile verificare se il know-how sotto licenza risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità. Questa condizione è soddisfatta se il know-how sotto licenza è descritto in manuali o in altri testi scritti. In certi casi, tuttavia, ciò può non essere ragionevolmente possibile. Il know-how sotto licenza può consistere nelle conoscenze pratiche di cui dispongono i dipendenti del licenziante. Questi possono ad esempio detenere conoscenze segrete e sostanziali in relazione ad un determinato processo produttivo che viene trasferito al licenziatario attraverso la formazione dei suoi dipendenti. In simili casi, è sufficiente descrivere nell'accordo la natura generale del know-how ed elencare i dipendenti che sono, o sono stati, coinvolti nel suo trasferimento al licenziatario.
46. Le disposizioni in materia di accordi di trasferimento di tecnologia relative all'acquisto di prodotti da parte del licenziatario rientrano nel RECTT solo se e quando tali disposizioni sono direttamente connesse alla produzione o alla vendita dei prodotti contrattuali. Pertanto, il RECTT non si applica a quelle parti degli accordi di trasferimento di tecnologia relative a fattori di produzione e/o attrezzature utilizzati per scopi diversi dalla realizzazione dei prodotti contrattuali. Per esempio, nei casi in cui il latte viene venduto assieme alla concessione della licenza di tecnologia per la produzione di un formaggio, solo il latte utilizzato per la produzione del formaggio con la tecnologia sotto licenza rientrerà nel campo di applicazione del RECTT.
47. Le disposizioni in materia di accordi di trasferimento di tecnologia relative alla concessione in licenza di altri tipi di diritti di proprietà di beni immateriali, come ad esempio i marchi e i diritti d'autore, diversi dai diritti d'autore sul software [sui diritti d'autore sul software si vedano i punti (44) e (62)], rientrano nel RECTT solo se e quando sono direttamente connesse alla produzione o alla vendita dei prodotti contrattuali. Questa condizione garantisce che le disposizioni che coprono altri tipi di diritti di proprietà di beni immateriali beneficino dell'esenzione per categoria nella misura in cui consentono al licenziatario di sfruttare meglio i diritti tecnologici oggetto della licenza. Ad esempio, quando un licenziante autorizza il licenziatario a utilizzare il suo marchio sui prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza, questa licenza di marchio può permettere al licenziatario di sfruttare meglio la tecnologia sotto licenza poiché fa sì che il consumatore colleghi immediatamente il prodotto alle caratteristiche conferitegli dai diritti tecnologici sotto licenza. L'obbligo imposto al licenziatario di utilizzare il marchio del licenziante può anche favorire la diffusione della tecnologia, in quanto consente al licenziante di essere riconosciuto come la fonte della tecnologia alla base del prodotto. Il RECTT copre gli accordi di trasferimento di tecnologia in questo scenario, anche se il principale interesse delle parti risiede nello sfruttamento del marchio piuttosto che della tecnologia⁽³⁵⁾.
48. Il RECTT non copre la concessione di licenze di diritti d'autore diversi dai diritti d'autore sul software (ad eccezione della situazione descritta al punto (47)). Tuttavia, nel valutare la concessione di licenze di diritti d'autore per la produzione del prodotto contrattuale sulla base dell'articolo 101 del trattato, la Commissione applicherà in linea generale i principi fissati nel RECTT e nelle presenti linee direttrici.
49. D'altro canto, poiché si ritiene che la concessione di licenze di diritti di noleggio e di diritti di esecuzione pubblica tutelata dal diritto d'autore, come per i film o la musica, sollevi questioni specifiche, non si reputa opportuno valutare tale concessione sulla base dei principi enunciati nelle presenti linee direttrici. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 101 si deve tener conto delle specificità dell'opera e del modo in cui viene utilizzata⁽³⁶⁾. Pertanto, la Commissione non applicherà per analogia il RECTT e le presenti linee direttrici alla concessione in licenza di questi altri diritti.
50. La Commissione inoltre non applicherà i principi illustrati nel RECTT e nelle presenti linee direttrici alla concessione in licenza di marchi (fatta eccezione per la situazione di cui al punto (47)). La concessione in licenza di marchi avviene spesso nel quadro della distribuzione e della rivendita di beni e servizi e presenta più elementi in comune con gli accordi di distribuzione che con la concessione di licenze di tecnologia. Quando una licenza di marchio è direttamente collegata con l'utilizzazione, la vendita o la rivendita di beni e servizi e non costituisce l'oggetto principale di un accordo, l'accordo di licenza è coperto dal regolamento (UE) n. 330/2010⁽³⁷⁾.

3.2.2. La nozione di «trasferimento»

51. La nozione di «trasferimento» implica che la tecnologia deve passare da un'impresa all'altra. Tali trasferimenti assumono di norma la forma di una licenza, grazie alla quale il licenziante concede al licenziatario il diritto di sfruttamento dei suoi diritti tecnologici dietro pagamento di royalties.
52. Secondo quanto stabilito dall'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), del RECTT, anche le cessioni in cui parte del rischio connesso allo sfruttamento dei diritti tecnologici rimane a carico del cedente sono considerate accordi di trasferimento di tecnologia. Ciò avviene in particolare quando il corrispettivo della cessione dipende dal fatturato realizzato dal cessionario per i prodotti realizzati utilizzando la tecnologia ceduta, dai quantitativi prodotti o dal numero di operazioni effettuate con la tecnologia in questione.

⁽³⁵⁾ Il RECTT potrebbe ora coprire l'accordo di trasferimento di tecnologia di cui alla decisione della Commissione nel caso *Mossehead/Whitbread* (GU L 100 del 20.4.1990, pag. 32); si veda in particolare il punto 16 di detta decisione.

⁽³⁶⁾ Si veda, a questo riguardo, la causa 262/81, *Coditel (II)* (Raccolta 1982, pag. 3381).

⁽³⁷⁾ GU L 102 del 23.4.2010, pag. 1.

53. Un accordo in base al quale il licenziante si impegna a non esercitare i suoi diritti tecnologici nei confronti del licenziatario può anche essere considerato un trasferimento di diritti tecnologici. Infatti, l'essenza di un accordo di licenza di brevetto puro è il diritto di operare all'interno del campo di applicazione del diritto esclusivo conferito dal brevetto. Ne consegue che il RECTT riguarda anche i cosiddetti accordi di non rivendicazione e accordi transattivi, mediante i quali il licenziante autorizza il licenziatario a produrre nell'ambito di applicazione del brevetto ⁽³⁸⁾.

3.2.3. Accordi tra due parti

54. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), del RECTT, il regolamento ha per oggetto esclusivamente gli accordi di trasferimento di tecnologia conclusi «tra due imprese». Gli accordi di trasferimento di tecnologia conclusi tra più di due imprese non rientrano nel campo di applicazione del RECTT ⁽³⁹⁾. Elemento determinante ai fini della distinzione tra accordi conclusi tra due imprese e accordi multilaterali è il fatto che l'accordo in oggetto sia stato concluso tra più di due imprese.
55. Gli accordi conclusi tra due imprese rientrano nel campo di applicazione del RECTT anche qualora l'accordo contenga disposizioni relative a vari livelli della catena commerciale. Ad esempio, il RECTT si applica ad un accordo di licenza relativo non solo alla fase della produzione ma anche a quella della distribuzione, il quale fissi gli obblighi che il licenziatario deve o può imporre ai rivenditori dei prodotti realizzati sotto licenza ⁽⁴⁰⁾.
56. Gli accordi per la costituzione di pool tecnologici e la concessione di licenze al di fuori del pool di norma sono considerati accordi multilaterali e non rientrano pertanto nel campo d'applicazione del RECTT ⁽⁴¹⁾. La nozione di pool tecnologico include gli accordi in base ai quali due o più parti decidono di mettere in comune le rispettive tecnologie e di concederle in licenza come pacchetto unico. La nozione di pool tecnologico include anche gli accordi in base ai quali due o più imprese decidono di concedere in licenza un pacchetto di tecnologie a un terzo, autorizzando quest'ultimo a concedere a sua volta in licenza il pacchetto.
57. Gli accordi di licenza conclusi tra più di due imprese sollevano spesso questioni analoghe a quelle sollevate dagli accordi di licenza di uguale natura conclusi tra due imprese. Nel valutare individualmente gli accordi di licenza aventi uguale natura degli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria ma che sono stati conclusi tra più di due imprese, la Commissione applicherà per ana-

logia i principi enunciati nel RECTT. La sezione 4.4 riguarda nello specifico i pool tecnologici e la concessione di licenze al di fuori del pool.

3.2.4. Accordi per la produzione dei prodotti contrattuali

58. Discende dall'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), del RECTT che, per rientrare nel campo di applicazione del RECTT, gli accordi di licenza devono avere «per oggetto la produzione dei prodotti contrattuali» ossia di prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza o che sono realizzati utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza. La licenza deve consentire al licenziatario e/o ai suoi subfornitori di sfruttare la tecnologia sotto licenza per la produzione di beni o servizi (al riguardo si veda anche il considerando 7 del RECTT).
59. Qualora l'oggetto dell'accordo non sia la produzione dei prodotti contrattuali, ma, ad esempio, semplicemente il blocco dello sviluppo di una tecnologia concorrente, l'accordo di licenza non rientra nel campo di applicazione del RECTT e le presenti linee direttrici potrebbero non essere appropriate ai fini della sua valutazione. Più in generale, se le parti non sfruttano i diritti tecnologici sotto licenza non si ha un'attività che determina incrementi di efficienza e viene meno la ragione stessa dell'esenzione per categoria. Tuttavia lo sfruttamento non deve necessariamente assumere la forma di un'integrazione delle risorse. Lo sfruttamento si verifica anche quando la licenza assicura al licenziatario la libertà di progettazione, consentendogli di sfruttare la propria tecnologia senza il rischio di esporsi a richieste di risarcimento per violazione dei diritti da parte del licenziante. Nel caso di concessione di licenze tra imprese concorrenti, il fatto che le parti non sfruttino la tecnologia sotto licenza può indicare che l'accordo dissimula un cartello. Per questi motivi, la Commissione esaminerà molto attentamente i casi di non sfruttamento.
60. Il RECTT si applica agli accordi di licenza per la produzione dei prodotti contrattuali da parte del licenziatario e/o dei suoi subfornitori. Pertanto, il RECTT non si applica agli accordi di trasferimento di tecnologia, o a quelle parti di tali accordi, che permettono la sublicenza. La Commissione applicherà tuttavia, per analogia, i principi contenuti nel RECTT e nelle presenti linee direttrici agli "accordi di licenza originali" tra licenziante e licenziatario (ovvero gli accordi con cui il licenziante autorizza il licenziatario a concedere in sublicenza la tecnologia). Gli accordi tra licenziatario e sublicenziatari per la produzione dei prodotti contrattuali rientrano nel campo di applicazione del RECTT.

⁽³⁸⁾ Nelle presenti linee direttrici, per «concedere in licenza» e «concesso in licenza» si intendono anche gli accordi di non rivendicazione e di composizione transattiva nella misura in cui si verifica un trasferimento di diritti tecnologici, come descritto nella presente sezione. In merito agli accordi transattivi si veda il punto (234) e segg.

⁽³⁹⁾ Ai sensi del regolamento (CEE) n. 19/65 del Consiglio, del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate (GU P 36 del 6.3.1965, pag. 533), la Commissione non è abilitata a concedere un'esenzione per categoria agli accordi di trasferimento di tecnologia conclusi tra più di due imprese.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. il considerando 6 del RECTT e la parte 3.2.6. in appresso.

⁽⁴¹⁾ Per ulteriori ragguagli si veda il punto (247).

61. L'espressione «prodotti contrattuali» indica i beni ed i servizi prodotti utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza, sia nel caso in cui la tecnologia venga utilizzata nel processo di produzione, sia qualora sia incorporata nel prodotto stesso. Nelle presenti linee direttrici l'espressione «prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza» copre entrambi i casi. Il RECTT si applica a tutti i casi in cui i diritti tecnologici sono concessi in licenza ai fini della produzione di beni e servizi. Il quadro delineato dal RECTT e dalle presenti linee direttrici si basa sul presupposto che vi sia un legame diretto tra i diritti tecnologici sotto licenza e un prodotto contrattuale. Nei casi in cui non esiste tale legame diretto, ovvero nei casi in cui l'oggetto dell'accordo non è di consentire la produzione di un prodotto contrattuale, il quadro di analisi del RECTT e delle linee direttrici può non essere adeguato.
62. La licenza di diritti d'autore sul software concessa ai fini della semplice riproduzione e distribuzione di un'opera protetta, vale a dire la produzione di copie per la rivendita, non è considerata «produzione» ai sensi del RECTT e non rientra pertanto nel campo di applicazione del RECTT e delle presenti linee direttrici. Detta riproduzione per la distribuzione rientra invece per analogia nel campo d'applicazione del regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione⁽⁴²⁾ e degli orientamenti sulle restrizioni verticali⁽⁴³⁾. Per riproduzione ai fini della distribuzione si intende la situazione in cui viene concessa a un vettore una licenza per riprodurre il software indipendentemente dai mezzi tecnici con cui il software viene distribuito. Ad esempio, il RECTT e le presenti linee direttrici non si applicano alla concessione in licenza di diritti d'autore sul software sulla cui base il licenziatario ottiene una *master copy* del software ai fini della riproduzione e della vendita del software agli utilizzatori finali. Non si applicano neppure alla concessione in licenza di diritti d'autore sul software e alla distribuzione di software mediante «shrink wrap licence», ossia una licenza soggetta a una serie di condizioni incluse nella confezione della copia su supporto materiale e che si ritiene che l'utente finale accetti con l'apertura della confezione stessa, o alla concessione di licenze di diritti d'autore sul software e alla distribuzione di software online mediante download.
63. Tuttavia, se il software sotto licenza è integrato dal licenziatario nel prodotto contrattuale, non si tratta di una semplice riproduzione, ma di produzione. Ad esempio, il RECTT e le presenti linee direttrici si applicano alla concessione di licenze di diritti d'autore sul software nei casi in cui il licenziatario ha il diritto di riprodurre il software integrandolo in un dispositivo con cui il software interagisce.
64. Il RECTT si applica alla «subfornitura», mediante la quale il licenziante concede in licenza diritti tecnologici al licenziatario, che si impegna a produrre per mezzo di detta tecnologia determinati prodotti esclusivamente per conto del licenziante. La subfornitura può anche comportare la messa a disposizione da parte del licenziante delle attrezzature da utilizzare nella produzione dei beni e nella fornitura dei servizi oggetto dell'accordo. Perché quest'ultimo tipo di subfornitura rientri nel campo di applicazione del RECTT, nel quadro di un accordo di trasferimento di tecnologia, le attrezzature fornite devono essere direttamente collegate alla realizzazione dei prodotti contrattuali. La subfornitura è anche oggetto della comunicazione della Commissione sui contratti di subfornitura⁽⁴⁴⁾. Conformemente a questa comunicazione, che rimane applicabile, gli accordi di subfornitura mediante i quali il subfornitore si impegna a produrre determinati prodotti esclusivamente per conto del committente non rientrano di norma nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Di norma, anche gli accordi di subfornitura mediante i quali il contraente determina il prezzo di trasferimento del prodotto contrattuale intermedio tra i subfornitori intermedi in una catena di valore della subfornitura non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, a condizione che i prodotti contrattuali siano realizzati esclusivamente per il contraente. Tuttavia, altre restrizioni imposte al subfornitore, come l'obbligo di non effettuare o sfruttare la propria attività di ricerca e sviluppo possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101⁽⁴⁵⁾.
65. Il RECTT si applica anche agli accordi in base ai quali il licenziatario deve realizzare un'attività di sviluppo prima di ottenere un prodotto o un processo sfruttabile commercialmente, a condizione che sia stato individuato un prodotto contrattuale. Anche se tale ulteriore attività di sviluppo e i relativi investimenti sono necessari, l'oggetto dell'accordo è la produzione di un prodotto contrattuale individuato, vale a dire articoli realizzati utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza.
66. Il RECTT e le presenti linee direttrici non coprono gli accordi in base ai quali i diritti tecnologici sono concessi in licenza al fine di consentire al licenziatario di effettuare ulteriori attività di ricerca e sviluppo in diversi settori, tra cui l'ulteriore sviluppo di un prodotto derivante da queste attività di ricerca e sviluppo⁽⁴⁶⁾. Ad esempio, il RECTT e le presenti linee direttrici non si applicano alla concessione in licenza di uno strumento di ricerca tecnologica utilizzato nell'ambito di ulteriori attività di ricerca e non riguardano neppure gli accordi finalizzati a subappaltare

⁽⁴²⁾ Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 102 del 23.4.2010, pag. 1).

⁽⁴³⁾ GU C 130 del 19.5.2010, pag. 1.

⁽⁴⁴⁾ Comunicazione della Commissione, del 18 dicembre 1978, relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea, GU C 1 del 3.1.1979, pag. 2.

⁽⁴⁵⁾ Si veda il punto 3 della comunicazione della Commissione sui contratti di subfornitura menzionata alla nota 44..

⁽⁴⁶⁾ Si veda anche la parte 3.2.6.1.

attività di ricerca e sviluppo mediante i quali il licenziatario si impegna ad effettuare attività di ricerca e sviluppo nel settore della tecnologia sotto licenza e a ritrasferire al licenziante il pacchetto di tecnologie perfezionato⁽⁴⁷⁾. Oggetto principale di tali accordi è la prestazione di servizi di ricerca e sviluppo finalizzati al perfezionamento della tecnologia e non la produzione di beni e servizi utilizzando la tecnologia sotto licenza.

3.2.5. Durata

67. Per tutto il periodo di applicazione del RECTT, che scade il 30 aprile 2026, l'esenzione per categoria si applica fintantoché il diritto di proprietà dei beni immateriali oggetto della licenza non si sia estinto, non sia caduto in prescrizione o non sia stato dichiarato nullo. Per quanto riguarda il know-how, l'esenzione per categoria si applica fintantoché il know-how oggetto della licenza rimanga segreto, ad eccezione del caso in cui il know-how venga reso pubblico a seguito di un intervento del licenziatario, nel qual caso l'esenzione si applica per la durata dell'accordo (cfr. articolo 2 del RECTT).

68. L'esenzione per categoria si applica a tutti i diritti tecnologici concessi in licenza nell'ambito dell'accordo e cessa di essere applicata alla data in cui l'ultimo diritto tecnologico sotto licenza di cui al RECTT si estingue, è dichiarato nullo o diventa di dominio pubblico.

3.2.6. Relazione con altri regolamenti di esenzione per categoria

69. Il RECTT copre gli accordi tra due imprese aventi per oggetto la concessione di una licenza di diritto tecnologico per la produzione dei prodotti contrattuali. I diritti tecnologici possono tuttavia essere anche un elemento di altri tipi di accordi. Inoltre, i prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza vengono successivamente venduti sul mercato. Occorre pertanto analizzare i collegamenti tra il RECTT e il regolamento della Commissione (UE) n. 1218/2010⁽⁴⁸⁾ sugli accordi di specializzazione, il regolamento (UE) n. 1217/2010 sugli accordi ricerca e sviluppo⁽⁴⁹⁾ e il regolamento della Commissione (UE) n. 330/2010 sugli accordi verticali⁽⁵⁰⁾.

3.2.6.1. Il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi in materia di R&S e il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi di specializzazione

70. Il RECTT non si applica alla concessione di licenze nel quadro degli accordi di specializzazione che rientrano nel campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1218/2010 né alla concessione di licenze nell'ambito di accordi di ricerca e sviluppo che rientrano nel campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1217/2010 (si veda il considerando 7 e l'articolo 9 del RECTT).

71. Il regolamento (UE) n. 1218/2010 relativo agli accordi di specializzazione copre in particolare, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), dello stesso regolamento, gli accordi di produzione in comune, in forza dei quali due o più parti convengono di produrre in comune determinati prodotti. Il regolamento estende l'esenzione alle disposizioni relative alla cessione o allo sfruttamento di diritti di proprietà di beni immateriali, a condizione che esse non costituiscano l'oggetto principale dell'accordo e che siano direttamente collegate e necessarie alla sua realizzazione.

72. Quando le imprese costituiscono un'impresa comune di produzione e concedono all'impresa comune una licenza di sfruttamento di una tecnologia utilizzata per la produzione dei prodotti dell'impresa comune, tale concessione di licenza rientra nel campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1218/2010 sugli accordi di specializzazione e non in quello del RECTT. Di conseguenza, si considera che la concessione di licenza nel quadro di un'impresa comune di produzione rientri di norma nel campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1218/2010. Tuttavia, qualora l'impresa comune conceda in licenza a terzi la tecnologia, l'attività, non essendo legata alla produzione dell'impresa comune, non rientra nel campo di applicazione di detto regolamento. Tali accordi di licenza, in cui le parti mettono insieme le rispettive tecnologie, costituiscono pool tecnologici (illustrati nella sezione 4.4.).

73. Il regolamento (UE) n. 1217/2010 relativo agli accordi in materia di ricerca e sviluppo copre gli accordi in base ai quali due o più imprese convengono di effettuare congiuntamente attività di ricerca e sviluppo e di sfruttare insieme i risultati di tali attività. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera m), del medesimo regolamento, le attività di ricerca e sviluppo e lo sfruttamento dei risultati sono effettuati «in comune» quando i relativi lavori sono eseguiti da un gruppo di lavoro o da un ente comune o da un'impresa controllata in comune; sono affidati in comune dalle parti a un terzo; sono ripartiti tra le parti in base alla specializzazione nella ricerca, nello sviluppo, nella produzione o nella distribuzione, ivi compresa la concessione di licenze. Tale regolamento copre inoltre gli accordi relativi ad attività di ricerca e sviluppo a pagamento in base ai quali due o più imprese convengono che la ricerca e lo sviluppo vengano effettuate da una parte e finanziati da un'altra, indipendentemente dal fatto che i relativi risultati vengano o meno utilizzati in comune [si veda l'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), punto vi), del regolamento (UE) n. 1217/2010].

74. Ne consegue che il regolamento (UE) n. 1217/2010 sugli accordi ricerca e sviluppo copre la concessione di licenze tra le parti e a opera delle parti ad un soggetto comune nel quadro di un accordo in materia di ricerca e sviluppo. Tale concessione di licenze è soggetta esclusivamente al regolamento (UE) n. 1217/2010 e non al RECTT. Nel quadro di tali accordi le parti possono anche determinare le condizioni per la concessione in licenza a terzi dei risultati conseguiti tramite l'accordo di ricerca e sviluppo. Tuttavia, dato che i terzi licenziatari non sono parti nell'accordo di ricerca e sviluppo, il singolo accordo di

⁽⁴⁷⁾ Quest'ultimo esempio è contemplato nel regolamento (UE) n. 1217/2010 menzionato alla nota 49 (si veda anche la sezione 3.2.6.1.).

⁽⁴⁸⁾ Regolamento (UE) n. 1218/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione (GU L 335 del 18.12.2010, pag. 43).

⁽⁴⁹⁾ Regolamento (UE) n. 1217/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo (GU L 335 del 18.12.2010, pag. 36).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. nota 42.

licenza concluso con i terzi non rientra nel campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1217/2010. Questo tipo di accordo di licenza è coperto dall'esenzione per categoria del RECTT se le condizioni sono soddisfatte.

3.2.6.2. Il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali

75. Il regolamento (UE) n. 330/2010 relativo agli accordi verticali copre gli accordi conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi. Tale regolamento copre pertanto gli accordi di fornitura e di distribuzione ⁽⁵¹⁾.
76. Dato che il RECTT copre solo gli accordi tra due parti e considerato che, ai fini del regolamento (UE) n. 330/2010, il licenziatario che vende prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza è un fornitore, i due regolamenti di esenzione per categoria sono strettamente connessi. L'accordo tra licenziante e licenziatario rientra nel campo di applicazione del RECTT, mentre gli accordi conclusi tra il licenziatario e gli acquirenti dei prodotti contrattuali sono assoggettati al regolamento (UE) n. 330/2010 e agli orientamenti sulle restrizioni verticali ⁽⁵²⁾.
77. Il RECTT concede il beneficio dell'esenzione agli accordi tra il licenziante e il licenziatario anche nel caso in cui l'accordo imponga al licenziatario obblighi sulle modalità di vendita dei prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza. In particolare, il licenziatario può essere obbligato a creare un determinato tipo di sistema di distribuzione, ad esempio un sistema di distribuzione esclusivo o un sistema selettivo. Tuttavia, per poter beneficiare dell'esenzione per categoria, gli accordi di distribuzione conclusi allo scopo di dare attuazione a tali obblighi devono attenersi alle disposizioni del regolamento (UE) n. 330/2010. Ad esempio, il licenziante può obbligare il licenziatario ad istituire un sistema basato sulla distribuzione esclusiva conformemente a determinate regole; tuttavia, secondo quanto discende dall'articolo 4, lettera b), del regolamento (UE) n. 330/2010, in generale i distributori devono essere liberi di effettuare vendite passive nei territori di altri distributori esclusivi del licenziatario.
78. Inoltre, ai sensi del regolamento (UE) n. 330/2010 relativo agli accordi verticali, in linea di principio i distributori devono essere liberi di effettuare sia vendite attive che vendite passive nei territori coperti dai sistemi di distribuzione degli altri fornitori, vale a dire gli altri licenziatari che fabbricano i loro prodotti utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza. Ciò è dovuto al fatto che ai fini dell'applicazione del regolamento (UE) n. 330/2010 ogni licenziatario costituisce un fornitore distinto. Tuttavia, le ragioni che giustificano l'esenzione per categoria delle restrizioni delle vendite attive all'interno di un sistema di

distribuzione del fornitore, prevista da detto regolamento, valgono anche quando i prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza sono venduti da licenziatari diversi con un marchio comune di proprietà del licenziante. Quando i prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza vengono venduti con un marchio comune possono esservi le stesse ragioni di efficienza per applicare tra i sistemi di distribuzione dei licenziatari gli stessi tipi di restrizioni applicati nel quadro di un singolo sistema di distribuzione verticale. In tal caso, è improbabile che la Commissione contesti le restrizioni se vengono soddisfatte condizioni analoghe a quelle previste dal regolamento (UE) n. 330/2010. Perché si abbia identità di marchio, i prodotti devono essere venduti e commercializzati con il marchio comune che più di ogni altro consenta di trasmettere ai consumatori informazioni relative alla qualità nonché a ogni altro elemento pertinente. Non è quindi sufficiente che, oltre al marchio dei licenziatari, i prodotti rechino anche il marchio del licenziante, marchio che individua il licenziante come la fonte della tecnologia sotto licenza.

3.3. Soglie relative alla quota di mercato da applicare ai fini della deroga

79. Ai sensi dell'articolo 3 del RECTT, l'esenzione per categoria di accordi restrittivi o, in altri termini, la deroga di cui al RECTT, si basa su soglie relative alla quota di mercato, il che limita il campo di applicazione dell'esenzione per categoria agli accordi per i quali si possa in genere ritenere che, seppure potenzialmente restrittivi della concorrenza, soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Al di fuori della deroga basata sulle soglie relative alla quota di mercato, è necessaria una valutazione caso per caso. Il fatto che le quote di mercato superino le soglie fissate non induce automaticamente a presumere che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. In assenza di restrizioni fondamentali, come stabilito dall'articolo 4 del RECTT, è necessaria un'analisi del mercato.
- Soglie relative alla quota di mercato applicabili*
80. La soglia relativa alla quota di mercato da applicare ai fini della deroga prevista dal RECTT varia in funzione del fatto che si tratti di un accordo tra imprese concorrenti o tra imprese non concorrenti.
 81. Le soglie relative alla quota di mercato si applicano sia ai mercati rilevanti dei diritti tecnologici sotto licenza che ai mercati rilevanti dei prodotti contrattuali. Se su uno dei mercati rilevanti interessati viene superata la soglia applicabile su uno o più mercati del prodotto o delle tecnologie, su detto mercato rilevante l'accordo non beneficia dell'esenzione per categoria. Se, ad esempio, l'accordo di licenza riguarda due mercati del prodotto distinti, l'esenzione per categoria può applicarsi ad uno dei mercati e non all'altro.

⁽⁵¹⁾ Cfr. la pubblicazione della Commissione europea «La politica di concorrenza in Europa — Regole di concorrenza in materia di accordi di fornitura e di distribuzione», Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2012.

⁽⁵²⁾ Rispettivamente GU L 102 del 23.4.2010, pag. 1, e GU C 130 del 19.5.2010, pag. 1.

82. A norma dell'articolo 3, paragrafo 1, del RECTT l'esenzione prevista dall'articolo 2 del RECTT si applica agli accordi tra concorrenti a condizione che la quota di mercato detenuta congiuntamente dalle parti non superi il 20 % in nessun mercato rilevante. La soglia relativa alla quota di quota di mercato di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del RECTT si applica se le parti sono concorrenti effettivi o potenziali sul mercato del prodotto e/o concorrenti effettivi sul mercato delle tecnologie (per la distinzione tra imprese concorrenti e imprese non concorrenti si veda il punto (27) e seguenti).
83. Per l'applicazione delle soglie relative alla quota di mercato o dell'elenco delle restrizioni fondamentali relative agli accordi tra concorrenti, non si tiene conto della concorrenza potenziale sul mercato delle tecnologie. Al di fuori del campo d'applicazione della deroga prevista dal RECTT, la concorrenza potenziale sul mercato delle tecnologie viene presa in considerazione, ma non comporta l'applicazione dell'elenco delle restrizioni fondamentali in relazione agli accordi tra concorrenti.
84. Quando le imprese parti dell'accordo di licenza non sono concorrenti, si applica la soglia di quota di mercato di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del RECTT. Un accordo tra non concorrenti beneficia dell'esenzione se nessuna delle parti detiene una quota di mercato superiore al 30 % sui mercati rilevanti delle tecnologie e del prodotto interessati.
85. Se le parti diventano concorrenti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del RECTT in un secondo momento, ad esempio nel caso in cui il licenziatario è già presente, prima della concessione della licenza, sul mercato rilevante in cui i prodotti contrattuali sono venduti o il licenziante diventa successivamente fornitore effettivo o potenziale sul medesimo mercato rilevante, la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato si applica a partire dal momento in cui le parti diventano concorrenti. Tuttavia, in questo caso l'elenco delle restrizioni fondamentali applicabile agli accordi tra non concorrenti continuerà ad applicarsi all'accordo, salvo qualora l'accordo sia successivamente modificato nei suoi elementi fondamentali (si vedano l'articolo 4, paragrafo 3, del RECTT e il punto (39) delle presenti linee direttrici).

Calcolo delle quote per il mercato delle tecnologie ai fini dell'applicazione della deroga

86. Conformemente al RECTT, il calcolo delle quote di mercato sui mercati rilevanti in cui i diritti tecnologici sono ceduti in licenza si discosta dalle normali prassi per i motivi illustrati al punto (87). Nel caso dei mercati delle tecnologie, dall'articolo 8, lettera d), del RECTT discende che, sia per il prodotto che per la dimensione geografica del mercato rilevante, la quota di mercato del licenziante deve essere calcolata sulla base delle vendite del licenziante e di tutti i suoi licenziatari dei prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza. Secondo tale approccio le vendite congiunte del licenziante e dei suoi licenziatari di prodotti contrattuali sono calcolate come parte di tutte

le vendite di prodotti concorrenti, indipendentemente dal fatto che tali prodotti concorrenti siano realizzati o meno con una tecnologia concessa in licenza.

87. L'approccio consistente nel calcolare la quota di mercato del licenziante sul mercato delle tecnologie come la sua «impronta» a livello dei prodotti è stato scelto in considerazione delle difficoltà pratiche di calcolare la quota di mercato di un licenziante sulla base dei ricavi derivanti dalle royalties [si veda il punto (25)]. Oltre alla difficoltà generale di ottenere dati attendibili sui ricavi derivanti dalle royalties, tali ricavi possono anche sottovalutare in misura considerevole la posizione di una tecnologia sul mercato nel caso in cui i versamenti delle royalties siano ridotti a seguito della concessione reciproca di licenze o della fornitura di prodotti abbinati. Se si basa la quota di mercato del licenziante nel mercato delle tecnologie sui prodotti realizzati utilizzando tale tecnologia rispetto ai prodotti realizzati con tecnologie concorrenti non si corre questo rischio. In genere tale impronta a livello dei prodotti rispecchia bene la posizione di mercato della tecnologia.
88. Idealmente tale impronta dovrebbe essere calcolata escludendo dal mercato del prodotto i prodotti realizzati sulla base di tecnologie interne che non sono concesse in licenza poiché tali tecnologie interne esercitano soltanto un vincolo indiretto sulla tecnologia sotto licenza. Tuttavia, poiché può essere difficile nella pratica per il licenziante e i licenziatari sapere se altri prodotti nello stesso mercato del prodotto siano realizzati con tecnologie sotto licenza o interne, il calcolo della quota di mercato delle tecnologie ai fini dell'applicazione del RECTT si basa sui prodotti realizzati con la tecnologia sotto licenza in quanto parte di tutti i prodotti venduti in quel mercato del prodotto. Si può presumere che questo approccio, basato sull'impronta della tecnologia sull'insieme dei mercati del prodotto, ridurrà la quota di mercato calcolata poiché include i prodotti ottenuti con tecnologie interne, ma fornisce in genere un buon indicatore della forza della tecnologia. Innanzitutto, registra ogni concorrenza potenziale da parte di imprese che producono utilizzando la propria tecnologia e che potrebbero iniziare a concederla in licenza qualora si registrasse un aumento modesto ma permanente del prezzo delle licenze. In secondo luogo, anche se è poco probabile che altri titolari inizino a concedere in licenza le loro tecnologie, non è detto che il licenziante detenga necessariamente una posizione di forza sul mercato delle tecnologie, anche detenendo una quota elevata dei ricavi derivanti dalle licenze. Se il mercato a valle del prodotto è un mercato competitivo, la concorrenza a questo livello può in effetti condizionare il licenziante. Un incremento a monte delle royalties incide sui costi del licenziatario, rendendolo meno competitivo e riducendone le vendite. La quota che la tecnologia detiene sul mercato del prodotto consente di evidenziare anche questo aspetto ed è pertanto di norma un buon indicatore del potere di mercato del licenziante sul mercato delle tecnologie.

89. Per valutare la forza della tecnologia occorre tener conto anche della dimensione geografica del mercato delle tecnologie che talvolta è diversa dalla dimensione geografica del mercato rilevante del prodotto a valle. Ai fini dell'applicazione del RECTT, la dimensione geografica del mercato rilevante delle tecnologie è determinata anche dai mercati rilevanti del prodotto. Tuttavia, al di fuori del campo d'applicazione della deroga prevista dal RECTT, può essere opportuno prendere in considerazione anche un'eventuale area geografica più ampia in cui il licenziante e i licenziatari di tecnologie concorrenti siano coinvolti nella concessione di licenze relative a tali tecnologie, in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee e che possa essere distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono considerevolmente diverse.

90. Per le nuove tecnologie che non hanno ancora generato vendite durante l'anno civile precedente, viene attribuita una quota di mercato pari a zero. Una volta avviate le vendite, la tecnologia inizierà a conquistare quote di mercato. Se la quota di mercato aumenta successivamente al di sopra della soglia del 20 % o del 30 %, la deroga continua ad applicarsi per un periodo di due anni civili consecutivi a decorrere dall'anno in cui la soglia è stata superata (si veda l'articolo 8, lettera e) del RECTT).

Calcolo delle quote per il mercato delle tecnologie ai fini dell'applicazione della deroga

91. Nel caso dei mercati rilevanti in cui sono venduti i prodotti contrattuali, la quota di mercato del licenziatario deve essere calcolata sulla base delle vendite da parte del licenziatario di prodotti che integrano la tecnologia del licenziante e di prodotti concorrenti, ossia il totale delle vendite del licenziatario sul mercato del prodotto in questione. Nel caso in cui il licenziante sia anche un fornitore di prodotti sul mercato rilevante, occorre altresì tener conto delle vendite del licenziante sul mercato del prodotto in questione. Tuttavia, nel calcolo delle quote di mercato relative ai mercati del prodotto, le vendite effettuate da altri licenziatari non sono prese in considerazione per il calcolo della quota di mercato del licenziatario e/o del licenziante.

92. Le quote di mercato devono essere calcolate sulla base dei dati relativi al valore delle vendite nell'anno precedente, se disponibili. Rispetto ai dati sul volume, i dati sul valore delle vendite forniscono in genere un'indicazione più accurata della forza di una determinata tecnologia. Tuttavia, qualora i dati sul valore non siano disponibili, possono essere utilizzate stime basate su altre informazioni di mercato attendibili, ivi compresi i dati sul volume delle vendite sul mercato.

93. Gli esempi che seguono permettono di illustrare i principi enunciati nella sezione 3.3.

Accordi di licenza tra imprese non concorrenti

Esempio n. 1

L'impresa A è specializzata nella messa a punto di prodotti e tecniche nel campo della biotecnologia e ha realizzato un nuovo prodotto, lo Xeran. Non disponendo delle necessarie strutture di produzione e di distribuzione, l'impresa non opera come produttore dello Xeran. L'impresa B è uno dei produttori di prodotti concorrenti, realizzati utilizzando tecnologie non protette e liberamente disponibili. Nell'anno 1, B ha venduto prodotti per un

valore di 25 milioni di EUR realizzati con tecnologie liberamente disponibili. Nell'anno 2, A concede a B una licenza per la produzione dello Xeran. In quell'anno, B realizza un fatturato di 15 milioni di EUR per i prodotti realizzati sulla base di tecnologie liberamente disponibili e di 15 milioni di EUR per lo Xeran. Nell'anno 3 e negli anni seguenti B produce e vende esclusivamente lo Xeran, realizzando un fatturato annuo di 40 milioni di EUR. Inoltre, nell'anno 2, A concede una licenza anche a C. C non era attivo su quel mercato del prodotto in precedenza. C produce e vende esclusivamente lo Xeran, realizzando un fatturato di 10 milioni di EUR nell'anno 2 e di 15 milioni di EUR nell'anno 3 e negli anni successivi. Il valore complessivo del mercato dello Xeran e dei prodotti sostitutivi in cui operano B e C è pari a 200 milioni di EUR l'anno.

Nell'anno 2, l'anno in cui sono conclusi gli accordi di licenza, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari allo 0 %, in quanto la sua quota di mercato deve essere calcolata sulla base delle vendite complessive dello Xeran nell'anno precedente. Nell'anno 3, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari al 12,5 %, corrispondente al valore dello Xeran prodotto da B e C nel precedente anno 2. Nell'anno 4 e negli anni successivi, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari al 27,5 %, corrispondente al valore dello Xeran prodotto da B e C nell'anno precedente.

Nell'anno 2, la quota di mercato di B sul mercato del prodotto è pari al 12,5 %, corrispondente alle vendite per 25 milioni di EUR realizzate da B nell'anno 1. Nell'anno 3, la quota di mercato di B è pari al 15 %, in quanto le sue vendite sono aumentate a 30 milioni di EUR nell'anno 2. Nell'anno 4 e negli anni successivi, la quota di mercato di B è pari al 20 %, in quanto le sue vendite sono pari a 40 milioni di euro all'anno. La quota di mercato di C sul mercato del prodotto è pari allo 0 % nell'anno 1 e 2, al 5 % nell'anno 3 ed al 7,5 % negli anni successivi.

Poiché gli accordi di licenza sono tra A e B e tra A e C, si tratta di accordi tra imprese non concorrenti e dal momento che le quote di mercato individuali di A, B e C sono ogni anno inferiori al 30%, gli accordi rientrano nel campo di applicazione della deroga prevista dal RECTT.

Esempio n. 2

La situazione è la stessa dell'esempio 1, ma in questo caso B e C operano su mercati geografici diversi. Il valore complessivo del mercato dello Xeran e dei prodotti sostitutivi è pari a 100 milioni di EUR l'anno per ciascun mercato geografico.

In questo caso, la quota di mercato di A sui mercati rilevanti delle tecnologie deve essere calcolata separatamente sulla base dei dati relativi alle vendite dei prodotti di ciascuno dei due mercati geografici. Sul mercato in cui opera B, la quota di mercato di A dipende dalle vendite dello Xeran realizzate da B. Poiché in questo esempio il valore complessivo del mercato si presume pari a 100 milioni di EUR, vale a dire la metà del mercato di cui all'esempio n. 1, la quota di mercato di A è pari allo 0 % nell'anno 2, al 15 % nell'anno 3 ed al 40 % negli anni successivi. La quota di mercato di B è pari al 25 % nell'anno 2, al 30 % nell'anno 3 e al 40 % negli anni successivi. Negli anni 2 e 3, né la quota di mercato di A, né

quella di B superano la soglia del 30 %. La soglia viene tuttavia superata a partire dall'anno 4 e ciò significa che, conformemente all'articolo 8, lettera a), del RECTT, dopo l'anno 6 l'accordo di licenza tra A e B non può più beneficiare della deroga, ma deve essere valutato su base individuale.

Sul mercato in cui opera C, la quota di mercato di A dipende dalle vendite dello Xeran realizzate da C. La quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie, sulla base delle vendite di C nell'anno precedente, è pertanto pari allo 0 % nell'anno 2, al 10 % nell'anno 3 e al 15 % negli anni successivi. La quota di mercato di C sul mercato del prodotto è la stessa: 0 % nell'anno 2, 10 % nell'anno 3 e 15 % negli anni successivi. L'accordo di licenza tra A e C beneficia pertanto della deroga per l'intero periodo.

Accordi di licenza tra imprese concorrenti

Esempio n. 3

Le imprese A e B operano sullo stesso mercato rilevante del prodotto e sullo stesso mercato geografico rilevante per un determinato prodotto chimico. Ciascuna di esse detiene inoltre un brevetto relativo ad una tecnologia utilizzata per produrre il prodotto in questione. Nell'anno 1, A e B concludono un accordo di licenza reciproca mediante il quale si autorizzano reciprocamente ad utilizzare in licenza le rispettive tecnologie. Nell'anno 1, A e B producono solo utilizzando la rispettiva tecnologia, realizzando rispettivamente un fatturato di 15 milioni di EUR e di 20 milioni di EUR per il loro prodotto. A partire dall'anno 2, utilizzano entrambe la propria tecnologia e quella dell'altra parte. Da quell'anno in poi A realizza un fatturato di 10 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la propria tecnologia e di 10 milioni di euro per il prodotto realizzato con la tecnologia di B. Dall'anno 2, B realizza un fatturato di 15 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la propria tecnologia e di 10 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la tecnologia di A. Il valore complessivo del mercato del prodotto e dei suoi sostituti è pari a 100 milioni di EUR l'anno.

Ai fini della valutazione dell'accordo di licenza nell'ambito del RECTT, è necessario calcolare le quote di mercato di A e B sia sul mercato delle tecnologie, sia sul mercato del prodotto. La quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie dipende dal valore delle vendite realizzate nell'anno precedente per quanto riguarda i prodotti realizzati, sia da A che da B, con la tecnologia di A. Nell'anno 2, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pertanto pari al 15 %, corrispondente al valore di 15 milioni di EUR della propria produzione e delle proprie vendite nell'anno 1. A partire dall'anno 3, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari al 20 %, corrispondente al valore di 20 milioni di EUR delle vendite di prodotti realizzati con la tecnologia di A, realizzati e venduti da A e B (10 milioni di EUR ciascuna). Analogamente, la quota di mercato di B sul mercato delle tecnologie è pari al 20 % nell'anno 2 e al 25 % negli anni successivi.

Le quote di mercato di A e B sul mercato del prodotto dipendono dalle vendite rispettive del prodotto nell'anno precedente, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata. La quota di mercato di A sul mercato del prodotto è pari al 15 % nell'anno 2 e al 20 % negli anni successivi. La quota di mercato di B sul mercato del prodotto è pari al 20 % nell'anno 2 e al 25 % negli anni successivi.

Poiché si tratta di un accordo tra imprese concorrenti, perché l'accordo benefici della deroga, la quota di mercato detenuta congiuntamente deve essere inferiore alla soglia del 20 %, sia sul mercato delle tecnologie, sia sul mercato del prodotto. È chiaro che nel caso in esame, ciò non si verifica. La quota di mercato detenuta congiuntamente sul mercato delle tecnologie e sul mercato del prodotto è pari al 35 % nell'anno 2 e al 45 % negli anni successivi. Questo accordo tra imprese concorrenti dovrà pertanto essere valutato su base individuale.

3.4. Restrizioni fondamentali della concorrenza di cui al regolamento di esenzione per categoria

3.4.1. Principi generali

94. L'articolo 4 del RECTT elenca le restrizioni fondamentali della concorrenza. La classificazione di una restrizione come restrizione fondamentale della concorrenza si basa sul carattere della restrizione e sull'esperienza che quasi sempre ne ha dimostrato il carattere anticoncorrenziale. Conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale⁽⁵³⁾, una simile restrizione può risultare dall'obiettivo manifesto dell'accordo o dalle circostanze relative al caso specifico [cfr. punto (14)]. Le restrizioni fondamentali possono risultare obiettivamente necessarie in casi eccezionali, per un accordo di particolare tipo o natura⁽⁵⁴⁾ e, pertanto, non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Inoltre le imprese possono sempre eccepire incrementi di efficienza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, in un caso individuale⁽⁵⁵⁾.

95. A norma dell'articolo 4, paragrafi 1 e 2 del RECTT, se un accordo di trasferimento di tecnologia contiene una restrizione fondamentale della concorrenza, l'accordo nel suo insieme non rientra nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria. Ai fini del RECTT, le restrizioni fondamentali non possono essere separate dal resto dell'accordo. Inoltre, la Commissione ritiene che, nel quadro di una valutazione individuale, sia improbabile che le restrizioni fondamentali della concorrenza soddisfino le quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3 [cfr. punto (18)].

96. L'articolo 4 del RECTT distingue tra accordi tra imprese concorrenti e accordi tra imprese non concorrenti.

3.4.2. Gli accordi tra imprese concorrenti

97. L'articolo 4, paragrafo 1, del RECTT elenca le restrizioni fondamentali nel caso di concessione di licenze tra imprese concorrenti. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, il RECTT non si applica agli accordi che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori soggetti al controllo delle parti, hanno per oggetto quanto segue:

a) la restrizione della facoltà di una parte di determinare i prezzi praticati per la vendita dei prodotti a terzi;

⁽⁵³⁾ Cfr. ad esempio la giurisprudenza citata alla nota 16.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. punto 18 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, citate alla nota 3.

⁽⁵⁵⁾ Causa T-17/93 *Matra* (Raccolta 1994, pag. II-595, punto 85).

b) la limitazione della produzione, ad eccezione delle limitazioni della produzione dei prodotti contrattuali imposte al licenziatario in un accordo non reciproco o imposte a uno solo dei licenziatari in un accordo reciproco;

c) la ripartizione dei mercati o della clientela, fatti salvi:

i) l'obbligo imposto al licenziante o al licenziatario, in un accordo non reciproco, di non produrre utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza nel territorio esclusivo riservato all'altra parte e/o di non effettuare vendite attive e/o passive nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo riservati all'altra parte;

ii) la restrizione, in un accordo non reciproco, delle vendite attive del licenziatario nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo assegnati dal licenziante a un altro licenziatario, a condizione che quest'ultimo non fosse un'impresa concorrente del licenziante al momento della conclusione del proprio accordo di licenza;

iii) l'obbligo imposto al licenziatario di produrre i prodotti contrattuali esclusivamente per il proprio uso, a condizione che il licenziatario non sia soggetto a restrizioni per quanto riguarda la vendita attiva e passiva dei prodotti contrattuali come pezzi di ricambio per i propri prodotti;

iv) l'obbligo imposto al licenziatario, in un accordo non reciproco, di produrre i prodotti contrattuali solo per un determinato cliente, quando la licenza era stata concessa per creare una fonte di approvvigionamento alternativa per quel cliente;

d) la restrizione della facoltà del licenziatario di sfruttare i propri diritti tecnologici o la restrizione della facoltà delle parti dell'accordo di svolgere attività di ricerca e sviluppo, fatto salvo quando quest'ultima restrizione sia indispensabile per evitare la divulgazione a terzi del know-how sotto licenza.

Distinzione tra accordi reciproci e accordi non reciproci tra concorrenti

98. Per una serie di restrizioni fondamentali, il RECTT fa una distinzione tra accordi reciproci e accordi non reciproci. L'elenco delle restrizioni fondamentali è più rigoroso per

gli accordi reciproci che non per gli accordi non reciproci tra concorrenti. Gli accordi reciproci sono accordi per la concessione reciproca di licenze, laddove le tecnologie sotto licenza sono tecnologie concorrenti o possono essere utilizzate per la produzione di prodotti concorrenti. Un accordo non reciproco è un accordo mediante il quale solo una delle parti concede in licenza i propri diritti tecnologici all'altra parte, oppure, nel caso di un accordo per la concessione reciproca di licenze, laddove i diritti tecnologici sotto licenza non riguardano tecnologie concorrenti e i diritti sotto licenza non possono essere utilizzati per la produzione di prodotti concorrenti. Un accordo non si considera reciproco ai fini del RECTT per il semplice fatto che contiene un obbligo di retrocessione o che il licenziatario si impegna a concedere al licenziante una licenza per i perfezionamenti da lui realizzati alla tecnologia sotto licenza. Qualora un accordo non reciproco diventi successivamente un accordo reciproco a seguito della conclusione di un secondo accordo di licenza tra le stesse parti, queste possono essere costrette a rivedere il primo accordo di licenza al fine di evitare che l'accordo contenga una restrizione fondamentale. Nella valutazione del caso individuale, la Commissione terrà conto del tempo trascorso tra la conclusione del primo e del secondo accordo di licenza.

Restrizioni in materia di prezzi tra concorrenti

99. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) del RECTT riguarda gli accordi tra imprese concorrenti aventi per oggetto la fissazione dei prezzi dei prodotti venduti ai terzi, inclusi i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. La fissazione dei prezzi tra imprese concorrenti costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto. La fissazione dei prezzi può assumere la forma di un accordo diretto sul prezzo esatto da applicare o su un listino con alcuni sconti massimi autorizzati. Il fatto che l'accordo riguardi prezzi fissi, minimi, massimi o raccomandati non è rilevante. La fissazione dei prezzi può altresì essere realizzata indirettamente, applicando disincentivi ad allontanarsi da un livello di prezzo concordato, ad esempio, prevedendo un aumento della percentuale delle royalties nel caso i prezzi dei prodotti scendano al di sotto di un certo livello. Tuttavia, l'obbligo imposto al licenziatario di versare royalties minime non equivale di per sé alla fissazione dei prezzi.

100. Quando le royalties sono calcolate sulla base delle vendite dei singoli prodotti, l'importo delle royalties ha un impatto diretto sui costi marginali del prodotto e quindi sul suo prezzo⁽⁵⁶⁾. Pertanto, imprese concorrenti possono utilizzare la concessione reciproca di licenze con pagamento reciproco di royalties come uno strumento di

⁽⁵⁶⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 98 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 3.

coordinamento e/o aumento dei prezzi sui mercati del prodotto a valle⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, la Commissione considererà le licenze reciproche con pagamento reciproco delle royalties come equivalenti alla fissazione dei prezzi solo quando l'accordo è privo di ogni finalità favorevole alla concorrenza e non costituisce pertanto un autentico accordo di licenza. In simili casi, quando l'accordo non determina alcun valore aggiunto ed è quindi privo di valide giustificazioni commerciali, si tratta di un falso accordo che equivale di fatto a un cartello.

101. La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) del RECTT riguarda anche gli accordi che prevedono che le royalties vengano calcolate sulla base delle vendite di tutti i prodotti, a prescindere dall'utilizzazione della tecnologia sotto licenza. Tali accordi rientrano anche nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), ai sensi del quale la capacità del licenziatario di utilizzare i propri diritti tecnologici non deve essere limitata [cfr. punto (116)]. In genere, tali accordi determinano restrizioni della concorrenza, dato che provocano un aumento dei costi sostenuti dal licenziatario per l'utilizzazione dei propri diritti tecnologici e restringono la concorrenza che sarebbe esistita se l'accordo non fosse stato concluso⁽⁵⁸⁾. Ciò vale sia per gli accordi reciproci che per gli accordi non reciproci.
102. Tuttavia, un accordo secondo il quale le royalties vengano calcolate sulla base delle vendite di tutti i prodotti può eccezionalmente soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3 nei casi specifici in cui, sulla base di fattori oggettivi, si può concludere che la restrizione è indispensabile perché la concessione di licenza possa essere favorevole alla concorrenza. Ciò può verificarsi quando, in assenza della restrizione, sarebbe impossibile o eccessivamente difficile calcolare e controllare le royalties che devono essere pagate dal licenziatario, ad esempio perché la tecnologia del licenziante non lascia alcuna traccia visibile nel prodotto finale e perché non sono disponibili efficaci metodi di controllo alternativi.

Le restrizioni della produzione tra imprese concorrenti

103. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del RECTT riguarda le restrizioni reciproche della produzione tra le parti. Una restrizione della produzione è una limitazione dei quantitativi che una parte è autorizzata a produrre e vendere. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), non si applica alle limitazioni della produzione imposte al licenziatario nell'ambito di un accordo non reciproco né alle limitazioni della produzione imposte ad uno dei licenziatari nell'ambito di un accordo reciproco a patto che tali limitazioni riguardino soltanto prodotti realizzati utilizzando la tecnologia sotto licenza. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), individua quindi come restrizioni fondamentali le restrizioni reciproche della produzione imposte alle parti e le restrizioni della produzione imposte al licenziante per

quanto riguarda la sua stessa tecnologia. Quando imprese concorrenti acconsentono a imporsi reciprocamente restrizioni della produzione, l'accordo ha per oggetto e per probabile effetto la riduzione della produzione sul mercato. Lo stesso può dirsi degli accordi che scoraggiano le parti dall'espandere la produzione, ad esempio applicando royalties reciproche per unità che aumentano con l'aumentare della produzione o mediante un obbligo reciproco di corrispondere un determinato importo all'altra parte qualora venga superato un determinato livello di produzione.

104. Il trattamento più favorevole riservato alle restrizioni quantitative non reciproche si basa sulla considerazione per cui una restrizione unilaterale non determina necessariamente una riduzione della produzione sul mercato e sul fatto che il rischio che l'accordo non costituisca un autentico accordo di licenza è anche minore in caso di restrizioni non reciproche. Quando un licenziatario è disposto ad accettare una restrizione unilaterale, è probabile che l'accordo consenta una reale integrazione di tecnologie complementari o un'integrazione tra la tecnologia superiore del licenziante e i mezzi di produzione del licenziatario che consente incrementi di efficienza. Analogamente, in un accordo reciproco, una restrizione della produzione a carico solo di uno dei licenziatari può riflettere il maggior valore della tecnologia concessa in licenza da una delle parti e può contribuire a promuovere la concessione di licenze favorevoli alla concorrenza.

La ripartizione dei mercati e dei clienti tra imprese concorrenti

105. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT riguarda la ripartizione dei mercati e dei clienti. Gli accordi in base ai quali imprese concorrenti si ripartiscono mercati e clienti hanno per oggetto la restrizione della concorrenza. Un accordo nel quale imprese concorrenti acconsentano, reciprocamente, a non produrre in taluni territori o a non effettuare vendite attive e/o passive in taluni territori o a taluni gruppi di clienti riservati all'altra parte costituisce una restrizione fondamentale. Ad esempio quindi, la concessione reciproca di licenze esclusive tra concorrenti è considerata una ripartizione del mercato.
106. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), si applica a prescindere dal fatto che il licenziatario rimanga o meno libero di utilizzare i propri diritti tecnologici. Una volta che il licenziatario si è attrezzato per utilizzare la tecnologia del licenziante per produrre un determinato prodotto, può essere costoso mantenere una linea di produzione separata, che utilizzi un'altra tecnologia, al fine di rifornire i clienti cui si applicano le restrizioni. Inoltre, dato il potenziale anticoncorrenziale delle restrizioni, il licenziatario potrebbe avere pochi incentivi a produrre utilizzando la propria tecnologia. È inoltre altamente improbabile che simili restrizioni siano indispensabili affinché la concessione di licenze possa essere favorevole alla concorrenza.

⁽⁵⁷⁾ Ciò avviene altresì quando una parte concede una licenza all'altra parte e accetta di acquistare dal licenziatario un fattore di produzione materiale. Il prezzo di acquisto può assolvere la stessa funzione delle royalties.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. a questo riguardo la causa 193/83, *Windsurfing International/Commissione* (Raccolta 1986, pag. 611, punto 67).

107. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto i), non costituisce una restrizione fondamentale il fatto che in un accordo non reciproco il licenziante conceda al licenziatario una licenza esclusiva per produrre utilizzando la tecnologia sotto licenza in un determinato territorio ed acconsenta quindi a non produrre lui stesso i prodotti contrattuali in quel territorio o a non fornire i prodotti contrattuali da quel territorio. Simili licenze esclusive beneficiano dell'esenzione per categoria indipendentemente dall'estensione del territorio. Se la licenza ha portata mondiale, l'esclusiva implica che il licenziante si astiene dall'entrare o dal restare sul mercato. L'esenzione per categoria si applica anche se, nell'ambito di un accordo non reciproco, il licenziatario non è autorizzato a produrre in un territorio esclusivo riservato al licenziante. Lo scopo di tali accordi può essere di offrire al licenziante e/o al licenziatario un incentivo ad investire nella tecnologia sotto licenza e a svilupparla. Pertanto l'oggetto dell'accordo non è necessariamente la ripartizione dei mercati.
108. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto i), e per la stessa ragione, l'esenzione per categoria si applica anche agli accordi non reciproci mediante i quali le parti acconsentono a non effettuare vendite attive o passive nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo riservati all'altra parte. Ai fini dell'applicazione del RECTT, la Commissione applica alle vendite «attive» e «passive» la definizione data nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali⁽⁵⁹⁾. Le restrizioni delle vendite attive e/o passive del licenziatario o del licenziante sul territorio o al gruppo di clienti dell'altra parte beneficiano dell'esenzione per categoria solo se il territorio o il gruppo di clienti risultano riservati esclusivamente all'altra parte. Tuttavia, in alcune circostanze specifiche, gli accordi contenenti questo tipo di restrizioni delle vendite, possono, in determinati casi, soddisfare anche le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, se l'esclusiva è condivisa per un motivo contingente, ad esempio se è necessaria per rimediare a una temporanea carenza produttiva del licenziatario o del licenziante ai quali è stato assegnato in esclusiva un territorio o un gruppo di clienti. In tali casi, il licenziante o il licenziatario risulterà ancora con buona probabilità adeguatamente protetto dalle vendite attive e passive e sarà incentivato a concedere in licenza la propria tecnologia o a investire per utilizzare la tecnologia sotto licenza. Tali restrizioni, pur limitando la concorrenza, promuoverebbero, in un senso che è invece favorevole alla concorrenza, la diffusione di tale tecnologia e la sua integrazione nei mezzi di produzione del licenziatario.
109. Di conseguenza, il fatto che il licenziante designi il licenziatario come suo unico licenziatario in un particolare territorio, con la conseguenza implicita che nel territorio in questione non verranno concesse licenze a terzi per produrre prodotti utilizzando la tecnologia del licenziante, non costituisce una restrizione fondamentale. Nel caso di simili licenze uniche, l'esenzione per categoria si applica indipendentemente dal fatto che l'accordo sia o no reciproco, considerato che esso non incide sulla facoltà delle parti di sfruttare pienamente i propri diritti tecnologici nei rispettivi territori.
110. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto ii), esclude dall'elenco delle restrizioni fondamentali, e ammette quindi al beneficio dell'esenzione per categoria, entro la soglia relativa alla quota di mercato, le restrizioni delle vendite attive di un licenziatario nel territorio o al gruppo di clienti assegnati dal licenziante a un altro licenziatario, nell'ambito di un accordo non reciproco. Tuttavia, ciò presuppone che al momento della conclusione dell'accordo di licenza, il licenziatario protetto non fosse un concorrente del licenziante. In questo contesto non è giustificato considerare tali restrizioni quali fondamentali. Consentendo al licenziante di concedere ad un licenziatario che non era già presente sul mercato una protezione nei confronti delle vendite attive di licenziatari che sono concorrenti del licenziante e dunque già affermati sul mercato, simili restrizioni possono indurre il licenziatario a sfruttare in maniera più efficiente la tecnologia sotto licenza. D'altro canto, se i licenziatari si accordano tra loro per non effettuare vendite attive o passive in taluni territori o a taluni gruppi di clienti, l'accordo equivale a un cartello tra i licenziatari. Dato che non implicano alcun trasferimento di tecnologia, simili accordi non rientrano nel campo d'applicazione del RECTT.
111. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iii), contiene un'ulteriore eccezione alle restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), ossia le restrizioni relative all'uso interno, vale a dire l'obbligo imposto al licenziatario di produrre i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza solo per il proprio uso. Pertanto, nel caso il prodotto contrattuale sia un componente, al licenziatario può essere imposto l'obbligo di produrre il componente esclusivamente per incorporarlo nei propri prodotti e può essergliene vietata la vendita ad altri produttori. Tuttavia, il licenziatario deve poter vendere i componenti come parti di ricambio per i propri prodotti e pertanto deve poter rifornire i terzi che assicurano il servizio post-vendita per tali prodotti. Le restrizioni relative all'uso interno possono essere necessarie per favorire la diffusione della tecnologia, in particolare tra concorrenti, e beneficiano pertanto dell'esenzione per categoria. Tali restrizioni sono trattate anche nella sezione 4.2.5.
112. Infine, l'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iv), esclude dall'elenco delle restrizioni fondamentali l'obbligo imposto al licenziatario in un accordo non reciproco di produrre i prodotti contrattuali solo per un determinato cliente al fine di creare una fonte di approvvigionamento alternativa per quel cliente. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iv), è pertanto necessario che la licenza sia limitata alla creazione di una fonte di approvvigionamento alternativa per quel particolare cliente. Non è tuttavia necessario che venga concessa una sola licenza di questo tipo. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iv), si applica anche alle situazioni nelle quali più imprese ottengono una licenza per rifornire lo

⁽⁵⁹⁾ GU C 130 del 19.5.2010, pag. 1, punto 51.

stesso cliente specificato. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iv), si applica a prescindere dalla durata dell'accordo di licenza. A titolo di esempio, una licenza singola volta a soddisfare i requisiti di un progetto di un particolare cliente rientra nel campo di applicazione di tale deroga. Le potenzialità di ripartizione dei mercati di simili accordi sono limitate quando la licenza è concessa solo al fine di rifornire un particolare cliente. In simili circostanze, in particolare, non è possibile presumere che l'accordo costringerà il licenziatario a cessare lo sfruttamento della propria tecnologia.

113. Le restrizioni negli accordi tra concorrenti che limitano la licenza ad uno o più mercati del prodotto o ad uno o più campi tecnici di utilizzazione⁽⁶⁰⁾ non costituiscono restrizioni fondamentali. Entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato, simili restrizioni beneficiano dell'esenzione per categoria indipendentemente dal fatto che l'accordo sia o no reciproco. Tali restrizioni non sono considerate come aventi per oggetto la ripartizione dei mercati o della clientela. L'applicazione dell'esenzione per categoria è tuttavia soggetta alla condizione che le restrizioni del campo di utilizzazione non vadano al di là del campo di utilizzazione delle tecnologie sotto licenza. Ad esempio, quando i licenziatari sono soggetti a limitazioni quanto ai campi tecnici in cui possono utilizzare i propri diritti tecnologici, l'accordo equivale a una ripartizione del mercato.

114. L'esenzione per categoria si applica indipendentemente dal fatto che la restrizione del campo di utilizzazione sia simmetrica o asimmetrica. Una restrizione asimmetrica del campo di utilizzazione in un accordo reciproco implica che ad entrambe le parti è consentito utilizzare le rispettive tecnologie ottenute in licenza solo nell'ambito di campi di utilizzazione diversi. Nella misura in cui le parti non sono soggette a restrizioni riguardanti l'utilizzazione delle proprie tecnologie, non si presume che l'accordo le induca ad abbandonare il campo di utilizzazione oggetto della licenza concessa all'altra parte o ad astenersi dal penetrarvi. Anche se i licenziatari si attrezzano per utilizzare la tecnologia sotto licenza nell'ambito del campo di utilizzazione oggetto della licenza, può non esservi alcun impatto sulle risorse utilizzate per la produzione al di fuori dell'ambito della licenza. A questo proposito è importante che la restrizione riguardi mercati del prodotto, settori industriali o campi di utilizzazione distinti e non i clienti, assegnati per territorio o per gruppo, che acquistano prodotti rientranti nello stesso mercato del prodotto o campo tecnico di utilizzazione. Il rischio di ripartizione del mercato è considerato notevolmente superiore nell'ultimo caso (cfr. punto (106)). Inoltre, le restrizioni del campo di utilizzazione possono essere necessarie per promuovere la concessione di licenze favorevoli alla concorrenza (cfr. punto (212)).

Le restrizioni della facoltà delle parti di effettuare attività di ricerca e sviluppo

115. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), riguarda innanzitutto le restrizioni della facoltà delle parti di effettuare attività di ricerca e sviluppo. Entrambe le parti devono essere libere di svolgere attività indipendenti di ricerca e sviluppo. Questa regola è valida a prescindere dal fatto che la restrizione si applichi ad un campo interessato dalla licenza o anche ad altri campi. Tuttavia il semplice fatto che le parti acconsentano a trasferirsi l'un l'altra i perfezionamenti futuri delle rispettive tecnologie non equivale a una restrizione dell'attività indipendente di ricerca e sviluppo. L'effetto di tali accordi sulla concorrenza deve essere valutato alla luce delle circostanze relative al caso specifico. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), non si estende tuttavia alle restrizioni della facoltà di una parte di effettuare attività di ricerca in collaborazione con terzi, quando tali restrizioni siano indispensabili per tutelare il know-how del licenziante ed impedirne la divulgazione a terzi. Al fine di beneficiare dell'eccezione, le restrizioni imposte per proteggere il know-how del licenziante dalla divulgazione devono essere necessarie e proporzionate alla protezione. Quando, ad esempio, nell'accordo vengono designati determinati dipendenti del licenziatario che saranno formati all'utilizzazione del know-how sotto licenza e che ne saranno responsabili, può essere sufficiente obbligare il licenziatario a non autorizzare tali dipendenti a partecipare ad attività di ricerca e sviluppo insieme a terzi. Possono essere considerate adeguate anche altre misure di salvaguardia.

Restrizioni dell'uso della propria tecnologia da parte del licenziatario

116. Conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), il licenziatario non deve essere soggetto ad alcuna restrizione per quanto riguarda l'utilizzazione dei propri diritti tecnologici concorrenti, a condizione che non utilizzi a tal fine diritti tecnologici ottenuti in licenza dal licenziante. Relativamente ai propri diritti tecnologici, il licenziatario non deve subire alcuna restrizione per quanto riguarda il luogo di produzione o di vendita, il campo di utilizzazione o i mercati del prodotto in cui produce, i quantitativi prodotti o venduti e il prezzo di vendita applicato. Inoltre il licenziatario non deve essere obbligato a pagare royalties sui prodotti realizzati utilizzando i propri diritti tecnologici [cfr. punto (101)]. Il licenziatario non deve subire restrizioni per quanto riguarda la concessione in licenza dei propri diritti tecnologici ai terzi. Qualora fossero applicate restrizioni allo sfruttamento da parte del licenziatario dei suoi diritti tecnologici o dei suoi diritti di effettuare attività di ricerca e sviluppo, verrebbe ridotta la competitività della tecnologia del licenziatario. La conseguenza sarebbe una riduzione della concorrenza sui mercati esistenti del prodotto e delle tecnologie ed una diminuzione degli incentivi per il licenziatario a investire nello sviluppo e nel perfezionamento della propria tecnologia. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), non comprende le restrizioni dell'uso da parte del licenziatario di tecnologie di terzi che sono in concorrenza con la tecnologia

⁽⁶⁰⁾ Le restrizioni del campo di utilizzazione sono analizzate più dettagliatamente al punto (208) e seguenti.

sotto licenza. Sebbene tali obblighi di non concorrenza possano avere effetti di preclusione rispetto alle tecnologie di terzi (cfr. sezione 4.2.7), essi non hanno di norma l'effetto di diminuire gli incentivi per il licenziatario a investire nello sviluppo e nel perfezionamento delle proprie tecnologie.

3.4.3. Gli accordi tra imprese non concorrenti

117. L'articolo 4, paragrafo 2, del RECTT elenca le restrizioni fondamentali nel caso di concessione di licenze tra imprese concorrenti. Ai sensi del predetto articolo, il RECTT non si applica agli accordi che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori soggetti al controllo delle parti, hanno per oggetto quanto segue:

- a) la restrizione della facoltà di una parte di determinare i prezzi praticati per la vendita dei prodotti a terzi, fatta salva la possibilità di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che ciò non equivalga a imporre un prezzo fisso o un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti;
- b) la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, il licenziatario può effettuare vendite passive dei prodotti contrattuali, eccetto:
 - i) la restrizione delle vendite passive nel territorio esclusivo o a un gruppo di clienti esclusivo riservati al licenziante;
 - ii) l'obbligo di produrre i prodotti contrattuali esclusivamente per il proprio uso, a condizione che il licenziatario non sia soggetto a restrizioni per quanto riguarda la vendita attiva e passiva dei prodotti contrattuali come pezzi di ricambio per i propri prodotti;
 - iii) l'obbligo di produrre i prodotti contrattuali solo per un determinato cliente, quando la licenza era stata concessa per creare una fonte di approvvigionamento alternativa per quel cliente;
 - iv) la restrizione delle vendite agli utilizzatori finali da parte di un licenziatario operante al livello del commercio all'ingrosso;
 - v) la restrizione delle vendite a distributori non autorizzati da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva;
- c) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte di un licenziatario che è membro di un sistema di distribuzione selettiva e che opera nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;

Fissazione dei prezzi

118. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), riguarda la fissazione dei prezzi praticati per la vendita di prodotti a terzi. Più in particolare, tale disposizione riguarda le restrizioni aventi direttamente o indirettamente per oggetto la determinazione di un prezzo di vendita fisso o minimo ovvero di

un livello di prezzo fisso o minimo che il licenziante o il licenziatario deve rispettare in caso di vendita di prodotti a terzi. La restrizione è palese nel caso di accordi che fissano direttamente il prezzo di vendita. Tuttavia, la fissazione dei prezzi di vendita può anche essere attuata in modo indiretto. Esempi di quest'ultimo caso sono gli accordi che fissano i margini, gli accordi che fissano il livello massimo degli sconti, il collegamento del prezzo di vendita ai prezzi di vendita dei concorrenti, minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, o la risoluzione dei contratti in caso di mancata osservanza di un dato livello di prezzo. Gli strumenti diretti o indiretti per fissare i prezzi possono essere resi più efficaci se combinati con altre misure volte a individuare le riduzioni di prezzo, quali l'attuazione di un sistema di controllo dei prezzi o l'obbligo a carico dei licenziatari di riferire in merito a scostamenti nei prezzi. Analogamente, la fissazione diretta o indiretta dei prezzi può essere resa più efficace se combinata con misure volte a ridurre gli incentivi per il licenziatario a ridurre il suo prezzo di vendita, ad esempio quando il licenziante obbliga il licenziatario ad applicare una "clausola del cliente più favorito", ossia un obbligo di accordare ad un determinato cliente le condizioni più favorevoli che siano state concesse ad altri clienti. Gli stessi strumenti possono essere utilizzati per far sì che i prezzi massimi o raccomandati agiscano come prezzi di vendita fissi o minimi. Tuttavia, la consegna da parte del licenziatario al licenziante di un listino di prezzi raccomandati o l'imposizione di un prezzo massimo non è di per sé equiparabile alla determinazione di prezzi di vendita fissi o minimi.

Restrizioni delle vendite passive del licenziatario

119. L'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), considera restrizioni fondamentali della concorrenza gli accordi o le pratiche concordate aventi direttamente o indirettamente per oggetto la restrizione delle vendite passive⁽⁶¹⁾ da parte dei licenziatari dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza⁽⁶²⁾. Le restrizioni delle vendite passive imposte al licenziatario possono essere il risultato di obblighi diretti, come l'obbligo di non vendere a determinati clienti o a clienti in determinati territori o l'obbligo di trasferire gli ordini di tali clienti ad altri licenziatari. Possono anche risultare da misure indirette miranti a indurre il licenziatario ad astenersi dall'effettuare tali vendite, quali incentivi finanziari e la creazione di un sistema di controllo mirante a verificare l'effettiva destinazione dei prodotti realizzati sotto licenza. Le limitazioni quantitative possono essere

⁽⁶¹⁾ Per una definizione di vendita passiva, si veda il punto (108) e gli orientamenti sulle restrizioni verticali, citati alla nota 52, punto 51.

⁽⁶²⁾ Questa restrizione fondamentale della concorrenza si applica agli accordi di trasferimento di tecnologia relativi agli scambi all'interno dell'Unione. Nella misura in cui gli accordi di trasferimento di tecnologia riguardano le esportazioni all'esterno dell'Unione o le importazioni/reimportazioni dall'esterno dell'Unione, si veda la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent* (Raccolta 1998, pag. I-1983). In tale sentenza, al punto 20, la Corte di giustizia ha statuito che «un accordo che comporti l'impegno assunto dal rivenditore nei confronti del produttore, di destinare la commercializzazione dei prodotti contrattuali ad un mercato che si trovi al di fuori del territorio della Comunità, non può essere considerato come un accordo che abbia per scopo di limitare in maniera considerevole la concorrenza all'interno del mercato comune e sia per sua stessa natura idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri».

uno strumento indiretto per restringere le vendite passive. La Commissione non partirà tuttavia dal presupposto che le limitazioni quantitative siano, in quanto tali, finalizzate a questo obiettivo. Diverso è tuttavia il caso in cui le limitazioni quantitative siano utilizzate per dare attuazione a un accordo sottostante finalizzato alla compartimentazione del mercato. Indicazioni dell'esistenza di un simile accordo sono ad esempio l'adeguamento dei quantitativi nel tempo al fine di coprire esclusivamente la domanda locale, la combinazione di limitazioni quantitative e dell'obbligo di vendere quantitativi minimi nel territorio nonché obblighi di versare royalties minime con riferimento alle vendite nel territorio, royalties differenziate a seconda della destinazione dei prodotti e il controllo della destinazione dei prodotti venduti dai singoli licenziatari. La restrizione fondamentale generale relativa alle vendite passive dei licenziatari prevede tuttavia una serie di eccezioni, che sono esaminate ai punti da (120) a (125).

120. Eccezione 1: l'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), non si applica alle restrizioni delle vendite (attive e passive) imposte al licenziante. Tutte le restrizioni delle vendite imposte al licenziante beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 30% relativa alla quota di mercato. Altrettanto vale per tutte le restrizioni delle vendite attive da parte del licenziatario, ad eccezione di quanto detto di seguito, al punto (125), a proposito delle vendite attive. L'esenzione per categoria delle restrizioni delle vendite attive si fonda sull'assunto che tali restrizioni promuovono gli investimenti, la concorrenza non basata sui prezzi, nonché il miglioramento della qualità dei servizi forniti dai licenziatari, in quanto consentono di risolvere i problemi del parassitismo (il cosiddetto *free riding*) e della rinuncia agli investimenti. Nel caso delle restrizioni delle vendite attive tra territori o gruppi di clienti dei licenziatari, non è necessario che al licenziatario protetto sia stato assegnato un territorio esclusivo o un gruppo di clienti esclusivo. L'esenzione per categoria si applica inoltre alle restrizioni delle vendite attive quando per un particolare territorio o gruppo di clienti sono stati designati più licenziatari. Gli investimenti in grado di produrre incrementi di efficienza sono più probabili quando un licenziatario può contare sul fatto di dover far fronte solo alla concorrenza rappresentata dalle vendite attive di un numero limitato di licenziatari all'interno di quel territorio, e non anche a quella di altri licenziatari operanti all'esterno di quel territorio.

121. Eccezione 2: le restrizioni delle vendite attive e passive da parte dei licenziatari in un territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti esclusivo riservato al licenziante non costituiscono restrizioni fondamentali della concorrenza [cfr. articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto i)] e beneficiano dell'esenzione per categoria. Si presume che entro la soglia della quota di mercato, tali restrizioni, pur limitando la concorrenza, promuovano una diffusione delle tecnologie favorevole alla concorrenza e l'integrazione di tali tecnologie nei mezzi di produzione del licenziatario. Perché un territorio o un gruppo di clienti sia riservato al licenziante, non è necessario che questi produca effettivamente utilizzando la tecnologia concessa in licenza nel territorio o per il gruppo di clienti in questione. Il licenziante può anche riservarsi un territorio o un gruppo di clienti in vista di uno sfruttamento futuro.

122. Eccezione 3: l'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto ii), riconduce nell'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria la restrizione in base alla quale il licenziatario è obbligato a produrre prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza solo per il proprio uso (interno). Pertanto, nel caso il prodotto contrattuale sia un componente, al licenziatario può essere imposto l'obbligo di utilizzare il prodotto esclusivamente per incorporarlo nei propri prodotti e può essergliene vietata la vendita ad altri produttori. Tuttavia, il licenziatario deve poter effettuare vendite attive e passive dei prodotti contrattuali come pezzi di ricambio per i propri prodotti e pertanto deve poter rifornire i terzi che assicurano il servizio post-vendita per tali prodotti. Tali restrizioni sono trattate anche nella sezione 4.2.5.

123. Eccezione 4: come nel caso degli accordi tra concorrenti [cfr. punto (112)], l'esenzione per categoria si applica anche agli accordi mediante i quali il licenziatario è tenuto a produrre i prodotti contrattuali solo per un particolare cliente al fine di offrirgli una fonte di approvvigionamento alternativa, a prescindere dalla durata dell'accordo di licenza [cfr. articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto iii)]. Nel caso di accordi tra non concorrenti, è improbabile che tali restrizioni rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato.

124. Eccezione 5: l'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto iv), riconduce nell'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria il divieto a carico del licenziatario, qualora operi al livello del commercio all'ingrosso, di vendere agli utilizzatori finali e pertanto l'obbligo di vendere esclusivamente ai dettaglianti. Un tale obbligo consente al licenziante di attribuire al licenziatario funzioni di rivenditore all'ingrosso e di norma esula dal campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1 (⁶³).

125. Eccezione 6: infine, l'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto v), riconduce nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria la restrizione che vieta al licenziatario di vendere a distributori non autorizzati. Tale eccezione consente al licenziante di imporre a carico dei licenziatari l'obbligo di partecipare a un sistema di distribuzione selettiva. Tuttavia, in tal caso, conformemente all'articolo 4, paragrafo 2, lettera c), i licenziatari devono essere autorizzati ad effettuare vendite sia attive che passive agli utilizzatori finali, fatta salva la possibilità di limitare la funzione del licenziatario a quella di rivenditore all'ingrosso come previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto iv) [cfr. il punto (124)]. Nel territorio nel quale il licenziante si avvale di un sistema di distribuzione selettiva, tale sistema non può essere combinato con l'assegnazione di territori esclusivi o gruppi di clienti esclusivi, ove ciò comporti una restrizione delle vendite attive o passive agli utilizzatori finali, dal momento che si avrebbe una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera c), fatta salva la possibilità di proibire ad un licenziatario di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato.

(⁶³) Cfr. a questo riguardo la causa 26/76, *Metro (I)* (Raccolta 1977, pag. 1875).

126. Le restrizioni delle vendite passive dei licenziatari in un territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti assegnati ad un altro licenziatario, mentre normalmente rappresentano una restrizione fondamentale, possono non rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato per un certo periodo, se risultano oggettivamente necessarie al licenziatario protetto per entrare in un nuovo mercato. Ciò avviene quando i licenziatari devono realizzare ingenti investimenti in mezzi di produzione e in attività promozionali per avviare e sviluppare un nuovo mercato. Pertanto il nuovo licenziatario può trovarsi ad affrontare rischi notevoli, in particolare dato che i costi dell'attività promozionale e i costi dell'investimento nei mezzi necessari per la produzione sulla base di una particolare tecnologia risultano spesso costi irrecuperabili, in quanto se il licenziatario abbandona quel particolare settore di attività, egli non potrà utilizzare l'investimento per altre attività o venderlo senza incorrere in gravi perdite. Ad esempio, il licenziatario può essere la prima impresa che produce e vende un nuovo tipo di prodotto o la prima impresa ad applicare una nuova tecnologia. In tal caso, avviene spesso che il licenziatario non sia disposto a concludere l'accordo di licenza senza essere tutelato per un certo periodo di tempo contro le vendite (attive e) passive nel suo territorio o al suo gruppo di clienti da parte di altri licenziatari. Se il licenziatario necessita di ingenti investimenti per avviare e sviluppare un nuovo mercato, le restrizioni delle vendite passive da parte di altri licenziatari in tale territorio o a tale gruppo di clienti non rientrano nell'articolo 101, paragrafo 1, per il periodo necessario al licenziatario a recuperare tali investimenti. Nella maggior parte dei casi si ritiene che per recuperare l'investimento sia sufficiente un periodo fino a due anni a decorrere dalla data in cui il prodotto oggetto del contratto viene immesso per la prima volta sul mercato nel territorio esclusivo da parte del licenziatario in questione o venduto al suo gruppo di clienti esclusivo. Tuttavia, in determinati casi, il licenziatario può necessitare di un periodo di tutela maggiore per recuperare i costi sostenuti.

127. Analogamente, un divieto imposto a tutti i licenziatari di non vendere a determinate categorie di utilizzatori finali può non essere restrittivo della concorrenza se una simile restrizione è oggettivamente necessaria per ragioni di sicurezza o sanitarie legate alla pericolosità del prodotto in questione.

3.5. Restrizioni escluse

128. L'articolo 5 del RECTT elenca tre tipi di restrizioni che non beneficiano dell'esenzione per categoria e per le quali pertanto deve essere effettuata una valutazione individuale degli effetti sulla concorrenza, sia positivi che negativi. Lo scopo dell'articolo 5 è quello di impedire che venga accordata l'esenzione per categoria ad accordi che possono ridurre gli incentivi ad innovare. Dall'articolo 5 discende che l'inclusione in un accordo di licenza di una delle restrizioni enunciate nell'articolo non impedisce l'applicazione dell'esenzione per categoria al resto dell'accordo, se

tale parte rimanente è separabile dalle restrizioni escluse. Solo la singola restrizione risulta non coperta dall'esenzione per categoria, il che rende necessaria una valutazione individuale.

Le retrocessioni esclusive

129. L'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), del RECTT, riguarda le retrocessioni esclusive (vale a dire quando il licenziatario è tenuto a riconcedere al licenziante la licenza esclusiva relativa a un perfezionamento da lui realizzato) o le cessioni al licenziante dei perfezionamenti della tecnologia sotto licenza. L'obbligo di concedere al licenziante una licenza esclusiva per i perfezionamenti della tecnologia sotto licenza, ovvero l'obbligo di cedere al licenziante tali perfezionamenti può ridurre gli incentivi del licenziatario a innovare, dato che tale obbligo impedisce al licenziatario di sfruttare, tra l'altro tramite la concessione di licenze a terzi, i perfezionamenti realizzati. Una retrocessione esclusiva è una retrocessione che impedisce al licenziatario (il quale in questo caso è l'innovatore e il licenziante del perfezionamento) di sfruttare il perfezionamento (sia ai fini della propria produzione sia della concessione in licenza a terzi). Ciò vale sia se i perfezionamenti riguardano la stessa tecnologia sotto licenza, sia se il licenziatario sviluppa nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), tali obblighi non sono coperti dall'esenzione per categoria.

130. L'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), prescinde dal fatto che il licenziante paghi o no un corrispettivo per l'acquisizione dei perfezionamenti o per l'ottenimento di una licenza esclusiva. Tuttavia, l'esistenza e l'entità di tale corrispettivo possono essere un fattore rilevante ai fini della valutazione individuale in base all'articolo 101. Quando le retrocessioni sono concesse dietro pagamento di un corrispettivo, è meno probabile che l'obbligo determini per il licenziatario un disincentivo all'innovazione. Un altro fattore importante ai fini della valutazione delle retrocessioni esclusive al di fuori del campo di applicazione dell'esenzione per categoria è la posizione di mercato del licenziante sul mercato delle tecnologie. Quanto più forte è la posizione del licenziante, tanto maggiore è la probabilità che gli obblighi di retrocessione esclusiva abbiano effetti restrittivi della concorrenza nel settore dell'innovazione. Quanto più forte è la posizione della tecnologia del licenziante, tanto più importante è che il licenziatario possa diventare una fonte importante di innovazione e di concorrenza futura. L'impatto negativo degli obblighi di retrocessione può essere ancora maggiore nel caso delle reti parallele di accordi di licenza che prevedano tali obblighi. Quando le tecnologie disponibili sono controllate da un numero ristretto di licenzianti che impongono ai licenziatari obblighi di retrocessione esclusiva, i rischi di effetti anticoncorrenziali sono maggiori rispetto al caso in cui vi siano una serie di tecnologie e solo alcune di esse vengano concesse in licenza in condizioni di retrocessione esclusiva.

131. Gli obblighi di retrocessione non esclusivi rientrano nel campo d'applicazione del RECTT, anche nel caso si tratti di obblighi di retrocessione non reciproci, ossia imposti solo a carico del licenziatario, e nel caso in cui, in virtù dell'accordo, il licenziatario abbia diritto a trasferire i perfezionamenti ad altri licenziatari. Un obbligo di retrocessione non reciproco può promuovere la diffusione di nuove tecnologie, in quanto consente al licenziante di determinare liberamente se e in che misura trasferire ai propri licenziatari i perfezionamenti da esso realizzati. La clausola di trasferimento può anche promuovere la diffusione della tecnologia, in quanto al momento di concludere l'accordo ogni licenziatario sa che godrà di condizioni di parità rispetto ad altri licenziatari per quanto riguarda la tecnologia alla base della sua produzione.
132. Gli obblighi di retrocessione non esclusivi possono in particolare avere effetti negativi sull'innovazione nel caso in cui imprese concorrenti si concedano reciprocamente una licenza e l'obbligo di retrocessione a carico di entrambe le parti si combini con un obbligo, per entrambe le parti, di condividere con l'altra parte i perfezionamenti apportati alla propria tecnologia. La condivisione di tutti i perfezionamenti tra concorrenti può impedire a ciascun concorrente di conseguire un vantaggio competitivo sull'altro [cfr. punto (241)]. È tuttavia improbabile che alle parti venga impedito di conseguire un vantaggio competitivo sull'altra parte quando l'obiettivo della licenza è consentire alle parti di sviluppare le rispettive tecnologie e quando la licenza non li induce ad utilizzare la stessa base tecnologica per la progettazione dei loro prodotti. È quanto avviene quando l'obiettivo della licenza è la creazione della libertà di progettazione piuttosto che il miglioramento della base tecnologica del licenziatario.

Clausole di non contestazione e di risoluzione

133. La restrizione esclusa di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), del RECTT riguarda le clausole di non contestazione, ossia l'obbligo diretto o indiretto di non contestare la validità dei diritti di proprietà di beni immateriali del licenziante, fatta salva la possibilità per il licenziante, in caso di licenza esclusiva, di recedere dall'accordo di trasferimento di tecnologia qualora il licenziatario contesti la validità di uno qualsiasi dei diritti tecnologici sotto licenza.
134. L'esclusione della clausola di non contestazione dal campo d'applicazione dell'esenzione per categoria è dovuta al fatto che di norma i licenziatari sono nella posizione migliore per accertare se un diritto di proprietà di beni immateriali sia valido o no. Per evitare ogni distorsione della concorrenza e conformemente ai principi alla base della tutela dei diritti di proprietà di beni immateriali, occorre eliminare i diritti di proprietà di beni immateriali nulli. I diritti di beni immateriali nulli frenano l'innovazione invece di favorirla. L'articolo 101, paragrafo 1, del trattato può applicarsi alla clausola di non contestazione nel caso in cui la tecnologia sotto licenza abbia un notevole valore e determini pertanto uno svantaggio competitivo per le imprese a cui è impedito di utilizzarla o alle quali è consentito utilizzarla solo dietro pagamento di royalties. In tali casi è improbabile che siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Tuttavia, se la tecnologia sotto licenza è legata a un procedimento tecnicamente superato, al quale il licenziatario non ricorre più, oppure se la licenza è concessa a titolo gratuito, non si hanno restrizioni della concorrenza ⁽⁶⁴⁾. Per quanto riguarda le clausole di non contestazione nel contesto degli accordi transattivi, cfr. i punti (242) e (243).
135. Di norma, una clausola che obbliga il licenziatario a non contestare la proprietà dei diritti tecnologici non costituisce una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1. Indipendentemente dal fatto che il licenziante detenga o meno la proprietà dei diritti tecnologici, l'utilizzo della tecnologia da parte del licenziatario e di qualsiasi altra parte è in ogni caso subordinato al rilascio di una licenza, di modo che la concorrenza non ne risulta in generale alterata ⁽⁶⁵⁾.
136. L'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), del RECTT esclude dal campo d'applicazione dell'esenzione per categoria il diritto del licenziante, nel contesto di licenze non esclusive, di recedere dall'accordo qualora il licenziatario contesti la validità di uno qualsiasi dei diritti di proprietà di beni immateriali che il licenziante detiene nell'Unione. Tale diritto di risoluzione può avere lo stesso effetto di una clausola di non contestazione, in particolare nel caso in cui l'abbandono della tecnologia del licenziante risulterebbe in una considerevole perdita per il licenziatario (ad esempio qualora il licenziatario abbia già investito in macchinari o strumenti specifici che non possono essere utilizzati per produrre con un'altra tecnologia), oppure nel caso in cui la tecnologia del licenziante sia indispensabile ai fini della produzione del licenziatario. Ad esempio, nel quadro dei brevetti essenziali per la norma (*standard essential*), il licenziatario che produce un prodotto conforme alla norma dovrà necessariamente utilizzare tutti i brevetti previsti dalla norma. In un caso del genere, contestare la validità dei brevetti in questione potrebbe comportare ingenti perdite se si pone fine all'accordo di trasferimento di tecnologia. Se la tecnologia del licenziante non è essenziale per lo standard ma detiene un'importante posizione di mercato, difficilmente il licenziatario ne contesterà la validità poiché altrimenti avrebbe difficoltà a trovare una valida tecnologia alternativa da concedere in licenza. È opportuno valutare caso per caso se la portata delle perdite di profitto del licenziatario sarebbe tale da disincentivarlo a contestare la validità della tecnologia.
137. Negli scenari di cui al punto (136), il licenziatario può essere dissuaso dal contestare la validità del diritto di proprietà di beni immateriali, in quanto ciò implicherebbe un rischio di risoluzione dell'accordo di licenza, le cui conseguenze andrebbero ben oltre gli obblighi in materia di royalties. Tuttavia, va anche osservato che, al di fuori del contesto di questi tre scenari, in molti casi la presenza di una clausola di risoluzione non costituirà un forte disincentivo alla contestazione e pertanto non sortirà lo stesso effetto di una clausola di non contestazione.

⁽⁶⁴⁾ Si veda, a questo riguardo, la causa 65/86, *Bayer v Sullhofer* (Raccolta 1988, pag. 5249).

⁽⁶⁵⁾ In materia di contestazione della proprietà di un marchio, cfr. la decisione della Commissione nel caso *Mossehead/Whitbread* (GU L 100 del 20.4.1990, pag. 32).

138. L'interesse pubblico ad aumentare l'incentivo del licenziante a concedere in licenza, che consiste nel non costringere quest'ultimo a continuare a trattare con un licenziatario che contesta la sostanza stessa dell'accordo di licenza, deve essere soppesato rispetto all'interesse pubblico derivante dall'eliminazione di ostacoli all'attività economica che possono insorgere se un diritto di proprietà di beni immateriali viene concesso per errore⁽⁶⁶⁾. Nel soppesare tali interessi, si dovrebbe appurare se, al momento della contestazione, il licenziatario soddisfa tutti gli obblighi previsti dall'accordo e in particolare l'obbligo di versare le royalties pattuite.

139. In caso di licenze esclusive, è in genere meno probabile che le clausole di risoluzione abbiano effetti anticoncorrenziali. Una volta che la licenza è concessa, il licenziante può trovarsi in una particolare situazione di dipendenza, poiché il licenziatario sarà la sua unica fonte di reddito per quanto riguarda i diritti tecnologici sotto licenza se le royalties sono dipendenti dalla produzione legata a tali diritti, una situazione che spesso rappresenta un modo efficiente di strutturare i pagamenti delle royalties. In questo scenario, gli incentivi all'innovazione e alla concessione di licenze potrebbero essere compromessi se, per esempio, il licenziante dovesse essere vincolato da un accordo esclusivo con un licenziatario che non si impegna più come prima a sviluppare, produrre e commercializzare il prodotto realizzato (o da realizzare) con i diritti tecnologici sotto licenza⁽⁶⁷⁾. È per questo motivo che il RECTT prevede un'esenzione per categoria per le clausole di risoluzione negli accordi di licenza esclusiva, a patto che anche le altre condizioni della deroga, quali il rispetto della soglia della quota di mercato, siano soddisfatte. Al di fuori della deroga, è opportuno effettuare una valutazione caso per caso tenendo conto dei diversi interessi di cui al punto (138).

140. Inoltre, il giudizio della Commissione è più favorevole per quanto riguarda le clausole di non contestazione e di risoluzione relative al know-how nei casi in cui è probabilmente impossibile o molto difficile recuperare il know-how sotto licenza una volta divulgato. In simili casi, un obbligo imposto al licenziatario di non contestare la validità del know-how sotto licenza promuove la diffusione delle nuove tecnologie, in particolare consentendo ai licenzianti più deboli di concedere licenze a licenziatari più forti senza temere una contestazione una volta che il know-how sia stato assimilato dal licenziatario. Pertanto, le clausole di non contestazione e di risoluzione riguardanti esclusivamente il know-how non sono escluse dal campo di applicazione del RECTT.

Limitazione dell'uso o dello sviluppo da parte del licenziatario della propria tecnologia (tra imprese non concorrenti)

141. Nel caso di accordi tra imprese non concorrenti, l'articolo 5, paragrafo 2, esclude dall'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria, gli obblighi diretti o indiretti che limitino la facoltà del licenziatario di sfruttare i propri

diritti tecnologici ovvero la facoltà delle parti dell'accordo di svolgere attività di ricerca e sviluppo, fatto salvo quando quest'ultima restrizione sia indispensabile per evitare la divulgazione a terzi del know-how sotto licenza. Il contenuto di questa disposizione è identico a quello di cui al paragrafo 1, lettera d), dell'articolo 4, che riporta l'elenco delle restrizioni fondamentali relative ad accordi tra imprese concorrenti [cfr. punti (115) e (116)]. Tuttavia, nel caso di accordi tra imprese non concorrenti non si può in genere ritenere che tali restrizioni abbiano di norma effetti negativi sulla concorrenza o che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato non siano soddisfatte⁽⁶⁸⁾. È pertanto necessaria una valutazione caso per caso.

142. Nel caso di accordi tra imprese non concorrenti, il licenziatario non possiede di norma una tecnologia concorrente. Tuttavia, possono aversi casi in cui, ai fini dell'esenzione per categoria, le parti vengono considerate non concorrenti nonostante il fatto che il licenziatario possieda una tecnologia concorrente. Ciò avviene quando il licenziatario possiede una tecnologia che non concede in licenza e il licenziante non è un fornitore effettivo o potenziale sul mercato del prodotto. In tali circostanze, ai fini dell'esenzione per categoria, le parti non sono né concorrenti sul mercato delle tecnologie né concorrenti sul mercato del prodotto a valle⁽⁶⁹⁾. In questi casi è importante assicurare che non venga limitata la facoltà del licenziatario di sfruttare e di sviluppare ulteriormente la propria tecnologia. Tale tecnologia esercita sul mercato una pressione concorrenziale che occorre preservare. In una situazione simile, le restrizioni relative all'utilizzo dei propri diritti tecnologici o all'attività di ricerca e sviluppo da parte del licenziatario sono di norma considerate restrittive della concorrenza e non tali da soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Ad esempio, l'obbligo imposto al licenziatario di pagare royalties non solo sulla base dei prodotti che produce utilizzando la tecnologia sotto licenza, ma anche di quelli per i quali utilizza soltanto la propria tecnologia, limiterà in genere la facoltà del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia e sarà pertanto escluso dal campo di applicazione del regolamento di esenzione per categoria.

143. Nei casi in cui il licenziatario non possiede o non sta già sviluppando una tecnologia concorrente, la restrizione della facoltà delle parti di effettuare attività indipendenti di ricerca e sviluppo può essere restrittiva della concorrenza quando le tecnologie disponibili sono poche. In tal caso le parti possono costituire un'importante fonte (potenziale) di innovazione sul mercato. Ciò vale in particolare quando le parti possiedono le risorse e le competenze necessarie per effettuare ulteriori attività di ricerca e sviluppo. In tal caso è improbabile che vengano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Nei casi in cui sono disponibili varie tecnologie e le parti non possiedono risorse o competenze specifiche, la restrizione all'attività di ricerca e sviluppo può non ricadere nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, per mancanza di effetti restrittivi sensibili o può soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. La restrizione può promuovere la diffusione di

⁽⁶⁶⁾ Causa 193/83, *Windsurfing International* (Raccolta 1986, pag. 611, punto 92).

⁽⁶⁷⁾ Nel contesto di un accordo che tecnicamente non è considerato un accordo esclusivo, e quindi nel caso in cui una clausola di risoluzione non rientri nella deroga del RECTT, il licenziante può, in casi specifici, trovarsi in una situazione analoga di dipendenza nei confronti di un licenziatario con un notevole potere contrattuale. Tale situazione di dipendenza sarà presa in considerazione nella valutazione individuale.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. a tal proposito il punto (14).

⁽⁶⁹⁾ Cfr. a tal proposito il punto (36).

nuove tecnologie in quanto assicura al licenziante che la licenza non determinerà la comparsa di un nuovo concorrente e in quanto induce il licenziatario a concentrarsi sullo sfruttamento e sullo sviluppo della tecnologia sotto licenza. Inoltre, l'articolo 101, paragrafo 1, si applica solo quando l'accordo riduce gli incentivi del licenziatario a migliorare e sfruttare la propria tecnologia. È difficile che ciò si verifichi, ad esempio, quando il licenziante è autorizzato a porre fine all'accordo di licenza una volta che il licenziatario inizi a produrre utilizzando la propria tecnologia concorrente. Tale diritto non limita l'incentivo ad innovare del licenziatario, in quanto all'accordo può essere posta fine solo qualora sia già stata sviluppata una tecnologia commercialmente valida e i prodotti realizzati utilizzando tale tecnologia siano pronti ad essere immessi sul mercato.

3.6. Revoca e non applicazione del regolamento di esenzione per categoria

3.6.1. Procedura di revoca

144. Ai sensi dell'articolo 6 del RECTT, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono revocare il beneficio dell'esenzione per categoria nel caso di accordi singoli che sono suscettibili di generare effetti anticoncorrenziali (effetti reali e potenziali) e che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Il potere delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria è limitato ai casi in cui il mercato geografico rilevante non si estende al di là del territorio dello Stato membro interessato.
145. Le quattro condizioni previste dall'articolo 101, paragrafo 3, sono cumulative e devono essere tutte soddisfatte perché la deroga possa essere applicata ⁽⁷⁰⁾. L'esenzione per categoria può pertanto essere revocata nel caso in cui un particolare accordo non soddisfi una o più delle quattro condizioni.
146. Qualora si applichi la procedura di revoca, spetta all'autorità che dispone la revoca dimostrare che l'accordo rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e che non soddisfa tutte e quattro le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. Dato che la revoca implica che l'accordo in oggetto determina una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, e che non soddisfa le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, la revoca deve essere necessariamente accompagnata da una decisione negativa, ai sensi degli articoli 5, 7 o 9 del regolamento (CE) n. 1/2003.
147. Ai sensi dell'articolo 6 del RECTT, la revoca può essere giustificata nelle seguenti circostanze:
- a) l'accesso delle tecnologie di terzi al mercato risulti limitato dall'effetto cumulativo di reti parallele di accordi restrittivi simili che vietino ai licenziatari di utilizzare tecnologie di terzi;
 - b) l'accesso di licenziatari potenziali al mercato risulti limitato dall'effetto cumulativo di reti parallele di accordi restrittivi simili che vietino ai licenzianti di concedere licenze ad altri licenziatari o perché l'unico titolare della tecnologia che concede in licenza i diritti tecnologici pertinenti conclude un accordo di licenza esclusiva con un licenziatario già operante sul mercato del prodotto sulla base di diritti tecnologici sostitutivi. Per essere considerati pertinenti, i diritti tecnologici devono essere sostituibili sia dal punto di vista tecnico che commerciale per permettere al licenziatario di essere attivo nel mercato del prodotto rilevante.
148. Gli articoli 4 e 5 del RECTT, che elencano le restrizioni fondamentali della concorrenza e le restrizioni escluse, mirano ad impedire che gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria riducano gli incentivi ad innovare, ritardino la diffusione della tecnologia e restringano indebitamente la concorrenza tra il licenziante e il licenziatario o tra licenziatari. Tuttavia, l'elenco delle restrizioni fondamentali e l'elenco delle restrizioni escluse non tengono conto di tutti i possibili effetti degli accordi di licenza. In particolare, l'esenzione per categoria non tiene conto dell'effetto cumulativo di restrizioni simili contenute in reti di accordi di licenza. Gli accordi di licenza possono determinare la preclusione dei terzi sia a livello del licenziante che al livello del licenziatario. La preclusione di altri licenzianti può essere dovuta all'effetto cumulativo delle reti di accordi di licenza che vietano ai licenziatari di sfruttare tecnologie concorrenti, il che determina l'esclusione di altri (potenziali) licenzianti. La preclusione dei licenzianti può verificarsi quando a gran parte delle imprese presenti sul mercato che potrebbero ottenere una licenza concorrente (per sfruttarla in modo efficiente) viene impedito di farlo a causa di accordi restrittivi e quando i potenziali licenziatari hanno difficoltà ad entrare sul mercato a causa di barriere relativamente elevate. La preclusione di altri licenziatari può essere dovuta all'effetto cumulativo di accordi di licenza che vietano ai licenzianti di concedere licenze ad altri licenziatari e impediscono pertanto a licenziatari potenziali di avere accesso alla tecnologia necessaria. La questione della preclusione viene esaminata più in dettaglio nelle sezioni 4.2.2 e 4.2.7. La

⁽⁷⁰⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 42 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 3.

Commissione può inoltre revocare il beneficio dell'esenzione per categoria quando un numero significativo di licenzianti di tecnologie concorrenti impongano ai loro licenziatari, in accordi individuali, di estendere loro condizioni più favorevoli concordate con altri licenzianti.

3.6.2. *Non applicazione del regolamento di esenzione per categoria*

149. L'articolo 7 del RECTT autorizza la Commissione ad escludere dal campo di applicazione del RECTT, mediante regolamento, le reti parallele di accordi simili qualora esse coprano più del 50% di un mercato rilevante. Tale misura non è rivolta a singole imprese ma riguarda tutte le imprese i cui accordi rientrano nella definizione di cui al regolamento che dichiara la non applicazione del RECTT.
150. Mentre la revoca dal beneficio del RECTT disposta dalla Commissione ai sensi dell'articolo 6 implica l'adozione di una decisione conformemente all'articolo 7 o all'articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003, l'effetto di un regolamento adottato dalla Commissione a norma dell'articolo 7 del RECTT che dichiara la non applicazione del RECTT è semplicemente quello di annullare il beneficio del RECTT e di ripristinare la piena applicabilità dell'articolo 101, paragrafi 1 e 3 del trattato, per quando riguarda le restrizioni e i mercati interessati. Dopo l'adozione di un regolamento che dichiara il RECTT inapplicabile ad accordi contenenti determinate restrizioni in un dato mercato, saranno i criteri elaborati dalla relativa giurisprudenza degli organi giurisdizionali dell'Unione e dalle comunicazioni e dalle precedenti decisioni della Commissione a guidare l'applicazione dell'articolo 101 ai singoli accordi. Qualora ciò si riveli una misura appropriata, la Commissione adotterà una decisione in un caso specifico, che potrà servire da orientamento per tutte le imprese operanti sul mercato interessato.
151. Ai fini del calcolo del tasso del 50 % di copertura del mercato, deve essere presa in considerazione ogni singola rete di accordi di licenza contenenti restrizioni, o combinazioni di restrizioni, aventi sul mercato effetti simili.
152. L'articolo 7 del RECTT non comporta l'obbligo, per la Commissione, di intervenire ogniqualvolta sia superato il tasso di copertura del mercato del 50 %. In generale, è opportuno adottare un regolamento ai sensi dell'articolo 7 quando è probabile che l'accesso al mercato rilevante o che la concorrenza all'interno di tale mercato siano notevolmente limitati. Nel valutare la necessità di applicazione dell'articolo 7, la Commissione dovrà giudicare se una revoca individuale del beneficio dell'esenzione possa essere una soluzione più appropriata. Ciò può dipendere, in particolare, dal numero di imprese concorrenti che contribuiscono al prodursi di un effetto cumulativo su un dato mercato o dal numero dei mercati geografici interessati all'interno della Comunità.
153. Qualsiasi regolamento adottato ai sensi dell'articolo 7 deve definire con precisione il proprio campo d'applicazione. Pertanto la Commissione deve, in primo luogo, definire il mercato rilevante del prodotto e il mercato geografico rilevante e, in secondo luogo, individuare il tipo di restrizione a cui il RECTT non sarà più applicabile. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Commissione potrà adeguare il campo d'applicazione dell'eventuale regolamento in relazione al problema di concorrenza che essa intende affrontare. Ad esempio, anche se per determinare il tasso del 50 % di copertura del mercato saranno prese in con-

siderazione tutte le reti parallele di accordi di non concorrenza, la Commissione potrà nondimeno limitare il campo di applicazione del regolamento di disapplicazione ai soli obblighi di non concorrenza che superino una determinata durata. In tal modo, potranno essere trascurati gli accordi di durata minore o di natura meno restrittiva, in considerazione del minor effetto preclusivo ad essi attribuibile. Qualora ciò risulti appropriato, la Commissione può anche fornire indicazioni riguardo al livello della quota di mercato che, nello specifico contesto, si ritiene non contribuisca significativamente a causare effetti cumulativi da parte di una singola impresa. In linea generale, quando la quota di mercato dei prodotti che incorporano una tecnologia concessa in licenza da un singolo licenziante non supera il 5 %, l'accordo o la rete di accordi relativi a detta tecnologia non vengono ritenuti tali da contribuire in misura significativa all'effetto cumulativo preclusivo ⁽⁷¹⁾.

154. Il periodo transitorio non inferiore a sei mesi che la Commissione dovrà fissare ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, dovrebbe consentire alle imprese interessate di adeguare i loro accordi alle disposizioni del regolamento che dichiara la non applicazione del RECTT.

155. Il regolamento che dichiara inapplicabile il RECTT fa salva la validità dell'esenzione per categoria a favore degli accordi interessati nel periodo precedente la sua entrata in vigore.

4. APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 101, PARAGRAFI 1 E 3, DEL TRATTATO AGLI ACCORDI NON RIENTRANTI NEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL RECTT

4.1. Quadro generale di analisi

156. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria, ad esempio perché superano le soglie relative alle quote di mercato o perché vi partecipano più di due parti, sono soggetti a valutazione individuale. Gli accordi che non restringono la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato o che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, sono validi ed efficaci. Si ricorda che non vi è alcuna presunzione di illegalità per gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria, a condizione che gli accordi non contengano restrizioni fondamentali della concorrenza. In particolare, il semplice superamento delle soglie relative alle quote di mercato non comporta alcuna presunzione quanto all'applicabilità dell'articolo 101, paragrafo 1. È sempre necessaria una valutazione caso per caso, sulla base dei principi illustrati nelle presenti linee direttrici.

Applicazione della deroga in presenza di sufficienti tecnologie controllate da terzi indipendenti

157. Al fine di aumentare la prevedibilità al di là dei casi di applicazione del RECTT e di limitare l'analisi dettagliata ai casi che possono comportare effettivi problemi sotto il

⁽⁷¹⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 8 della comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore, citata alla nota 20.

profilo della concorrenza, la Commissione considera che al di fuori delle restrizioni fondamentali è improbabile che si verifichino violazioni dell'articolo 101 del trattato quando, in aggiunta alle tecnologie controllate dalle parti dell'accordo, esistano quattro o più tecnologie controllate da terzi indipendenti, che possano sostituire la tecnologia sotto licenza ad un costo comparabile per l'utilizzatore. Nel valutare se si tratti di tecnologie sufficientemente sostituibili, si deve prendere in considerazione la forza commerciale relativa delle tecnologie in questione. La pressione concorrenziale esercitata da una tecnologia è limitata se essa non rappresenta un'alternativa commercialmente valida alla tecnologia sotto licenza. Se, ad esempio, a causa di effetti di rete sul mercato, i consumatori manifestano una forte preferenza per i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza, è possibile che le altre tecnologie già presenti sul mercato o in grado di arrivare sul mercato entro un periodo di tempo ragionevolmente breve non costituiscano una reale alternativa ed esercitino pertanto solo una pressione concorrenziale limitata.

158. Il fatto che un accordo non rientri nella fattispecie di deroga descritta al punto (157) non implica che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato e che, in tal caso, le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, non siano soddisfatte. Così come avviene per la deroga prevista dal RECTT sulla base delle quote di mercato, questa deroga ulteriore si limita a creare una presunzione che l'accordo non è vietato ai sensi dell'articolo 101. Per gli accordi che non rientrano nella deroga, è necessaria una valutazione individuale sulla base dei principi illustrati nelle presenti linee direttrici.

4.1.1. I fattori pertinenti

159. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 101 del trattato a singoli casi è necessario tenere in debito conto le modalità di funzionamento della concorrenza sul mercato in oggetto. I seguenti fattori rivestono particolare importanza a questo riguardo:
- a) il carattere dell'accordo;
 - b) la posizione di mercato delle parti;
 - c) la posizione di mercato dei concorrenti;
 - d) la posizione di mercato degli acquirenti sui mercati rilevanti;
 - e) le barriere all'ingresso;
 - f) la maturità del mercato.
160. L'importanza dei singoli fattori può variare da un caso all'altro e dipende da tutti gli altri fattori. Ad esempio, il fatto che le parti detengano una quota di mercato elevata, che costituisce di solito un buon indicatore dell'esistenza di un potere di mercato, può non essere indicativo dell'esistenza di un potere di mercato nel caso in cui le barriere all'ingresso siano limitate. È pertanto impossibile elaborare regole rigide sull'importanza dei singoli fattori.
161. Gli accordi di trasferimento di tecnologia possono assumere varie forme. Per questo è importante analizzare il carattere dell'accordo in termini di rapporti concorrenziali tra le parti e di restrizioni contenute nell'accordo. Per quanto riguarda quest'ultimo punto occorre andare al di là delle condizioni espresse dell'accordo. L'esistenza di restrizioni implicite può essere desunta dal modo in cui l'accordo è stato attuato dalle parti e dagli incentivi che ne derivano.

162. La posizione di mercato delle parti, incluse eventuali imprese controllate di fatto o di diritto dalle parti, fornisce un'indicazione del grado dell'eventuale potere di mercato detenuto dal licenziante, dal licenziatario o da entrambi. Quanto più elevata la loro quota di mercato tanto maggiore il loro potere di mercato. Ciò vale in particolare quando la quota di mercato riflette vantaggi in termini di costi o altri vantaggi competitivi rispetto ai concorrenti. Tali vantaggi competitivi possono derivare, ad esempio, dal fatto che l'impresa è stata uno dei primi operatori sul mercato, è titolare di brevetti essenziali o possiede una tecnologia superiore. Tuttavia, le quote di mercato rappresentano sempre soltanto uno dei fattori della valutazione relativa alla posizione di mercato. Ad esempio, in particolare per quanto riguarda i mercati delle tecnologie, le quote di mercato non sono sempre un buon indicatore della forza relativa delle tecnologie in questione e le cifre relative alle quote di mercato possono variare notevolmente a seconda dei diversi metodi di calcolo utilizzati.

163. Si tiene conto delle quote di mercato e degli eventuali vantaggi e svantaggi concorrenziali anche per valutare la posizione di mercato dei concorrenti. Quanto più forti e numerosi sono i concorrenti effettivi tanto minori sono i rischi che le parti possano esercitare individualmente un potere di mercato. Tuttavia, se il numero di concorrenti è limitato e se la loro posizione di mercato è abbastanza simile (in termini di dimensioni, costi, potenziale di R&S, ecc.), i rischi di comportamenti collusivi potrebbero aumentare.

164. La posizione di mercato degli acquirenti è indicativa del potere contrattuale che possono detenere uno o più acquirenti. Il primo indicatore del potere contrattuale dell'acquirente è la quota di mercato che egli detiene sul mercato degli acquisti. Tale quota rispecchia l'importanza della sua domanda presso i suoi possibili fornitori. Altri indicatori sono incentrati sulla posizione dell'acquirente sul mercato della rivendita in cui opera, tra cui fattori quali un'ampia copertura geografica dei suoi punti vendita e l'immagine di cui gode il suo marchio presso i consumatori finali. In talune circostanze il potere contrattuale dell'acquirente può impedire al licenziante e/o al licenziatario di esercitare il suo potere di mercato e pertanto consente di risolvere un problema di concorrenza che sarebbe altrimenti esistito. Ciò vale in particolare quando acquirenti forti hanno la capacità e l'interesse a consentire l'accesso sul mercato di nuove fonti di approvvigionamento, nel caso di un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi. Se gli acquirenti forti dovessero semplicemente ottenere dai fornitori condizioni favorevoli o trasferire gli aumenti di prezzo ai clienti, la posizione degli acquirenti non sarebbe tale da impedire al licenziatario di esercitare il potere detenuto sul mercato del prodotto e pertanto non consentirebbe di risolvere il problema di concorrenza su tale mercato ⁽⁷²⁾.

165. L'esistenza di barriere all'ingresso viene misurata in funzione della capacità delle imprese già insediate sul mercato di portare il loro prezzo al di sopra del livello concorrenziale senza provocare l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti. In assenza di barriere all'ingresso, la facilità e la rapidità di ingresso sul mercato renderebbero non remunerativi gli aumenti di prezzo. In linea generale, si può

⁽⁷²⁾ Cfr. a questo riguardo la causa T-228/97, *Irish Sugar plc/Commissione* (Raccolta 1999, pag. II-2969, punto 101).

dire che le barriere all'ingresso sono basse quando è probabile che entro 1 o 2 anni si verifichi effettivamente l'ingresso di nuovi operatori in grado di erodere il potere di mercato o di impedirne l'esercizio.

166. Le barriere all'ingresso possono essere dovute a numerosi fattori, quali le economie di scala e di gamma, le normative statali (soprattutto quelle che creano diritti esclusivi), gli aiuti di Stato, i dazi sulle importazioni, i diritti di proprietà di beni immateriali, la proprietà di risorse la cui fornitura è limitata a causa, ad esempio, di limiti naturali, le infrastrutture essenziali, il vantaggio del pioniere o la fedeltà dei consumatori alla marca suscitata tramite una pubblicità incisiva diffusa per un determinato periodo di tempo. Anche gli accordi restrittivi conclusi dalle imprese possono fungere da barriera all'ingresso, in quanto rendono l'ingresso più difficile e precludono il mercato ai concorrenti (potenziali). Le barriere all'ingresso potrebbero essere presenti in tutte le fasi dell'attività di ricerca e sviluppo, della produzione e della distribuzione. Alcuni di questi fattori possono essere considerati come barriere all'ingresso, in particolare a seconda che comportino o meno costi irrecuperabili. Sono considerati costi irrecuperabili i costi che devono essere sostenuti per entrare o per operare su un mercato e che non possono essere recuperati in caso di uscita dal mercato stesso. Quanto più i costi sono irrecuperabili tanto più i potenziali nuovi operatori devono soppesare i rischi connessi all'ingresso sul mercato e tanto più gli operatori già insediati possono minacciare in modo credibile di allinearsi alla nuova concorrenza, dato che i costi irrecuperabili rendono onerosa una loro eventuale uscita dal mercato. In generale l'ingresso sul mercato comporta costi irrecuperabili, i quali, a seconda dei casi, possono essere di minore o di maggiore entità. Pertanto la concorrenza effettiva è in linea di massima più efficace e avrà un peso maggiore della concorrenza potenziale nella valutazione di un caso.

167. In un mercato maturo, vale a dire un mercato che esiste da un certo tempo, dove la tecnologia utilizzata è ben nota, diffusa e non soggetta a importanti evoluzioni e per cui la domanda è relativamente stabile o in calo, è più probabile che le restrizioni della concorrenza abbiano effetti negativi rispetto a mercati più dinamici.

168. Nella valutazione di restrizioni particolari è possibile che debbano essere presi in considerazione altri fattori. Tra questi figurano effetti cumulativi, ossia la presenza sul mercato di accordi simili, la durata degli accordi, il quadro normativo e gli eventuali comportamenti che possono indicare o agevolare la collusione, quali la leadership di prezzo, le modifiche di prezzo preannunciate e le discussioni sul prezzo «giusto», la rigidità dei prezzi a fronte di una capacità in eccesso, la discriminazione mediante differenziazione dei prezzi e comportamenti collusivi passati.

4.1.2. Effetti negativi degli accordi di licenza restrittivi

169. Tra gli effetti negativi sulla concorrenza che possono derivare da accordi di trasferimento di tecnologia restrittivi figurano soprattutto quelli seguenti:

- a) la riduzione della concorrenza tra le tecnologie delle imprese operanti su un mercato delle tecnologie o su un mercato dei prodotti che incorporano le tecnologie in questione, ivi compreso lo stimolo a comportamenti collusivi, sia espliciti che taciti;
- b) la preclusione dei concorrenti, ottenuta determinando l'aumento dei loro costi, restringendone l'accesso a fattori di produzione essenziali ed erigendo in altro modo barriere al loro ingresso sul mercato e
- c) la riduzione della concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia tra imprese che producono prodotti utilizzando la stessa tecnologia.

170. Gli accordi di trasferimento di tecnologia possono ridurre la concorrenza tra tecnologie, ossia la concorrenza tra imprese che concedono in licenza tecnologie sostituibili o che le utilizzano per la loro produzione. Ciò è in particolare il caso quando vengono imposti obblighi reciproci. Ad esempio, se imprese concorrenti si trasferiscono reciprocamente tecnologie concorrenti e impongono un obbligo reciproco di trasferirsi l'un l'altra i futuri perfezionamenti delle rispettive tecnologie e se tale accordo impedisce alle parti di conquistare un vantaggio tecnologico sull'altra parte, si ha una restrizione della concorrenza tra le parti in materia di innovazione [cfr. anche il punto (241)].

171. La concessione di licenze tra concorrenti può inoltre favorire i comportamenti collusivi. Il rischio di comportamenti collusivi è particolarmente elevato nei mercati concentrati. Perché vi sia collusione occorre che le imprese interessate abbiano opinioni simili sui loro interessi comuni e sulle modalità di funzionamento dei meccanismi di coordinamento. Perché la collusione funzioni le imprese devono anche essere in grado di monitorare il rispettivo comportamento sul mercato e devono inoltre esistere deterrenti sufficienti ad assicurare che le parti siano incentivate a non discostarsi dalla politica comune sul mercato. Inoltre, le barriere all'ingresso devono essere sufficientemente elevate da limitare l'accesso al mercato o l'espansione da parte di imprese che non vi siano ancora presenti. Gli accordi possono favorire i comportamenti collusivi in quanto accrescono la trasparenza sul mercato, tengono sotto controllo un certo tipo di comportamento e creano barriere all'ingresso. I comportamenti collusivi possono essere altresì favoriti, in via eccezionale, da accordi di licenza che determinino un elevato grado di condivisione dei costi, perché le imprese che hanno costi analoghi sono più inclini ad avere opinioni simili sulle condizioni del coordinamento ⁽⁷³⁾.

172. Gli accordi di licenza possono incidere anche sulla concorrenza tra tecnologie diverse in quanto creano barriere all'ingresso e all'espansione dei concorrenti. Simili effetti preclusivi possono derivare dalle restrizioni che impediscono ai licenziatari di ottenere licenze dai terzi o che creano disincentivi a farlo. Ad esempio, vi può essere preclusione dei terzi quando licenzianti già insediati impongono obblighi di non concorrenza ai licenziatari, per cui i terzi hanno a disposizione un numero di licenziatari

⁽⁷³⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 36 delle linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota 27.

insufficiente ovvero l'ingresso al livello dei licenziatari è reso difficile. Vi può essere inoltre preclusione di fornitori di tecnologie sostitutive quando un licenziante che detiene un sufficiente potere di mercato mette insieme varie parti di una tecnologia e concede in licenza l'intero pacchetto, sebbene per la produzione del prodotto ne sia necessaria solo una parte.

173. Gli accordi di licenza possono anche ridurre la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia, ossia la concorrenza tra imprese che producono utilizzando la stessa tecnologia. Un accordo che impone restrizioni territoriali a carico dei licenziatari e impedisce loro di vendere nei rispettivi territori riduce la concorrenza che esiste tra di essi. Gli accordi di licenza possono ridurre la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia anche in quanto favoriscono la collusione tra i licenziatari. Inoltre, gli accordi di licenza che riducono la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia possono favorire la collusione tra i titolari di tecnologie concorrenti o ridurre la concorrenza tra le tecnologie in quanto creano barriere all'ingresso.

4.1.3. *Effetti positivi degli accordi di licenza restrittivi e quadro per l'analisi di tali effetti*

174. Anche gli accordi di licenza restrittivi producono spesso effetti favorevoli alla concorrenza sotto forma di incrementi di efficienza che possono superare gli effetti anti-concorrenziali. La valutazione dei possibili effetti favorevoli alla concorrenza viene condotta nel quadro dell'articolo 101, paragrafo 3, che prevede una deroga al divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Perché la deroga sia applicabile, l'accordo di licenza deve produrre benefici economici oggettivi, le restrizioni della concorrenza devono essere indispensabili per la realizzazione degli incrementi di efficienza, ai consumatori deve essere riservata una congrua parte degli incrementi di efficienza e l'accordo non deve dare alle parti la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. L'impresa che si avvale dell'articolo 101, paragrafo 3, deve dimostrare, sulla base di argomenti ed elementi di prova convincenti, la sussistenza dei requisiti richiesti per beneficiare dell'esenzione ⁽⁷⁴⁾.
175. La valutazione degli accordi restrittivi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato viene effettuata tenendo conto del contesto reale in cui si inseriscono ⁽⁷⁵⁾ e sulla base della situazione di fatto esistente ad un determinato momento. La valutazione tiene pertanto conto dei cambiamenti importanti relativi a tale situazione. La deroga di

cui all'articolo 101, paragrafo 3, si applica fintantoché le quattro condizioni sono soddisfatte e cessa di applicarsi quando ciò non si verifica più ⁽⁷⁶⁾. Tuttavia, nell'applicare l'articolo 101, paragrafo 3, è necessario tenere conto degli investimenti irrecuperabili iniziali effettuati dalle parti e del tempo e delle condizioni richiesti per realizzare e recuperare un investimento destinato ad aumentare l'efficienza. Nell'applicare l'articolo 101 non si può non tenere conto dell'investimento già realizzato e dei rischi ad esso collegati. In considerazione del rischio cui si espongono le parti e dell'investimento irrecuperabile necessario per dare attuazione all'accordo, è quindi possibile che l'accordo, a seconda dei casi, non rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, per il periodo richiesto per recuperare l'investimento.

176. La prima condizione stabilita dall'articolo 101, paragrafo 3, del trattato richiede una valutazione dei vantaggi oggettivi in termini di efficienza generati dall'accordo. A questo proposito, gli accordi di licenza permettono di mettere in comune tecnologie complementari e altri mezzi, consentendo in tal modo di immettere sul mercato prodotti nuovi o migliori, o di produrre i prodotti esistenti a un costo ridotto. A prescindere dai cartelli veri e propri, gli accordi di licenza vengono spesso stipulati in quanto per il licenziante risulta più efficiente concedere in licenza la sua tecnologia piuttosto che sfruttarla direttamente. Ciò avviene in particolare quando il licenziatario dispone già dei mezzi di produzione necessari. L'accordo permette quindi al licenziatario di avere accesso a una tecnologia che può essere combinata con tali mezzi di produzione, consentendogli di sfruttare tecnologie nuove o migliori. Un altro esempio degli incrementi di efficienza che possono derivare dagli accordi di licenza è il caso in cui il licenziatario disponga già di una tecnologia e la combinazione di questa tecnologia e della tecnologia del licenziante determini delle sinergie. La combinazione delle due tecnologie può consentire al licenziatario di pervenire ad una configurazione costi/produzione che non sarebbe altrimenti stata possibile. Gli accordi di licenza possono anche determinare incrementi di efficienza al livello della distribuzione, analogamente a quanto avviene con gli accordi di distribuzione verticali. Tali incrementi di efficienza possono assumere la forma di risparmi sui costi o di un'offerta di servizi di qualità per i consumatori. Gli effetti positivi degli accordi verticali sono descritti nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali ⁽⁷⁷⁾. Un ulteriore esempio di possibili incrementi di efficienza è dato dagli accordi mediante i quali i titolari delle tecnologie costituiscono un pacchetto tecnologico, da concedere in licenza a terzi. Simili accordi per mettere in comune le tecnologie possono determinare, in particolare, una riduzione dei costi di transazione, in quanto i licenziatari non devono concludere accordi di licenza separati con ciascun licenziante. La concessione di licenze può risultare favorevole

⁽⁷⁴⁾ Cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.* (Raccolta 2009, pag. I-9291, punto 82).

⁽⁷⁵⁾ Cfr. cause riunite 25/84 e 26/84, *Ford* (Raccolta 1985, pag. 2725). Cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.* (Raccolta 2009, pag. I-9291, punto 103).

⁽⁷⁶⁾ Cfr. a tale riguardo ad esempio la decisione della Commissione, del 3 marzo 1999, nel caso *TPS*, (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6). Analogamente, anche il divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, si applica solo fintantoché l'accordo ha per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza.

⁽⁷⁷⁾ Citate alla nota 52. Cfr. in particolare i punti 106 e segg.

alla concorrenza anche quando è destinata ad assicurare la libertà di progettazione. Nei settori in cui i diritti di proprietà di beni immateriali sono assai diffusi e in cui singoli prodotti possono violare diversi diritti di proprietà, esistenti o futuri, gli accordi di licenza mediante i quali le parti acconsentono a non far valere i propri diritti di proprietà nei confronti dell'altra parte sono spesso favorevoli alla concorrenza, in quanto permettono alle parti di sviluppare le rispettive tecnologie senza il rischio di esporsi a successive richieste di risarcimento per violazione dei diritti in questione.

177. Nell'applicare il criterio di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato relativo al carattere indispensabile, la Commissione esaminerà in particolare se le singole restrizioni consentano di realizzare l'attività in questione in maniera più efficiente di quanto sarebbe stato possibile senza ricorrere alla restrizione di cui trattasi. Nell'effettuare tale valutazione, devono essere prese in considerazione le condizioni del mercato e le realtà in cui operano le parti. Le imprese che invocano il beneficio dell'articolo 101, paragrafo 3, non sono tenute a prendere in considerazione alternative ipotetiche e teoriche, ma sono tuttavia tenuta a spiegare e dimostrare perché alternative apparentemente realistiche e chiaramente meno restrittive sarebbero molto meno efficienti. Se l'applicazione di quella che sembra un'alternativa realistica sotto il profilo commerciale e meno restrittiva determinerebbe una significativa perdita di efficienza, la restrizione in questione è considerata indispensabile. In taluni casi può essere necessario anche valutare se l'accordo è, in quanto tale, indispensabile per la realizzazione degli incrementi di efficienza. È quanto avviene, ad esempio, in relazione ai pool tecnologici che comprendono tecnologie complementari, ma non essenziali⁽⁷⁸⁾, nel qual caso si deve esaminare in che misura l'inclusione di tali tecnologie determini incrementi di efficienza specifici, ovvero se il pool possa essere limitato a tecnologie per le quali non esistono alternative senza che si determini una significativa perdita di efficienza. Nel caso di un semplice accordo di licenza tra due parti, non è in genere necessario andare oltre una valutazione del carattere indispensabile delle singole restrizioni. Di norma, non esistono alternative meno restrittive all'accordo di licenza in quanto tale.

178. La condizione in base alla quale ai consumatori deve essere riservata una congrua parte dei benefici implica che i consumatori dei prodotti realizzati sotto licenza devono quanto meno essere compensati degli effetti negativi dell'accordo⁽⁷⁹⁾. Ciò significa che gli incrementi di efficienza devono compensare integralmente le possibili ripercussioni negative dell'accordo sui prezzi, sulla produzione e su altri fattori rilevanti, ad esempio influenzando sulla

struttura dei costi delle imprese interessate, offrendo loro un incentivo a ridurre i prezzi, o permettendo ai consumatori di avere accesso a prodotti nuovi o migliori, che compensino eventuali aumenti di prezzo⁽⁸⁰⁾.

179. L'ultima condizione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato secondo la quale l'accordo non deve dare alle parti la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi, presuppone un'analisi delle pressioni concorrenziali restanti sul mercato e delle ripercussioni dell'accordo su tali fonti di concorrenza. Nell'applicare l'ultima condizione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, si deve tenere conto della relazione tra l'articolo 101, paragrafo 3, e l'articolo 102. Conformemente ad una giurisprudenza consolidata, l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione dell'articolo 102 del trattato⁽⁸¹⁾. Poiché inoltre gli articoli 101 e 102 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'articolo 101, paragrafo 3, precluda l'applicazione della deroga agli accordi restrittivi che costituiscono un abuso di posizione dominante⁽⁸²⁾.

180. Il fatto che l'accordo riduca sostanzialmente uno dei parametri della concorrenza non significa necessariamente che venga eliminata la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3. Un pool tecnologico può ad esempio condurre all'adozione di una norma industriale e di conseguenza a una situazione di scarsa concorrenza in termini di formato tecnologico. Una volta che i principali operatori del mercato abbiano adottato un determinato formato, gli effetti di rete possono rendere estremamente difficile la sopravvivenza di formati alternativi. Ciò non implica, tuttavia, che l'adozione di una norma industriale di fatto elimini necessariamente la concorrenza ai sensi dell'ultima condizione di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Nell'ambito della norma, i fornitori possono farsi concorrenza tra loro per quanto riguarda il prezzo, la qualità e le caratteristiche dei prodotti. Perché l'accordo sia conforme all'articolo 101, paragrafo 3, si deve tuttavia assicurare che esso non limiti indebitamente la concorrenza e non riduca indebitamente l'innovazione futura.

⁽⁸⁰⁾ Ibidem, punti 98 e 102.

⁽⁸¹⁾ Cfr. per analogia le cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, punto 130 (nota 3). Analogamente, l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione delle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Tali disposizioni si applicano in determinate circostanze agli accordi, alle decisioni ed alle pratiche concordate di cui all'articolo 101. Cfr. in proposito la causa C-309/99, *Wouters e a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, punto 120 (Raccolta 2002, pag. I-1577).

⁽⁸²⁾ Cfr. a questo riguardo la causa T-51/89, *Tetra Pak (I)* (Raccolta 1990, pag. II-309). Cfr. il punto 106 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 3.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. sezione 4.4.1. per la definizione di questi concetti.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. il punto 85 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 3.

4.2. Applicazione dell'articolo 101 a vari tipi di restrizioni legate alla concessione di licenze

181. La presente sezione si occupa di diversi tipi di restrizioni incluse solitamente negli accordi di licenza. Tenuto conto della loro frequenza, è utile fornire indicazioni in merito ai criteri di valutazione utilizzati quando non beneficiano della deroga del RECTT. Le restrizioni già esaminate nelle altre sezioni delle presenti linee direttrici, in particolare alle sezioni 3.4 e 3.5, sono trattate solo brevemente nella presente sezione.
182. La presente sezione riguarda sia gli accordi tra non concorrenti sia gli accordi tra concorrenti. Per quanto concerne questi ultimi accordi, viene fatta una distinzione — laddove opportuno — tra accordi reciproci e accordi non reciproci. Questa distinzione non è necessaria nel caso di accordi tra non concorrenti. In effetti, quando le imprese non sono concorrenti effettivi né potenziali su un mercato rilevante delle tecnologie o su un mercato dei prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza, una licenza reciproca non si differenzia in alcun modo, dal punto di vista pratico, dalla concessione di due licenze distinte. La situazione è diversa per gli accordi mediante i quali le parti costituiscono un pacchetto di tecnologie, da concedere poi in licenza a terzi. Tali accordi costituiscono pool tecnologici e sono trattati nella sezione 4.
183. La presente sezione non riguarda gli obblighi contenuti negli accordi di licenza che non determinano in genere restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Si tratta tra l'altro, senza che tale elenco sia da considerarsi esaustivo, degli obblighi seguenti:
- a) obblighi di riservatezza;
 - b) obbligo del licenziatario di non concedere sublicenze;
 - c) obbligo di non utilizzare i diritti tecnologici sotto licenza dopo la scadenza dell'accordo, a condizione che i diritti tecnologici sotto licenza rimangano validi e in vigore;
 - d) obbligo di assistere il licenziante in relazione alla tutela dei diritti di proprietà di beni immateriali concessi in licenza;
 - e) obbligo di versare royalties minime o di produrre un quantitativo minimo dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza e
 - f) obbligo di utilizzare il marchio del licenziante o di indicare il nome del licenziante sul prodotto.

4.2.1. Obblighi in materia di royalties

184. Le parti di un accordo di licenza sono di norma libere di determinare l'importo e le modalità di pagamento delle royalties che il licenziatario è tenuto a corrispondere, senza che tale accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Questo principio si applica sia agli accordi tra concorrenti che agli accordi tra non concorrenti. Le royalties possono ad esempio assumere la forma di pagamenti forfettari, di

una percentuale del prezzo di vendita o di un importo fisso per ciascun prodotto che integra la tecnologia sotto licenza. Nei casi in cui la tecnologia sotto licenza riguarda un fattore di produzione che sarà incorporato in un prodotto finale, non è in genere considerato restrittivo della concorrenza il fatto di calcolare le royalties sulla base del prezzo del prodotto finale, a condizione che esso integri la tecnologia sotto licenza⁽⁸³⁾. Nel caso delle licenze di software, le royalties basate sul numero di utilizzatori e le royalties calcolate in termini di unità sulle quali viene installato il software sono di norma compatibili con l'articolo 101, paragrafo 1.

185. Nel caso degli accordi di licenza tra concorrenti, non va dimenticato che, in un numero limitato di casi [cfr. punti (100), (101) e (116)], gli obblighi in materia di royalties possono equivalere alla fissazione di prezzi e costituire quindi una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a). Tali obblighi rappresentano, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), una restrizione fondamentale se i concorrenti prevedono il pagamento reciproco di royalties per unità prodotta nei casi di licenze fittizie, nei quali l'obiettivo non è di consentire l'integrazione di tecnologie complementari né di realizzare un altro obiettivo volto a promuovere la concorrenza. Essi rappresentano inoltre una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e d), se le royalties si estendono ai prodotti realizzati esclusivamente con i diritti tecnologici del licenziatario.
186. Altri tipi di accordi in materia di royalties tra concorrenti beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % della quota di mercato, anche se determinano restrizioni della concorrenza. Nei casi che non beneficiano dell'esenzione per categoria, l'articolo 101, paragrafo 1, del trattato può essere applicabile quando i concorrenti si concedono reciprocamente licenze imponendo il pagamento di royalties chiaramente sproporzionate rispetto al valore di mercato della licenza e tali da produrre un impatto significativo sui prezzi del mercato in oggetto. Nel valutare se le royalties sono sproporzionate, è necessario tenere conto delle royalties pagate da altri licenziatari sul mercato del prodotto per le stesse tecnologie o per tecnologie sostitutive. In tali circostanze è improbabile che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, siano soddisfatte.
187. Sebbene l'esenzione per categoria si applichi unicamente finché i diritti tecnologici sono validi e in vigore, le parti possono di norma concordare di estendere gli obblighi in materia di royalties oltre il periodo di validità dei diritti di proprietà di beni immateriali concessi in licenza, senza per questo incorrere in una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Una volta estinti tali diritti, i terzi possono legittimamente sfruttare la tecnologia in questione e operare in concorrenza con le parti dell'accordo. Questa concorrenza effettiva e potenziale sarà di norma sufficiente ad assicurare che l'obbligo in questione non determini effetti anticoncorrenziali significativi.

⁽⁸³⁾ Resta comunque impregiudicata la possibile applicazione dell'articolo 102 del TFUE alla fissazione di royalties (cfr. la causa 27/76, *United Brands*, punto 250, la causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH* (Raccolta 2009, pag. I-6155, punto 142).

188. Nel caso di accordi tra non concorrenti, l'esenzione per categoria si applica agli accordi nei quali le royalties sono calcolate sulla base sia dei prodotti realizzati con la tecnologia sotto licenza, sia dei prodotti realizzati con tecnologie ottenute in licenza da terzi. Tali clausole possono facilitare il calcolo delle royalties. Tuttavia, esse possono anche generare un effetto di preclusione, in quanto determinano un aumento dei costi legati all'utilizzo dei fattori di produzione dei terzi e possono quindi produrre effetti simili a un obbligo di non concorrenza. Se le royalties non riguardano solo i prodotti realizzati con la tecnologia sotto licenza, ma anche i prodotti realizzati con la tecnologia di terzi, le royalties aumentano il costo di questi ultimi prodotti e riducono la domanda della tecnologia dei terzi. Al di fuori del campo di applicazione dell'esenzione per categoria, occorre stabilire se la restrizione determini effetti di preclusione. A tal fine è opportuno utilizzare il quadro di analisi di cui alla successiva sezione 4.2.7. Nel caso di effetti di preclusione sensibili, tali accordi rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato e difficilmente soddisfano le condizioni previste dall'articolo 101, paragrafo 3, salvo qualora non vi siano altre possibilità pratiche di calcolare e controllare il pagamento delle royalties.

4.2.2. Licenze esclusive e restrizioni delle vendite

189. Ai fini delle presenti linee direttrici, è utile distinguere tra restrizioni della produzione nell'ambito di un determinato territorio (licenze esclusive o uniche) e restrizioni delle vendite di prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza nell'ambito di un determinato territorio e a un determinato gruppo di clienti (restrizioni delle vendite).

4.2.2.1. Licenze esclusive e uniche

190. «licenza esclusiva»: una licenza che non autorizza il licenziante a produrre in base ai diritti tecnologici sotto licenza né a concedere in licenza a terzi i diritti tecnologici in questione, in generale o per un uso particolare o in un territorio particolare. Questo significa che, in generale o per quell'uso particolare o in quel territorio particolare, il licenziatario è l'unico autorizzato a produrre utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza.

191. Quando il licenziante si impegna a non produrre direttamente o a non concedere ad altri la licenza per produrre all'interno di un determinato territorio, il territorio in questione può estendersi al mondo intero o a parte di esso. Quando il licenziante si impegna solo a non concedere a terzi la licenza per produrre in un determinato territorio, si parla di licenza unica. Molto spesso, una licenza esclusiva o unica è accompagnata da restrizioni delle vendite che limitano le parti quanto ai territori nei quali possono vendere i prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza.

192. La concessione reciproca di licenze esclusive tra concorrenti rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT che considera la ripartizione dei mercati e della clientela tra concorrenti una restrizione fondamentale. La concessione reciproca di licenze uniche tra concorrenti beneficia comunque dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % della quota di mercato. Con tali accordi le parti si impegnano reciprocamente a non concedere in licenza a terzi le loro tecnologie concorrenti. Nei casi in cui le parti detengano un significativo potere di mercato, tali accordi possono agevolare comportamenti collusivi in quanto assicurano alle parti di essere le uniche fonti di produzione sul mercato basato sulle tecnologie sotto licenza.

193. La concessione non reciproca di licenze esclusive tra concorrenti beneficia dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % della quota di mercato. Al di là di tale soglia, è necessario esaminare i possibili effetti anticoncorrenziali di simili licenze esclusive. Una licenza esclusiva di portata mondiale implica l'uscita dal mercato da parte del licenziante. Nei casi in cui l'esclusiva è limitata ad un particolare territorio, come uno Stato membro, l'accordo implica che il licenziante si astenga dal produrre i beni e dal fornire i servizi nel territorio in questione. Nel contesto dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato si deve in particolare valutare il peso concorrenziale del licenziante. Se il licenziante detiene una posizione limitata sul mercato del prodotto o se non dispone della capacità per sfruttare efficacemente la tecnologia nel territorio del licenziatario, è poco probabile che l'accordo rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Un caso particolare è quello in cui il licenziante e il licenziatario sono concorrenti solo sul mercato delle tecnologie e il licenziante, che è ad esempio un istituto di ricerca o una piccola impresa basata sulla ricerca, non dispone delle risorse necessarie, in termini di produzione e distribuzione, per commercializzare efficacemente i prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza. In simili casi, è improbabile che si verifichi una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1.

194. Nella misura in cui rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato⁽⁸⁴⁾, la concessione di licenze esclusive tra non concorrenti può soddisfare le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. Il diritto di concedere una licenza esclusiva è di norma necessario per indurre il licenziatario a investire nella tecnologia sotto licenza e a commercializzare i prodotti al momento voluto. Ciò avviene in particolare quando il licenziatario deve effettuare ingenti investimenti per sviluppare ulteriormente la tecnologia sotto licenza. Intervenire nei confronti dell'esclusiva una volta che il licenziatario è riuscito a sfruttare con successo la tecnologia sotto licenza sul piano commerciale priverebbe il licenziatario dei frutti del suo successo e sarebbe dannoso per la concorrenza, per la diffusione delle tecnologie e per l'innovazione. La Commissione interverrà pertanto solo eccezionalmente nei confronti delle licenze esclusive negli accordi tra non concorrenti, indipendentemente dalla portata territoriale della licenza.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. la sentenza nella causa *Nungesser* citata alla nota 13.

195. Tuttavia, se il licenziatario possiede già una tecnologia sostitutiva utilizzata per la produzione interna, la licenza esclusiva potrebbe non essere necessaria per incentivare il licenziatario a immettere un prodotto sul mercato. In un tale scenario, la licenza esclusiva può invece rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato, in particolare se il licenziatario esercita potere di mercato sul mercato del prodotto. La principale situazione in cui un intervento può essere giustificato è quella in cui un licenziatario dominante ottenga una licenza esclusiva per una o più tecnologie concorrenti. Tali accordi rientrano con buona probabilità nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e difficilmente possono soddisfare le condizioni previste dall'articolo 101, paragrafo 3. Tuttavia, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, è necessario che l'ingresso sul mercato delle tecnologie sia difficile e che la tecnologia sotto licenza costituisca un'effettiva fonte di concorrenza sul mercato. In tali circostanze una licenza esclusiva può precludere l'accesso ai licenziatari terzi, creare barriere all'ingresso e permettere al licenziatario di conservare il proprio potere di mercato.
196. Gli accordi mediante i quali due o più parti si concedono reciprocamente licenze e si impegnano a non concedere licenze a terzi danno adito a particolari preoccupazioni quando il pacchetto di tecnologie che ne risulta determina di fatto una norma industriale alla quale i terzi devono avere accesso per poter effettivamente competere sul mercato. In simili casi, l'accordo determina la creazione di una norma chiusa, riservata alle parti. La Commissione valuterà tali accordi sulla base degli stessi principi applicati ai pool tecnologici (cfr. la sezione 4.4). Sarà di regola richiesto che le tecnologie che sono alla base di una simile norma siano concesse in licenza a terzi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie⁽⁸⁵⁾. Quando le parti dell'accordo sono in concorrenza con terzi su un mercato del prodotto esistente e l'accordo riguarda quel mercato del prodotto, una norma chiusa può provocare gravi effetti di esclusione. Queste ripercussioni negative sulla concorrenza possono essere evitate solo concedendo licenze anche a terzi.

4.2.2.2. Restrizioni delle vendite

197. Anche per quanto concerne le restrizioni delle vendite, è importante distinguere tra accordi di licenza tra concorrenti e accordi di licenza tra non concorrenti.
198. Le restrizioni delle vendite attive e passive di una o di entrambe le parti in un accordo reciproco tra concorrenti costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT. Tali restrizioni rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e difficilmente soddisfano le condizioni previste dall'articolo 101, paragrafo 3. Simili restrizioni sono di norma considerate equivalenti a una ripartizione dei mercati, in quanto impediscono alla parte interessata di effettuare vendite attive e passive nei territori e ai clienti che riforniva, o che avrebbe realisticamente potuto rifornire, in assenza dell'accordo.
199. Nel caso di accordi non reciproci tra concorrenti, l'esenzione per categoria si applica alle restrizioni delle vendite attive e/o passive del licenziatario o del licenziante nel territorio esclusivo o a un gruppo di clienti esclusivo riservati all'altra parte (cfr. articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto i), del RECTT). Oltre la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato, le restrizioni delle vendite tra licenziante e licenziatario rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato quando una o entrambe le parti detengono un significativo potere di mercato. Simili restrizioni, tuttavia, possono essere indispensabili per la diffusione delle tecnologie e soddisfare pertanto le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. Ciò avviene ad esempio quando il licenziante detiene una posizione di mercato relativamente debole nel territorio in cui sfrutta direttamente la tecnologia. In simili circostanze, le restrizioni delle vendite attive in particolare possono essere indispensabili per indurre il licenziante a concedere la licenza. In loro assenza, infatti, il licenziante rischierebbe di dover affrontare una concorrenza attiva nella sua principale area di attività. Analogamente, le restrizioni delle vendite attive del licenziante possono essere indispensabili, in particolare, quando il licenziatario detiene una posizione di mercato relativamente debole nel territorio assegnatogli e deve effettuare ingenti investimenti per sfruttare in maniera efficiente la tecnologia sotto licenza.
200. L'esenzione per categoria riguarda inoltre le restrizioni delle vendite attive nel territorio o al gruppo di clienti assegnati a un altro licenziatario, che non era concorrente del licenziante al momento della conclusione del proprio accordo di licenza con il licenziante. Tuttavia ciò avviene solo nel caso in cui l'accordo tra le parti in questione non è reciproco (cfr. articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto ii), del RECTT). Oltre la soglia relativa alla quota di mercato, le restrizioni delle vendite attive possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato quando le parti detengono un significativo potere di mercato. La restrizione può tuttavia essere indispensabile ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, per il periodo richiesto affinché il licenziatario protetto penetri in un nuovo mercato e consolidi la sua presenza nel territorio o nei confronti del gruppo di clienti assegnatigli. Questa protezione nei confronti delle vendite attive permette al licenziatario di superare l'asimmetria dovuta al fatto che alcuni licenziatari sono imprese concorrenti del licenziante e possono quindi contare su una presenza già consolidata sul mercato. Le restrizioni delle vendite passive dei licenziatari in un territorio o a un gruppo di clienti assegnati a un altro licenziatario costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT).

⁽⁸⁵⁾ Cfr. a questo proposito la comunicazione della Commissione relativa al caso n. IV/34.796 — Canon/Kodak, (GU C 330 dell'1.11.1997, pag. 10) e il caso IGR Televisione in stereofonia, menzionato nell'Undicesima Relazione sulla politica di concorrenza, punto 94.

201. Nel caso di accordi tra non concorrenti, le restrizioni delle vendite concordate tra il licenziante e un licenziatario beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 30 % della quota di mercato. Oltre tale soglia, le restrizioni delle vendite attive e passive da parte dei licenziatari nei territori o a gruppi di clienti riservati esclusivamente al licenziante possono essere indispensabili per la diffusione delle tecnologie e non rientrano pertanto nell'articolo 101, paragrafo 1), oppure soddisfano le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Ciò avviene ad esempio quando il licenziante detiene una posizione di mercato relativamente debole nel territorio in cui sfrutta direttamente la tecnologia. In simili circostanze, le restrizioni delle vendite attive in particolare possono essere indispensabili per indurre il licenziante a concedere la licenza. In loro assenza, infatti, il licenziante rischierebbe di dover affrontare una concorrenza attiva nella sua principale area di attività. In altri casi, le restrizioni delle vendite imposte al licenziatario possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1 ma non soddisfare le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. È probabile che ciò si verifichi quando il licenziante detiene individualmente un significativo potere di mercato e anche quando una serie di accordi simili conclusi da licenzianti che detengono congiuntamente una forte posizione sul mercato hanno un effetto cumulativo.
202. Quando le restrizioni delle vendite a carico del licenziante rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato è probabile che soddisfino le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, fatto salvo qualora sul mercato non vi siano reali alternative alla tecnologia del licenziante o qualora il licenziatario abbia ottenuto in licenza da terzi tali tecnologie alternative. Tali restrizioni, e in particolare le restrizioni delle vendite attive, possono essere indispensabili ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, al fine di indurre il licenziatario a investire nella produzione, nella commercializzazione e nella vendita dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. L'incentivo a investire per il licenziatario sarebbe probabilmente notevolmente ridotto se dovesse affrontare la concorrenza diretta del licenziante, i cui costi di produzione non sono gravati dalle royalties, e ciò potrebbe determinare livelli di investimento subottimali.
203. Per quanto riguarda le restrizioni delle vendite tra licenziatari negli accordi tra non concorrenti, il RECTT prevede un'esenzione per categoria per le restrizioni delle vendite attive tra territori o gruppi di clienti. Al di là della soglia relativa alla quota di mercato del 30 %, le restrizioni delle vendite attive tra territori e gruppi di clienti dei licenziatari limitano la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia e possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato quando un singolo licenziatario detiene un significativo potere di mercato. Tali restrizioni possono tuttavia soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, quando sono necessarie a impedire il parassitismo e a indurre il licenziatario ad effettuare gli investimenti necessari per un'utilizzazione efficiente della tecnologia sotto licenza all'interno del suo territorio e a promuovere le vendite del prodotto sotto licenza. Le restrizioni delle vendite passive rientrano tra le restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), del RECTT [cfr. punti da (119) a (127)].
- 4.2.3. *Restrizioni della produzione*
204. Le restrizioni reciproche della produzione negli accordi di licenza tra concorrenti costituiscono una restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del RECTT [cfr. punto (103)]. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), non riguarda le limitazioni alla produzione della tecnologia del licenziante imposte al licenziatario in un accordo non reciproco o a uno dei licenziatari in un accordo reciproco. Simili restrizioni beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % della quota di mercato. Oltre tale soglia, le restrizioni della produzione imposte al licenziatario possono determinare restrizioni della concorrenza quando le parti detengono un significativo potere di mercato. È tuttavia probabile che l'articolo 101, paragrafo 3, si applichi nei casi in cui la tecnologia del licenziante è notevolmente migliore di quella del licenziatario e la limitazione della produzione è fissata ad un livello che supera notevolmente la produzione del licenziatario prima della conclusione dell'accordo. In tal caso, l'effetto della limitazione della produzione è moderato anche nei mercati in cui la domanda è in crescita. Nell'applicare l'articolo 101, paragrafo 3, del trattato si deve inoltre tenere conto del fatto che tali restrizioni possono essere necessarie al fine di indurre il licenziante a dare la massima diffusione alla sua tecnologia. Un licenziante può ad esempio esitare a concedere una licenza ai suoi concorrenti se non può limitare la licenza a un particolare sito produttivo con una capacità specifica (licenza relativa a un sito). Quando l'accordo di licenza comporta un'effettiva integrazione di mezzi complementari, le restrizioni della produzione a carico del licenziatario possono soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. È tuttavia poco probabile che ciò si verifichi quando le parti detengono un notevole potere di mercato.
205. Le restrizioni della produzione negli accordi di licenza tra non concorrenti beneficiano dell'esenzione per categoria entro i limiti di una soglia del 30 % della quota di mercato. Il principale rischio anticoncorrenziale derivante dalle restrizioni della produzione imposte ai licenziatari in accordi tra non concorrenti è la riduzione della concorrenza tra i licenziatari nell'ambito della stessa tecnologia. L'importanza di tali effetti anticoncorrenziali dipende dalla posizione di mercato del licenziante e dei licenziatari e dalla misura in cui la limitazione della produzione impedisce al licenziatario di soddisfare la domanda di prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza.
206. Quando le restrizioni della produzione sono combinate con l'assegnazione di territori esclusivi o gruppi di clienti esclusivi, gli effetti restrittivi risultano amplificati. Quando si ha una combinazione dei due tipi di restrizioni è più probabile che gli accordi siano destinati a compartimentare i mercati.

207. Le limitazioni della produzione imposte al licenziatario negli accordi tra non concorrenti possono altresì avere effetti favorevoli alla concorrenza, giacché promuovono la diffusione delle tecnologie. In quanto fornitore di tecnologia, il licenziante dovrebbe di norma essere libero di determinare i quantitativi prodotti dal licenziatario con la tecnologia sotto licenza. Se il licenziante non fosse libero di determinare la produzione del licenziatario, numerosi accordi di licenza potrebbero non essere affatto conclusi, il che avrebbe ripercussioni negative sulla diffusione delle nuove tecnologie. In particolare, ciò può verificarsi quando il licenziante è al tempo stesso un produttore, poiché in tal caso la produzione del licenziatario può essere reintrodotta nel territorio di attività principale del licenziante e avere pertanto ripercussioni dirette su tali attività. D'altro canto, è meno probabile che le restrizioni della produzione siano necessarie al fine di assicurare la diffusione della tecnologia del licenziante quando sono combinate con restrizioni delle vendite a carico del licenziatario, che gli vietano di vendere in un territorio o ad un gruppo di clienti riservati al licenziante.

4.2.4. *Restrizioni del campo di utilizzazione*

208. Nel caso di una restrizione del campo di utilizzazione, la licenza è limitata a uno o più campi tecnici di applicazione o a uno o più mercati del prodotto o settori industriali. Un settore industriale può includere svariati mercati del prodotto ma non parte di un mercato del prodotto. Vi sono molti casi in cui la stessa tecnologia può essere utilizzata per produrre prodotti diversi o può essere integrata in prodotti appartenenti a mercati del prodotto diversi. Una nuova tecnologia di stampaggio può ad esempio essere utilizzata per produrre sia bottiglie di plastica, sia bicchieri di plastica, prodotti che appartengono a mercati del prodotto distinti. Un unico mercato del prodotto può tuttavia comprendere diversi campi tecnici di utilizzazione. Una nuova tecnologia nel campo dei motori può ad esempio essere utilizzata nei motori a quattro e a sei cilindri. Analogamente, una tecnologia per realizzare chipset può essere utilizzata per produrre chipset con un massimo di quattro processori o con più di quattro processori. Una licenza che limiti l'utilizzo della tecnologia sotto licenza alla produzione di, ad esempio, motori a quattro cilindri o chipset a quattro processori costituisce una restrizione del campo tecnico di utilizzazione.

209. Considerato che le restrizioni del campo di utilizzazione beneficiano dell'esenzione per categoria e che talune restrizioni relative alla clientela costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c) e paragrafo 2, lettera b), del RECTT, è importante distinguere le due categorie di restrizioni. Una restrizione relativa alla clientela presuppone che vengano individuati gruppi specifici di clienti e che le parti siano soggette a limitazioni relative alle vendite ai gruppi individuati. Il fatto che una restrizione del campo tecnico di utilizzazione possa corrispondere a determinati gruppi di clienti all'interno di un mercato del prodotto non implica che la

restrizione in questione debba essere considerata una restrizione relativa alla clientela. Il fatto, ad esempio, che taluni clienti acquistano prevalentemente o esclusivamente chipset con più di quattro processori non significa necessariamente che una licenza limitata ai chipset con un massimo di quattro processori costituisca una restrizione relativa alla clientela. Tuttavia, il campo di utilizzazione deve essere definito oggettivamente con riferimento a caratteristiche tecniche individuate e significative del prodotto contrattuale.

210. Giacché talune restrizioni della produzione costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del RECTT è importante notare che le restrizioni del campo di utilizzazione non sono considerate restrizioni della produzione, poiché una restrizione del campo di utilizzazione non limita i quantitativi che il licenziatario potrebbe produrre nell'ambito del campo di utilizzazione oggetto della licenza.

211. Una restrizione del campo di utilizzazione limita lo sfruttamento della tecnologia sotto licenza da parte del licenziatario ad uno o più campi di utilizzazione particolari senza limitare la facoltà del licenziante di sfruttare la tecnologia sotto licenza. Inoltre, come avviene per i territori, questi campi di utilizzazione possono essere assegnati al licenziatario nell'ambito di una licenza esclusiva o unica. Le restrizioni del campo di utilizzazione combinate con una licenza esclusiva o unica limitano anche la facoltà del licenziante di sfruttare la propria tecnologia, impedendogli lo sfruttamento, compreso mediante la concessione di licenze a terzi. Nel caso di una licenza unica, ad essere limitata è solo la concessione di licenze a terzi. Le restrizioni del campo di utilizzazione combinate con licenze esclusive e uniche sono trattate allo stesso modo delle licenze esclusive e uniche di cui alla precedente sezione 4.2.2. In particolare, per quanto riguarda la concessione di licenze tra concorrenti, ciò significa che la concessione reciproca di licenze esclusive è considerata una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c).

212. Le restrizioni del campo di utilizzazione possono avere effetti favorevoli alla concorrenza in quanto incoraggiano il licenziante a concedere in licenza la sua tecnologia per applicazioni che esulano dal suo campo di attività principale. Se il licenziante non potesse impedire ai licenziatari di operare nei campi in cui sfrutta direttamente la tecnologia o nei campi in cui il valore della tecnologia non è ancora dimostrato, sarebbe probabilmente disincentivato a concedere una licenza o sarebbe indotto a richiedere il pagamento di royalties più elevate. Si deve anche tenere conto del fatto che in taluni settori la concessione di licenze è spesso finalizzata ad assicurare la libertà di progettazione, evitando richieste di risarcimento per violazione dei diritti. Nell'ambito della licenza, il licenziatario può sviluppare la propria tecnologia senza temere richieste di risarcimento per violazione dei diritti del licenziante.

213. Le restrizioni del campo di utilizzazione a carico dei licenziatari negli accordi tra concorrenti effettivi o potenziali beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % della quota di mercato. Nel caso di tali restrizioni, la principale preoccupazione sotto il profilo della concorrenza è il rischio che il licenziatario cessi di essere una forza concorrenziale al di fuori del campo di utilizzazione cui si riferisce la licenza. Questo rischio aumenta nel caso di concessione reciproca di licenze tra concorrenti quando l'accordo prevede restrizioni asimmetriche del campo di utilizzazione. Una restrizione del campo di utilizzazione è asimmetrica quando a una delle parti è consentito utilizzare la tecnologia sotto licenza nell'ambito di un settore industriale, di mercato del prodotto o di un campo tecnico di utilizzazione e all'altra parte è consentito utilizzare l'altra tecnologia sotto licenza nell'ambito di un altro settore industriale, mercato del prodotto o campo tecnico di utilizzazione. I problemi sotto il profilo della concorrenza emergono in particolare quando gli impianti di produzione del licenziatario, attrezzati per utilizzare la tecnologia sotto licenza, sono utilizzati anche per produrre con la propria tecnologia prodotti che esulano dal campo di utilizzazione oggetto della licenza. Se l'accordo può indurre il licenziatario a ridurre la propria produzione al di fuori del campo di utilizzazione oggetto della licenza, è probabile che esso rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Le restrizioni simmetriche del campo di utilizzazione, vale a dire gli accordi mediante i quali le parti ottengono in licenza le rispettive tecnologie per sfruttarle negli stessi campi di utilizzazione, difficilmente rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. È poco probabile che tali accordi determinino distorsioni della concorrenza che esisteva in assenza dell'accordo. È inoltre difficile che l'articolo 101, paragrafo 1, si applichi nel caso di accordi che si limitano ad autorizzare il licenziatario a sviluppare e sfruttare la propria tecnologia nell'ambito della licenza senza temere richieste di risarcimento per violazione dei diritti del licenziante. In simili circostanze, le restrizioni del campo di utilizzazione in quanto tali non determinano restrizioni della concorrenza che esisteva prima dell'accordo. In assenza dell'accordo, il licenziatario si esponeva inoltre a richieste di risarcimento per violazione dei diritti al di fuori del campo di utilizzazione oggetto della licenza. Tuttavia, se il licenziatario cessa o riduce le sue attività al di fuori del campo di applicazione oggetto della licenza, senza alcuna giustificazione di carattere commerciale, ciò può costituire un'indicazione dell'esistenza di un accordo sottostante per la ripartizione dei mercati, che equivale ad una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT.

214. Le restrizioni del campo di utilizzazione a carico del licenziante e del licenziatario negli accordi tra non concorrenti beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 30 % della quota di mercato. In genere le restrizioni del campo di utilizzazione negli accordi tra non concorrenti mediante i quali il licenziante si riserva uno o più mercati del prodotto o campi tecnici di utilizzazione

non sono restrittive della concorrenza, ovvero determinano incrementi di efficienza. Tali restrizioni promuovono la diffusione di nuove tecnologie, in quanto offrono al licenziante un incentivo a concedere licenze di sfruttamento in campi nei quali non intenda sfruttare direttamente la tecnologia in questione. Se il licenziante non potesse impedire ai licenziatari di operare in campi nei quali sfrutta egli stesso la sua tecnologia, sarebbe probabilmente disincentivato a concedere licenze.

215. Negli accordi tra non concorrenti, il licenziante è di norma anche autorizzato a concedere a licenziatari diversi licenze uniche o esclusive limitate ad uno o più campi di utilizzazione. Tali restrizioni limitano la concorrenza tra licenziatari nell'ambito della stessa tecnologia, analogamente alle licenze esclusive, e sono analizzate allo stesso modo (cfr. la sezione 4.2.2.1.).

4.2.5. Restrizioni relative all'uso interno

216. Una restrizione relativa all'uso interno può essere definita come un obbligo imposto al licenziatario di limitare la sua produzione del prodotto sotto licenza ai quantitativi necessari per la produzione dei propri prodotti e per la loro manutenzione e riparazione. In altre parole, questo tipo di restrizione relativa all'utilizzazione assume la forma di un obbligo a carico del licenziatario di utilizzare i prodotti che integrano la tecnologia sotto licenza solo come fattore di produzione da incorporare nella propria produzione; essa non si riferisce invece alla vendita del prodotto sotto licenza per integrarlo nei prodotti di altri produttori. Le restrizioni relative all'uso interno beneficiano dell'esenzione per categoria entro le soglie di mercato rispettivamente del 20 % e del 30 %. Quando gli accordi non rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria, è necessario esaminare gli effetti, positivi e negativi, della restrizione in questione sulla concorrenza. A tale proposito, è necessario distinguere tra accordi tra concorrenti e accordi tra non concorrenti.

217. Nel caso di accordi di licenza tra concorrenti, una restrizione che imponga al licenziatario di produrre i prodotti sotto licenza solo per integrarli nei propri prodotti gli impedisce di fornire componenti a produttori terzi. Se prima della conclusione dell'accordo il licenziatario non era un fornitore effettivo o potenziale di componenti ad altri produttori, la restrizione relativa all'uso interno non determina alcun cambiamento rispetto alla situazione precedente. In tal caso, la restrizione è valutata allo stesso modo che nel caso di accordi tra non concorrenti. Se, al contrario, il licenziatario è un fornitore effettivo o potenziale di componenti, è necessario esaminare l'impatto dell'accordo su tale attività. Se, attrezzandosi per utilizzare la tecnologia del licenziante, il licenziatario cessa di utilizzare la propria tecnologia in maniera autonoma e cessa quindi l'attività di fornitore di componenti, l'accordo determina restrizioni della concorrenza che esisteva prima dell'accordo. Gli effetti negativi sul mercato possono essere particolarmente gravi quando il licenziante detiene un significativo potere di mercato sul mercato dei componenti.

218. Nel caso di accordi di licenza tra non concorrenti, le restrizioni relative all'uso interno comportano due rischi principali per la concorrenza: una restrizione della concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia sul mercato della fornitura dei fattori di produzione e l'eliminazione dell'arbitraggio tra i licenziatari e di conseguenza maggiori possibilità per il licenziante di imporre royalties discriminatorie ai licenziatari.
219. Le restrizioni relative all'uso interno possono tuttavia anche promuovere la concessione di licenze favorevoli alla concorrenza. Se il licenziante è un fornitore di componenti, la restrizione può essere necessaria ai fini della diffusione della tecnologia tra non concorrenti. Senza la restrizione è possibile che il licenziante non conceda la licenza, o la conceda solo contro il pagamento di royalties più elevate, in quanto altrimenti determinerebbe la presenza di concorrenti diretti sul mercato dei componenti. In simili casi, una restrizione relativa all'uso interno non determina di norma restrizioni della concorrenza ovvero rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. È tuttavia necessario che il licenziatario non sia soggetto a restrizioni per quanto riguarda la vendita dei prodotti sotto licenza come pezzi di ricambio per i propri prodotti. Il licenziatario deve inoltre essere in grado di rifornire il mercato dei servizi post-vendita per i suoi prodotti, incluse le imprese indipendenti che provvedono alla manutenzione e alla riparazione di tali prodotti.
220. Quando il licenziante non è un fornitore di componenti sul mercato del prodotto rilevante, la giustificazione di cui sopra per l'imposizione di restrizioni relative all'uso interno non è pertinente. In tali casi, una restrizione relativa all'uso interno può, in linea di principio, promuovere la diffusione della tecnologia se assicura che i licenziatari non vendano a produttori che sono in concorrenza con il licenziante su altri mercati del prodotto. Tuttavia, una restrizione che imponga al licenziatario di non vendere a un determinato gruppo di clienti riservato al licenziante costituisce di norma un'alternativa meno restrittiva. Di conseguenza, in tali casi una restrizione relativa all'uso interno non è di norma considerata necessaria ai fini della diffusione della tecnologia.
- 4.2.6. *Licenze abbinate e pacchetti di licenze*
221. Nel contesto delle licenze di tecnologia, si parla di licenze abbinate quando il licenziante condiziona la concessione della licenza per una data tecnologia (il prodotto principale) al fatto che il licenziatario prenda in una licenza anche un'altra tecnologia o acquisti un prodotto dal licenziante o da una persona da questi designata (il prodotto abbinato). Si parla di pacchetti di licenze quando due tecnologie o una tecnologia e un prodotto sono venduti solo insieme, come pacchetto. In entrambi i casi, i prodotti e le tecnologie in questione devono essere distinti, nel senso che vi è una domanda distinta per ciascuno dei prodotti e delle tecnologie abbinati o facenti parte del pacchetto. Ciò non avviene di norma quando le tecnologie o i prodotti sono necessariamente legati in modo tale che la tecnologia sotto licenza non può essere sfruttata senza il prodotto abbinato o che i due elementi del pacchetto non possono essere sfruttati l'uno senza l'altro. Di seguito con il termine «licenze abbinate» si intendono sia le licenze abbinate, sia i pacchetti di licenze.
222. L'articolo 3 del RECTT, che limita l'applicazione dell'esenzione per categoria in funzione delle soglie di mercato, assicura che le licenze abbinate e i pacchetti di licenze non beneficino dell'esenzione al di là delle soglie rispettivamente del 20 %, nel caso di accordi tra concorrenti, e del 30 %, nel caso di accordi tra non concorrenti. Tali soglie si applicano a tutti i mercati rilevanti delle tecnologie e del prodotto interessati dall'accordo di licenza, incluso il mercato del prodotto abbinato. Al di là di tali soglie è necessario mettere a confronto gli effetti positivi e negativi sulla concorrenza delle licenze abbinate.
223. Il principale effetto restrittivo delle licenze abbinate è la preclusione nei confronti dei fornitori concorrenti del prodotto abbinato. Le licenze abbinate possono anche consentire al licenziante di mantenere il suo potere di mercato sul mercato del prodotto principale mediante l'introduzione di barriere all'ingresso, in quanto possono obbligare i nuovi operatori a penetrare su diversi mercati contemporaneamente. Le licenze abbinate possono inoltre consentire al licenziante di aumentare le royalties, in particolare quando il prodotto principale e il prodotto abbinato sono in parte sostituibili e i due prodotti non sono utilizzati in proporzioni fisse. Le licenze abbinate impediscono al licenziatario di ricorrere a fattori di produzione sostitutivi in caso di aumento delle royalties per il prodotto principale. Questi possibili problemi sotto il profilo della concorrenza sono indipendenti dal fatto che le parti dell'accordo siano o no concorrenti. Perché le licenze abbinate possano produrre effetti anticoncorrenziali, il licenziante deve detenere un significativo potere di mercato in relazione al prodotto principale in modo da poter limitare la concorrenza per il prodotto abbinato. Se non detiene un significativo potere di mercato per il prodotto principale, il licenziante non può utilizzare la sua tecnologia a fini anticoncorrenziali, per attuare una preclusione nei confronti dei fornitori del prodotto abbinato. Inoltre, come nel caso degli obblighi di non concorrenza, perché si verifichino effetti di preclusione sensibili, il vincolo deve riguardare una certa percentuale del mercato del prodotto abbinato. Nei casi in cui il licenziante detiene un certo potere sul mercato del prodotto abbinato piuttosto che sul mercato del prodotto principale, la restrizione è analizzata come un obbligo di non concorrenza o come un obbligo quantitativo, considerato che qualsiasi problema di concorrenza trova origine sul mercato per il prodotto "abbinato" e non sul mercato del prodotto «principale»⁽⁸⁶⁾.
224. Le licenze abbinate possono anche determinare incrementi di efficienza. È quanto avviene, ad esempio, quando il prodotto abbinato è necessario per uno sfruttamento tecnicamente soddisfacente della tecnologia sotto licenza o per assicurare che la produzione sotto licenza sia conforme agli standard qualitativi rispettati dal licenziante e da altri licenziatari. Di norma, in tali casi, le licenze abbinate non sono restrittive della concorrenza, ovvero non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Quando i licenziatari utilizzano il marchio o la denominazione commerciale del licenziante o quando è comunque evidente per i consumatori che vi è un legame tra il prodotto che incorpora la tecnologia sotto licenza e il licenziante, questi ha un legittimo interesse ad assicurare che la qualità dei prodotti sia tale da
- ⁽⁸⁶⁾ Per il quadro di analisi applicabile cfr. la sezione 4.2.7. e il punto 129 e segg. delle linee direttrici sulle restrizioni verticali citate alla nota 52.

non compromettere il valore della sua tecnologia o la sua reputazione di operatore economico. Inoltre, quando i consumatori sanno che i licenziatari (e il licenziante) producono utilizzando la stessa tecnologia, è poco probabile che i licenziatari siano disposti a prendere una licenza se non sono sicuri che la tecnologia in questione è sfruttata da tutti in maniera tecnicamente soddisfacente.

225. Le licenze abbinate possono anche produrre effetti favorevoli alla concorrenza quando il prodotto abbinato consente al licenziatario di sfruttare la tecnologia sotto licenza in maniera significativamente più efficiente. Quando, ad esempio, il licenziante concede in licenza una particolare tecnologia relativa a un processo, le parti possono anche concordare che il licenziatario acquisti dal licenziante un catalizzatore che è stato sviluppato per poter essere utilizzato con la tecnologia sotto licenza e che permette di utilizzare tale tecnologia in maniera più efficiente che altri catalizzatori. In simili casi, quando la restrizione rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, è probabile che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, siano soddisfatte anche al di là delle soglie di mercato.

4.2.7. Obblighi di non concorrenza

226. Nel contesto delle licenze di tecnologia, gli obblighi di non concorrenza assumono la forma di un obbligo imposto al licenziatario di non utilizzare tecnologie di terzi che siano in concorrenza con la tecnologia sotto licenza. Gli obblighi di non concorrenza riguardanti un prodotto o una tecnologia supplementare forniti dal licenziante, sono esaminati nella sezione 4.2.6. sulle licenze abbinate.

227. Il RECTT esenta gli obblighi di non concorrenza sia nel caso di accordi tra concorrenti che nel caso di accordi tra non concorrenti, entro le soglie rispettivamente del 20 % e del 30 % relative alla quota di mercato.

228. Sotto il profilo della concorrenza, il rischio principale rappresentato dagli obblighi di non concorrenza è la preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi. Gli obblighi di non concorrenza possono anche agevolare i comportamenti collusivi tra i licenzianti quando diversi licenzianti li prevedono in accordi distinti (in caso di uso cumulativo). La preclusione nei confronti delle tecnologie concorrenti riduce la pressione concorrenziale sulle royalties applicate dal licenziante e riduce la concorrenza tra le tecnologie esistenti, limitando le possibilità dei licenziatari di passare da una tecnologia all'altra. Poiché in entrambi i casi il problema principale è quello della preclusione, si può in genere procedere alla stessa analisi nel caso di accordi tra concorrenti e di accordi tra non concorrenti. Nel caso tuttavia della concessione reciproca di licenze tra concorrenti in cui le parti decidano entrambe di non utilizzare le tecnologie di terzi, l'accordo può agevolare comportamenti collusivi tra le parti sul mercato del prodotto, il che giustifica la fissazione di una soglia più bassa, del 20 %, della quota di mercato.

229. La preclusione si può verificare quando una parte sostanziale dei licenziatari potenziali è già vincolata ad una o, nel caso di effetti cumulativi, a più fonti di tecnologie e non può sfruttare tecnologie concorrenti. Gli effetti di preclusione possono anche essere determinati da accordi conclusi da un singolo licenziante con un significativo potere di mercato o da un effetto cumulativo di accordi conclusi da diversi licenzianti, anche quando i singoli accordi o la rete di accordi rientrano nel campo di applicazione del RECTT. In quest'ultimo caso, è tuttavia improbabile che si verifichi un grave effetto cumulativo se la parte del mercato vincolata dagli accordi è inferiore al 50 %. Al di là di tale soglia, effetti di preclusione significativi possono verificarsi se vi sono notevoli barriere all'ingresso per i nuovi licenziatari. Se tali barriere sono limitate, i nuovi licenziatari sono in grado di penetrare sul mercato e di sfruttare commercialmente tecnologie interessanti detenute da terzi e di rappresentare dunque una reale alternativa ai licenziatari già presenti sul mercato. Al fine di determinare le effettive possibilità di ingresso e di espansione per i terzi, è necessario anche tenere conto della misura in cui i distributori sono vincolati ai licenziatari da obblighi di non concorrenza. Le tecnologie di terzi hanno una possibilità effettiva di ingresso sul mercato solo se hanno accesso ai mezzi di produzione e distribuzione necessari. In altre parole, la facilità dell'accesso dipende non solo dalla disponibilità di licenziatari, ma anche dalla misura in cui essi hanno accesso alla distribuzione. Nel valutare gli effetti di preclusione al livello della distribuzione, la Commissione applicherà il quadro di analisi di cui alla sezione IV.2.1 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali⁽⁸⁷⁾.

230. Quando il licenziante detiene un significativo potere di mercato, gli obblighi imposti ai licenziatari di procurarsi la tecnologia solo dal licenziante possono determinare effetti di preclusione significativi. Più forte è la posizione di mercato del licenziante, maggiore è il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie concorrenti. Perché si verifichino effetti di preclusione sensibili, non è necessario che gli obblighi di non concorrenza riguardino una parte sostanziale del mercato. Anche in assenza di tale condizione, effetti di preclusione rilevanti possono verificarsi quando gli obblighi di non concorrenza sono indirizzati contro le imprese che possono con maggiore probabilità concedere in licenza tecnologie concorrenti. Il rischio di preclusione è particolarmente elevato quando vi è solo un numero limitato di licenziatari potenziali e l'accordo di licenza riguarda una tecnologia utilizzata dai licenziatari per realizzare un fattore di produzione per il loro uso interno. In simili casi, è probabile che un nuovo licenziante debba superare notevoli barriere all'ingresso. La preclusione può essere meno probabile nei casi in cui la tecnologia è utilizzata per produrre un prodotto venduto a terzi; sebbene in questo caso la restrizione vincoli anche la capacità produttiva del fattore di produzione in questione, essa non vincola la domanda a valle dei licenzianti. In quest'ultimo caso, per penetrare sul mercato i licenzianti hanno solo bisogno di avere accesso ad uno o

⁽⁸⁷⁾ Cfr. nota 52.

più licenziatari che dispongano di una capacità di produzione adeguata. A meno che non ci siano solo poche imprese che posseggono o sono in grado di procurarsi i mezzi di produzione necessari per ottenere una licenza, è improbabile che mediante l'imposizione di obblighi di non concorrenza ai suoi licenziatari il licenziante sia in grado di impedire ai concorrenti di avere accesso a licenziatari efficienti.

231. Gli obblighi di non concorrenza possono anche produrre effetti favorevoli alla concorrenza. Innanzitutto, simili obblighi possono promuovere la diffusione delle tecnologie, in quanto riducono il rischio di appropriazione indebita della tecnologia sotto licenza, con particolare riferimento al know-how. Se un licenziatario è autorizzato a ottenere in licenza da terzi tecnologie concorrenti, vi è in particolare il rischio che il know-how concesso in licenza venga utilizzato per lo sfruttamento di tecnologie alternative, a vantaggio quindi dei concorrenti. Quando un licenziatario sfrutta anche tecnologie concorrenti, ciò rende di norma anche più difficile un controllo dei pagamenti delle royalties, il che può rappresentare un disincentivo alla concessione di licenze.
232. In secondo luogo, gli obblighi di non concorrenza, eventualmente in combinazione con un territorio esclusivo, possono essere necessari per assicurare che il licenziatario abbia un incentivo a investire e a sfruttare efficacemente la tecnologia sotto licenza. Qualora l'accordo, a causa di un effetto di preclusione sensibile, rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato può essere necessario, per beneficiare dell'articolo 101, paragrafo 3, scegliere un'alternativa meno restrittiva, come imporre obblighi relativi a quantitativi minimi di produzione o a royalties minime, che riducono di norma il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie concorrenti.
233. In terzo luogo, nei casi in cui il licenziante si impegna a effettuare significativi investimenti specifici per il cliente, ad esempio nella formazione e nell'adeguamento della tecnologia sotto licenza alle esigenze del licenziatario, gli obblighi di non concorrenza o, in alternativa, gli obblighi relativi ad una produzione minima e a royalties minime, possono essere necessari per indurre il licenziante ad effettuare gli investimenti e per evitare che rinunci ad effettuarli. Di norma, tuttavia, il licenziante avrà la possibilità di fatturare direttamente tali investimenti sotto forma di un pagamento forfettario, il che dimostra che esistono alternative meno restrittive.

4.3. Accordi transattivi

234. La concessione di licenze per diritti tecnologici negli accordi transattivi può costituire uno strumento per porre fine a controversie o per evitare che una delle parti eserciti i suoi diritti di proprietà di beni immateriali per impedire all'altra parte di sfruttare i propri diritti tecnologici⁽⁸⁸⁾.
235. In linea di principio, gli accordi transattivi nell'ambito delle controversie in campo tecnologico sono, come per le controversie commerciali in molti altri settori, strumenti legittimi per risolvere una lite di natura non temeraria con un compromesso mutualmente accettabile. Le parti possono decidere di sospendere la controversia o il lite, per-

ché si rivelano troppo costosi, lunghi e/o dall'esito incerto. La composizione transattiva evita inoltre di ricorrere ai tribunali e/o agli enti amministrativi competenti e può pertanto generare ricadute positive sui regimi previdenziali. D'altro canto, è nell'interesse pubblico generale, eliminare i diritti di proprietà di beni immateriali nulli, poiché sono un ostacolo all'innovazione e all'attività economica⁽⁸⁹⁾.

236. La concessione di licenze, incluse quelle reciproche, nel contesto degli accordi transattivi non comporta di per sé una restrizione della concorrenza, in quanto permette alle parti di sfruttare le loro tecnologie successivamente all'accordo. Nei casi in cui, in assenza della licenza, è probabile che il licenziatario possa essere escluso dal mercato, un accordo transattivo che sancisca l'accesso del licenziatario alla tecnologia in questione esula di norma dal campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1.
237. Le condizioni individuali di tali accordi possono tuttavia rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. La concessione di licenze nell'ambito di accordi transattivi è trattata come gli altri accordi di licenza⁽⁹⁰⁾. In questi casi, è in particolare necessario stabilire se le parti sono concorrenti effettivi o potenziali.

Compensazione per restrizioni negli accordi transattivi

238. Gli accordi transattivi che prevedono clausole di compensazione per restrizioni (*pay-for-restriction*) o per ritardare l'ingresso sul mercato (*pay-for-delay*) spesso non comportano il trasferimento di diritti tecnologici, ma si basano su un trasferimento di valore da una delle parti in cambio di una limitazione all'ingresso e/o all'espansione sul mercato dell'altra parte e possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1⁽⁹¹⁾.
239. Se, tuttavia, un accordo transattivo del genere prevede anche la concessione dei diritti tecnologici oggetto della controversia e tale accordo ritarda o limita la capacità del licenziatario di immettere il prodotto su uno qualsiasi dei mercati interessati, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, e dovrebbe di conseguenza essere valutato in particolare alla luce degli

⁽⁸⁸⁾ Il RECTT e le linee direttrici lasciano impregiudicata l'applicazione dell'articolo 101 agli accordi transattivi che non contengono un accordo di licenza.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. la causa 193/83, *Windsurfing/Commissione* (Raccolta 1986, pag. 611, punto 92).

⁽⁹⁰⁾ Cfr. la causa 65/86, *Bayer/Sulhofer* (Raccolta 1988, pag. 5259, punto 15).

⁽⁹¹⁾ Cfr., per esempio, la decisione della Commissione nel caso *Lundbeck*, non ancora pubblicata.

articoli 4, paragrafo 1, lettere c) e d), del RECTT (cfr. sezione 3.4.2). Se le parti a un simile accordo sono concorrenti effettivi o potenziali e vi è stato un significativo trasferimento di valore dal licenziante di licenziatario, la Commissione sarà particolarmente attenta al rischio di assegnazione/ripartizione del mercato.

Concessione reciproca di licenze negli accordi transattivi

240. Gli accordi transattivi mediante i quali le parti si concedono reciprocamente licenze e impongono restrizioni relative all'uso delle loro tecnologie, incluse le restrizioni relative alla concessione di licenze a terzi, possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. Quando le parti detengono un significativo potere di mercato e l'accordo impone restrizioni che vanno chiaramente al di là di quanto richiesto per eliminare la posizione di blocco, l'accordo può rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, anche se è probabile che esista una posizione di blocco reciproca. In particolare, l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, è probabile quando le parti si ripartiscono i mercati o fissano il pagamento di royalties reciproche per unità prodotta che hanno un impatto significativo sui prezzi del mercato.

241. Quando l'accordo transattivo consente alle parti di utilizzare reciprocamente le rispettive tecnologie e si estende agli sviluppi futuri, è necessario valutare l'impatto dell'accordo sull'incentivo delle parti all'innovazione. Nei casi in cui le parti detengono un significativo potere di mercato, è probabile che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato quando impedisce alle parti di acquisire un vantaggio sulla controparte. Gli accordi che eliminano o riducono notevolmente le possibilità che una parte acquisisca un vantaggio sulla controparte riducono l'incentivo ad innovare e incidono quindi negativamente su un elemento fondamentale del gioco della concorrenza. Difficilmente inoltre tali accordi soddisfano le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3. In particolare è poco probabile che la restrizione possa essere considerata indispensabile ai sensi della terza condizione di cui all'articolo 101, paragrafo 3. Per realizzare l'obiettivo dell'accordo, vale a dire assicurare che ciascuna delle parti possa continuare a utilizzare la propria tecnologia senza essere bloccata dalla controparte, non è necessario che le parti decidano di condividere le innovazioni future. È tuttavia improbabile che alle parti venga impedito di conseguire un vantaggio competitivo sull'altra parte quando l'obiettivo della licenza è consentire alle parti di sviluppare le rispettive tecnologie e quando la licenza non le spinge ad utilizzare le stesse soluzioni tecnologiche. Tali accordi si limitano ad assicurare la libertà di progettazione evitando che in futuro vengano avanzate dall'altra parte richieste di risarcimento per violazione dei diritti.

Clausole di non contestazione negli accordi transattivi

242. Nel contesto di un accordo di composizione, le clausole di non contestazione sono in genere considerate come non rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. È insito in tali accordi il fatto che le

parti convengano di non contestare a posteriori i diritti di proprietà di beni immateriali oggetto della controversia. Del resto, l'obiettivo dell'accordo è proprio di porre fine alla controversia e/o evitare l'insorgere di controversie in futuro.

243. Tuttavia, le clausole di non contestazione negli accordi transattivi possono, in determinate circostanze, produrre effetti anticoncorrenziali e possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. La restrizione della libertà di contestare un diritto di proprietà di bene immateriale non costituisce oggetto specifico di un diritto di proprietà di beni immateriali e può causare restrizioni della concorrenza. Una clausola di non contestazione può costituire una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, per esempio quando un diritto di proprietà di beni immateriali è stato concesso a seguito di informazioni inesatte o fuorvianti⁽⁹²⁾. È necessario sottoporre tali clausole a controllo nel caso in cui il licenziante, oltre a concedere in licenza diritti tecnologici, induca il licenziatario, con mezzi finanziari o altri mezzi, ad accettare di non contestare la validità dei diritti tecnologici o se tali diritti sono indispensabili ai fini della produzione del licenziatario [cfr. anche il punto (136)].

4.4. Pool tecnologici

244. I pool tecnologici sono definiti come accordi mediante i quali due o più parti costituiscono un pacchetto di tecnologie che viene concesso in licenza non solo a coloro che partecipano al pool, ma anche a terzi. Per quanto riguarda la struttura, i pool tecnologici possono assumere la forma di semplici accordi tra un numero limitato di parti o di complessi accordi organizzativi mediante i quali l'organizzazione della concessione di licenze delle tecnologie messe in comune viene affidata a un organismo indipendente. In entrambi i casi, il pool può consentire ai licenziatari di operare sul mercato sulla base di una licenza unica.

245. Non vi sono legami sistematici tra i pool tecnologici e le norme, ma in taluni casi, le tecnologie all'interno del pool favoriscono (in tutto o in parte) una norma industriale di fatto o di diritto⁽⁹³⁾. Pool tecnologici diversi possono sostenere norme diverse⁽⁹⁴⁾. I pool tecnologici possono determinare effetti favorevoli alla concorrenza, in particolare riducendo i costi di transazione e fissando un limite alle royalties cumulative per evitare una doppia marginalizzazione. La creazione di un pool permette la concessione di licenze attraverso uno «sportello unico» per le tecnologie che ne fanno parte. Questo aspetto è particolarmente importante nei settori in cui i diritti di proprietà

⁽⁹²⁾ Cfr. la causa C-457/10 P, *AstraZeneca/Commissione*, (Raccolta 2012), non ancora pubblicata.

⁽⁹³⁾ Per quanto concerne il trattamento delle norme e il trattamento di accordi di normazione si vedano le linee direttrici orizzontali, punto 257 e segg., citate alla nota 27.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. in proposito il comunicato stampa della Commissione IP/02/1651 relativo agli accordi di licenza di brevetti per le tecnologie mobili della terza generazione. Il caso riguardava cinque pool tecnologici per la creazione di cinque tecnologie diverse, ciascuna delle quali utilizzabile per produrre materiale 3G.

di beni immateriali sono assai diffusi ed è necessario ottenere licenze da una serie di licenziatari diversi per operare sul mercato. Nei casi in cui ai licenziatari viene prestato un servizio di assistenza continuo relativo all'applicazione della tecnologia sotto licenza, la concessione in comune delle licenze e la prestazione in comune dei servizi relativi possono determinare ulteriori riduzioni dei costi. I pool di brevetti possono essere utili nell'attuazione di norme a favore della concorrenza.

246. I pool tecnologici possono determinare anche restrizioni della concorrenza. La creazione di un pool tecnologico implica necessariamente la vendita congiunta delle tecnologie messe in comune, il che, nel caso di pool costituiti esclusivamente o prevalentemente da tecnologie sostitutive, equivale ad un cartello per la fissazione dei prezzi. Oltre a ridurre la concorrenza tra le parti, i pool tecnologici, in particolare quando favoriscono una norma industriale o stabiliscono una norma industriale di fatto, possono anche determinare una riduzione dell'innovazione, in quanto precludono l'utilizzazione di tecnologie alternative. L'esistenza della norma e del relativo pool tecnologico può rendere più difficile l'ingresso sul mercato di tecnologie nuove e migliori.

247. Gli accordi che istituiscono pool tecnologici e che definiscono le condizioni del loro funzionamento non beneficiano, — indipendentemente dal numero delle parti —, dell'esenzione per categoria, dal momento che non prevedono la concessione di una particolare licenza per produrre prodotti contrattuali (cfr. sezione 3.2.4). Tali accordi sono disciplinati esclusivamente dalle presenti linee direttrici. Gli accordi volti a mettere in comune le tecnologie sollevano una serie di questioni specifiche riguardanti la selezione delle tecnologie incluse e il funzionamento del pool, che non si presentano in relazione ad altri tipi di licenze. La concessione di licenze al di fuori del pool avviene generalmente sotto forma di un accordo multilaterale, visto che sono in genere i contributori a determinare le condizioni di concessione di tali licenze e non rientra pertanto nell'esenzione per categoria. La concessione di licenze al di fuori del pool è disciplinata dal punto (261) e dalla sezione 4.4.2.

4.4.1. *Valutazione della formazione e del funzionamento dei pool tecnologici*

248. La maniera in cui un pool tecnologico viene costituito, organizzato e gestito può ridurre il rischio che esso abbia per oggetto o per effetto di limitare la concorrenza e può garantire che l'accordo produca effetti favorevoli alla concorrenza. Nel valutare i possibili rischi e gli incrementi di efficienza per la concorrenza, la Commissione intende tener conto, tra l'altro, della trasparenza del processo di creazione del pool; della selezione e della natura delle tecnologie messe in comune, ivi compreso il grado di coinvolgimento di esperti indipendenti nella creazione e nella gestione del pool, e dell'eventuale messa in atto di misure di salvaguardia per prevenire lo scambio di informazioni sensibili e di meccanismi indipendenti di composizione delle controversie.

Partecipazione aperta

249. Quando la partecipazione al processo di creazione di una norma e di un pool è aperta a tutte le parti interessate, è più probabile che le tecnologie da includere nel pool siano selezionate sulla base di considerazioni relative al prezzo e

alla qualità rispetto a quando il pool è costituito da un gruppo limitato di titolari delle tecnologie.

Selezione e natura delle tecnologie messe in comune

250. I rischi sotto il profilo della concorrenza e i possibili incrementi di efficienza legati ai pool tecnologici dipendono anche, in buona misura, dalla relazione tra le tecnologie che compongono il pool, nonché dalla relazione tra le tecnologie interne e quelle esterne al pool. È necessario operare due distinzioni fondamentali, quella a) tra tecnologie complementari e tecnologie sostitutive e quella b) tra tecnologie essenziali e non essenziali.

251. Due tecnologie sono complementari e non sostitutive quando sono entrambe necessarie per la produzione del prodotto o la realizzazione del processo cui si riferiscono. Per contro, due tecnologie sono sostitutive quando, prese singolarmente, consentono al detentore di produrre il prodotto o di realizzare il processo cui si riferiscono.

252. Una tecnologia può essere essenziale per a) realizzare un particolare prodotto o svolgere un determinato processo cui si riferiscono le tecnologie che fanno parte del pool, oppure per b) produrre il prodotto o svolgere il processo in questione conformemente a una norma che comprende le tecnologie messe in comune. Nel primo caso, una tecnologia in questione è essenziale se, contrariamente a una tecnologia non essenziale, non esistono sostituti validi (sia dal punto di vista commerciale che tecnico) all'interno o all'esterno del pool e se costituisce un elemento indispensabile del pacchetto di tecnologie ai fini della produzione di prodotti o della realizzazione di processi cui si riferisce il pool. Nel secondo caso, una tecnologia è essenziale se costituisce un elemento indispensabile (ossia non esistono alternative altrettanto efficaci) delle tecnologie messe in comune necessarie per rispettare la norma seguita dal pool (tecnologie essenziali per lo standard). Le tecnologie essenziali sono necessariamente anche complementari. Il fatto che il detentore di una tecnologia si limiti a dichiarare che una tecnologia è essenziale non implica che lo sia effettivamente secondo i criteri di cui al presente punto.

253. Quando le tecnologie all'interno di un pool sono sostitutive, le royalties possono essere più elevate di quanto non lo sarebbero altrimenti, poiché i licenziatari non beneficiano della rivalità tra le tecnologie in questione. Quando le tecnologie all'interno del pool sono complementari, il pool tecnologico riduce i costi di transazione e può determinare royalties complessivamente più basse, in quanto le parti sono in grado di fissare royalties comuni per il pacchetto, anziché fissare le royalties per le loro tecnologie senza tenere conto del fatto che royalties più elevate per una tecnologia comportano una diminuzione della domanda di tecnologie complementari. Se le royalties per tecnologie complementari sono fissate singolarmente, è probabile che la loro somma sia superiore a quanto

sarebbe fissato collettivamente da un pool per il pacchetto delle stesse tecnologie complementari. La valutazione del ruolo delle tecnologie sostitutive all'esterno del pool è illustrata al punto (262).

254. La distinzione delle tecnologie tra complementari e sostitutive non è sempre netta, poiché le tecnologie possono essere in parte sostitutive e in parte complementari. Quando gli incrementi di efficienza derivanti dall'integrazione di due tecnologie possono indurre i licenziatari a chiedere in licenza entrambe le tecnologie, tali tecnologie sono considerate complementari anche se sono parzialmente sostituibili. In tali casi, è probabile che, anche se non vi fosse il pool, i licenziatari sarebbero interessati a ottenere in licenza entrambe le tecnologie, per via del vantaggio economico supplementare derivante dall'utilizzazione di entrambe le tecnologie piuttosto che di una sola di esse. L'assenza di una simile domanda corredata da elementi di prova sulla complementarità delle tecnologie messe in comune rappresenta un'indicazione del fatto che le tecnologie interessate sono complementari se i) le parti che contribuiscono alla tecnologia di un pool restano libere di concedere anche individualmente in licenza le loro tecnologie; ii) il pool è disposto, oltre a concedere in licenza i pacchetti di tecnologie di tutte le parti, a concedere in licenza la tecnologia di ciascuna parte anche separatamente e se iii) il totale delle royalties applicate nel sottoscrivere licenze distinte per tutte le tecnologie messe in comune non supera le royalties applicate dal pool per l'intero pacchetto di tecnologie.

255. L'inclusione nel pool di tecnologie sostitutive limita generalmente la concorrenza tra le tecnologie, poiché può equivalere alla concessione collettiva di pacchetti di licenze e portare alla fissazione di prezzi tra concorrenti. Come regola generale, la Commissione ritiene che l'inclusione massiccia di tecnologie sostitutive nel pool costituisca una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato. La Commissione ritiene inoltre improbabile che le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, siano soddisfatte nel caso di pool comprendenti numerose tecnologie sostitutive. Considerato che le tecnologie in questione sono alternative, il fatto di includere entrambe le tecnologie nel pool non determina risparmi sui costi di transazione. Se il pool non fosse esistito, i licenziatari non avrebbero chiesto una licenza per entrambe le tecnologie. Per ridurre le preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza non è sufficiente che le parti restino libere di concedere licenze in maniera indipendente, in quanto avrebbero pochi incentivi a farlo se non vogliono compromettere l'attività di concessione delle licenze del pool, che consente loro di esercitare congiuntamente il loro potere di mercato.

Selezione e funzione degli esperti indipendenti

256. Un altro fattore rilevante per la valutazione dei rischi sotto il profilo della concorrenza e gli incrementi di efficienza dei pool tecnologici è la misura in cui gli esperti indipendenti sono coinvolti nella creazione e nella gestione del

pool. Stabilire se una tecnologia è essenziale per una norma sostenuta da un pool, ad esempio, è spesso una questione complessa, che richiede competenze specifiche. Il contributo di esperti indipendenti nel processo di selezione può contribuire notevolmente ad assicurare che sia data effettivamente attuazione all'impegno di includere solo tecnologie essenziali. Il fatto che la selezione delle tecnologie da includere nel pool sia effettuata da un esperto indipendente può promuovere la concorrenza tra le soluzioni tecnologiche disponibili.

257. La Commissione terrà conto delle modalità di selezione degli esperti e delle loro mansioni. Gli esperti dovrebbero essere indipendenti dalle imprese che hanno costituito il pool. Se gli esperti sono collegati ai licenzianti (o all'attività di concessione delle licenze del pool) o comunque dipendono da essi, al loro contributo sarà accordato un peso minore. Gli esperti devono inoltre disporre delle competenze tecniche necessarie per svolgere le diverse mansioni loro affidate. In particolare, gli esperti indipendenti possono essere incaricati di valutare la validità delle tecnologie che si propone di includere nel pool e il carattere essenziale di tali tecnologie.

258. Infine, i meccanismi di composizione delle controversie previsti all'atto della costituzione del pool sono importanti e dovrebbero essere presi in considerazione. Più la composizione delle controversie è affidata a organi o persone indipendenti dal pool e dai suoi membri, maggiore è la probabilità che essa sia improntata alla neutralità.

Misure di salvaguardia per prevenire lo scambio di informazioni riservate

259. È inoltre importante considerare gli accordi relativi allo scambio di informazioni riservate tra le parti⁽⁹⁵⁾. Nei mercati oligopolistici, gli scambi di informazioni riservate, come i dati relativi ai prezzi e alla produzione, possono facilitare comportamenti collusivi⁽⁹⁶⁾. In simili casi, la Commissione terrà conto della misura in cui sono state messe in atto misure di salvaguardia, volte ad assicurare che non vengano scambiate informazioni riservate. Un esperto indipendente o l'organo che concede le licenze possono svolgere un ruolo importante assicurando che i dati relativi alla produzione e alle vendite, che possono essere necessari per il calcolo e la verifica delle royalties, non vengano divulgati a imprese concorrenti sui mercati interessati.

⁽⁹⁵⁾ Per maggiori informazioni sullo scambio di informazioni, si vedano le linee direttrici sulla cooperazione orizzontale (punto 55), citate alla nota 27.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. in proposito la sentenza nella causa *John Deere* citata alla nota 11.

260. Tali misure devono essere messe in atto con particolare prudenza quando le parti interessate partecipano simultaneamente alla formazione di pool di norme, laddove ciò possa comportare lo scambio di informazioni sensibili tra pool concorrenti.

Deroga al campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1

261. La creazione e il funzionamento del pool, inclusa la concessione di licenze all'esterno, non rientrano di norma nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato, indipendentemente dalla posizione di mercato delle parti, se le seguenti condizioni sono soddisfatte:

- a) la partecipazione al processo di creazione di un pool è aperta a tutte i titolari di diritti tecnologici interessati;
- b) sono state adottate misure di salvaguardia sufficienti per garantire che solo le tecnologie essenziali (che sono pertanto necessariamente considerate anche complementari) sono messe in comune;
- c) sono state messe in atto misure di salvaguardia sufficienti per limitare ogni scambio di informazioni riservate (come i dati relativi ai prezzi e alla produzione) e nella misura necessaria alla creazione al funzionamento del pool;
- d) le tecnologie messe in comune sono autorizzate nel pool su base non esclusiva;
- e) le tecnologie messe in comune sono concesse sotto licenza a tutti i licenziatari potenziali a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie⁽⁹⁷⁾;
- f) le parti che contribuiscono al pool tecnologico e i licenziatari hanno la facoltà di contestare la validità e la pertinenza delle tecnologie messe in comune;
- g) le parti che contribuiscono ai pool tecnologici e il licenziatario restano liberi di sviluppare prodotti e tecnologie concorrenti.

Al di fuori del campo di applicazione della deroga

262. Quando nel pool sono inclusi importanti brevetti complementari ma non essenziali, vi è il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi. Una volta che una tecnologia sia stata inclusa nel pool e venga concessa in licenza come elemento del pacchetto, i licenziatari avranno probabilmente scarsi incentivi a prendere in licenza una tecnologia concorrente quando le royalties corrisposte per il pacchetto comprendono già una tecnologia sostitutiva. Inoltre, l'inclusione di tecnologie che non sono necessarie ai fini della produzione di prodotti o della realizzazione di processi cui si riferisce il pool tecnologico o il rispetto di una norma che include la tecnologia messa in comune costringono i licenziatari a pagare royalties per tecnologie delle quali non hanno necessariamente bisogno. L'inclusione di tali tecnologie complementari equivale pertanto alla concessione collettiva di pacchetti di licenze. Quando un pool comprende tecnologie non essenziali, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, se il pool detiene una posizione significativa in uno dei mercati rilevanti.

263. Considerato che dopo la creazione del pool possono essere sviluppate tecnologie sostitutive e complementari, la necessità di valutare il carattere essenziale non si esaurisce

con la creazione del pool. Una tecnologia può diventare non essenziale successivamente alla creazione del pool a causa della comparsa di nuove tecnologie di terzi. Se si porta all'attenzione del pool il fatto che una nuova tecnologia di terzi è offerta ai licenziatari e da loro richiesta, le preoccupazioni in materia di preclusione possono essere evitate offrendo ai licenziatari, nuovi ed esistenti, una licenza priva della tecnologia che non è più essenziale, applicando una riduzione corrispondente delle royalties. Vi possono tuttavia essere altri modi per evitare preclusioni nei confronti delle tecnologie di terzi.

264. Nella sua valutazione complessiva dei pool tecnologici che comprendono tecnologie non essenziali ma complementari, la Commissione terrà conto, tra l'altro, dei seguenti fattori:

- a) l'esistenza di effetti positivi per la concorrenza, che giustificano l'inclusione nel pool di tecnologie non essenziali, per esempio a causa dei costi della valutazione del carattere essenziale di tutte le tecnologie dato il numero elevato di tecnologie;
- b) la libertà dei licenzianti di concedere in licenza le rispettive tecnologie in modo indipendente: quando il pool è costituito da un numero limitato di tecnologie ed esistono tecnologie sostitutive all'esterno del pool, i licenziatari possono voler costituire il proprio pacchetto tecnologico, formato in parte da tecnologie appartenenti al pool e in parte da tecnologie detenute da terzi;
- c) il fatto che, nei casi in cui le tecnologie messe in comune hanno applicazioni diverse, per alcune delle quali non è necessaria l'utilizzazione di tutte le tecnologie del pool, il pool offra le tecnologie solo come un unico pacchetto o offra pacchetti separati per applicazioni distinte, ciascuno dei quali include solo le tecnologie pertinenti all'applicazione in questione. In quest'ultimo caso le tecnologie non essenziali per un particolare prodotto o processo non sono abbinate alle tecnologie essenziali;
- d) il fatto che le tecnologie messe in comune siano disponibili solo come un unico pacchetto o che i licenziatari abbiano la possibilità di ottenere una licenza per una parte soltanto del pacchetto con una corrispondente riduzione delle royalties. La possibilità di ottenere una licenza per una parte soltanto del pacchetto può ridurre il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi esterne al pool, in particolare quando il licenziatario ottiene una riduzione corrispondente delle royalties. Ciò implica che a ciascuna tecnologia del pool sia stata attribuita una percentuale delle royalties complessive. Quando gli accordi di licenza conclusi tra il pool e singoli licenziatari hanno una durata piuttosto lunga e le tecnologie messe in comune favoriscono una norma industriale di fatto, è inoltre

⁽⁹⁷⁾ Per maggiori informazioni al riguardo, si vedano le linee direttrici sulla cooperazione orizzontale (punto 287), citate alla nota 27.

necessario considerare che il pool può precludere l'accesso al mercato di nuove tecnologie sostitutive. Nel valutare il rischio di preclusione in casi simili, è importante tenere conto dell'eventuale possibilità per i licenziatari di recedere, con un ragionevole preavviso, da una parte dell'accordo di licenza e ottenere una corrispondente riduzione delle royalties.

265. Anche gli accordi che istituiscono pool di tecnologie che determinano restrizioni della concorrenza possono dar luogo a incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza (cfr. il punto (245)), i quali andranno analizzati sulla base dell'articolo 101, paragrafo 3, e soppesati in rapporto agli effetti negativi. Per esempio, se il pool tecnologico include brevetti non essenziali ma soddisfa tutti gli altri criteri per beneficiare della deroga di cui al punto (261), laddove si accertino effetti positivi per la concorrenza che giustificano l'inclusione nel pool di brevetti non essenziali [cfr. il punto (264)], e quando i licenziatari hanno la possibilità di ottenere una licenza per una parte soltanto del pacchetto con una corrispondente riduzione delle royalties [cfr. il punto (264)], è probabile che le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, siano soddisfatte.

4.4.2. Valutazione delle singole restrizioni negli accordi tra il pool e i suoi licenziatari

266. Laddove sia accertato che l'accordo di costituzione di un pool tecnologico non costituisce una violazione dell'articolo 101 del trattato, il passo successivo consiste nel valutare gli effetti sulla concorrenza delle licenze concordate tra il pool e i suoi licenziatari. Le condizioni relative alla concessione di queste licenze possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. L'obiettivo della presente sezione è quello di esaminare alcune restrizioni che, seppure in forma diversa, si ritrovano comunemente negli accordi di licenza dei pool tecnologici e che devono essere valutate nel contesto generale del pool. Il RECTT non si applica generalmente agli accordi di licenza conclusi tra il pool e licenziatari terzi [cfr. il punto (247)]. La presente sezione tratta quindi la valutazione individuale delle questioni specifiche relative alla concessione di licenze nel quadro di pool tecnologici.

267. Nel valutare gli accordi di trasferimento di tecnologia tra il pool e i suoi licenziatari, la Commissione seguirà i seguenti principi fondamentali:

a) più forte è la posizione di mercato del pool, maggiore è il rischio di effetti anticoncorrenziali;

b) quanto più forte è la posizione di mercato del pool, tanto maggiore sarà la probabilità che la decisione di non concedere licenze a tutti i potenziali licenziatari o di concedere licenze a condizioni discriminatorie costituisca una violazione dell'articolo 101;

c) i pool non dovrebbero determinare indebite preclusioni nei confronti delle tecnologie di terzi o limitare la creazione di pool alternativi.

d) gli accordi di trasferimento di tecnologia non devono contenere nessuna delle restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4 del RECTT (cfr. sezione 3.4).

268. Le imprese che costituiscono un pool tecnologico compatibile con l'articolo 101 del trattato sono di norma libere di negoziare e di fissare le royalties per l'intero pacchetto tecnologico (rispettando l'eventuale impegno di concedere licenze a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie) e le percentuali attribuite alle singole tecnologie, sia prima che dopo la fissazione della norma. Un simile accordo è insito nella costituzione del pool e non può essere di per sé considerato restrittivo della concorrenza. Talvolta può essere più efficiente fissare le royalties del pool prima di scegliere la norma, al fine di evitare che la scelta della norma comporti un aumento della percentuale della royalties conferendo un significativo potere di mercato ad una o più tecnologie essenziali. Tuttavia, i licenziatari devono restare liberi di determinare il prezzo dei prodotti realizzati sotto licenza.

269. Quando il pool detiene una posizione dominante sul mercato, le royalties e le altre condizioni della licenza dovrebbero essere non eccessive e non discriminatorie e le licenze non dovrebbero essere esclusive⁽⁹⁸⁾. Questi requisiti sono necessari per assicurare che il pool sia aperto e che non dia origine a effetti di preclusione e ad altri effetti anticoncorrenziali sui mercati a valle. Questi requisiti non ostano tuttavia all'applicazione di percentuali di royalties diverse per utilizzazioni diverse. In generale, non si ritiene restrittiva della concorrenza l'applicazione di aliquote diverse per le royalties relative a mercati del prodotto diversi, mentre non dovrebbero esservi discriminazioni all'interno di uno stesso mercato del prodotto. In particolare, il trattamento dei licenziatari del pool non dovrebbe dipendere dal fatto che essi siano o no anche licenzianti. La Commissione valuterà pertanto se i licenzianti e i licenziatari siano soggetti agli stessi obblighi in materia di royalties.

⁽⁹⁸⁾ Tuttavia, se un pool tecnologico non dispone di alcun potere di mercato, la concessione di licenze al di fuori del pool, di norma, non costituisce una violazione all'articolo 101, paragrafo 1, anche se non sono soddisfatte tali condizioni.

270. I licenzianti e licenziatari dovrebbero essere liberi di sviluppare prodotti e norme concorrenti, nonché di concedere e ottenere licenze al di fuori del pool. Tali requisiti sono necessari al fine di limitare il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi e di assicurare che il pool non limiti l'innovazione e non precluda la creazione di soluzioni tecnologiche concorrenti. Quando una tecnologia messa in comune è (di fatto) inclusa in una norma industriale e quando le parti sono soggette a obblighi di non concorrenza, il pool rischia in particolare di impedire lo sviluppo di tecnologie e di norme nuove e migliori.
271. Gli obblighi di retrocessione dovrebbero essere non esclusivi e limitati agli sviluppi essenziali o importanti per l'utilizzazione delle tecnologie messe in comune. Ciò consente al pool di trasferire i miglioramenti apportati alle tecnologie messe in comune e di beneficiarne. È del tutto legittimo che le parti si assicurino, mediante obblighi di retrocessione, che lo sfruttamento delle tecnologie messe in comune non possa essere ostacolato dai licenziatari, inclusi i subappaltatori che sfruttano la licenza concessa al licenziatario, che detengono brevetti essenziali o stanno per ottenerli.
272. Uno dei problemi individuati con riferimento ai pool di tecnologie è il rischio che essi permettano di proteggere brevetti nulli. Gli accordi di pool aumentano i costi e i rischi di una contestazione, in quanto è sufficiente che un solo brevetto del pool sia valido perché la contestazione non venga accolta. La protezione di brevetti nulli all'interno del pool può costringere i licenziatari a pagare royalties più elevate e può inoltre impedire l'innovazione nel campo del brevetto nullo. In questo contesto, le clausole di non contestazione, comprese le clausole di risoluzione ⁽⁹⁹⁾, in un accordo di trasferimento di tecnologia tra il pool e parti terze, possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato.
273. I pool spesso includono sia i brevetti sia le domande di brevetto. Se i richiedenti di brevetto che presentano la loro domanda ai pool, ove disponibili, utilizzano le procedure per la domanda di brevetto che consentono una concessione più rapida, la validità e la portata dei brevetti in questione saranno accertati più velocemente.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. sezione 3.5.