COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

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

(2014/C 89/03)

ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO	5
2.	PRINCÍPIOS GERAIS	5
2.1.	Artigo 101.º do Tratado e direitos de propriedade intelectual	5
2.2.	Quadro geral de aplicação do artigo 101.º	6
2.3.	Definição de mercado	8
2.4.	Distinção entre concorrentes e não concorrentes	10
3.	APLICAÇÃO DO RICTT	12
3.1.	Efeitos do RICTT	12
3.2.	Âmbito e duração do RICTT	12
3.2.1.	O conceito de acordos de transferência de tecnologia	12
3.2.2.	O conceito de «transferência»	13
3.2.3.	Acordos entre duas partes	14
3.2.4.	Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais	14
3.2.5.	Duração	16
3.2.6.	Relação com outros regulamentos de isenção por categoria	16
3.2.6.1.	Regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e acordos de investigação e desenvolvimento	16
3.2.6.2.	Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais	17
3.3.	Limiares de quota de mercado da zona de segurança	17
3.4.	Restrições graves da concorrência nos termos do regulamento de isenção por categoria	20
3.4.1.	Princípios gerais	20
3.4.2.	Acordos entre concorrentes	20
3.4.3.	Acordos entre não concorrentes	25
3.5.	Restrições excluídas	27
3.6.	Retirada e não aplicação do regulamento de isenção por categoria	30
3.6.1.	Processo de retirada	30
3.6.2.	Não aplicação do regulamento de isenção por categoria	31
4.	APLICAÇÃO DO ARTIGO 101.º, N.ºS 1 E 3, DO TRATADO FORA DO ÂMBITO DO RICTT	31
4.1.	Quadro geral da análise	31
4.1.1.	Fatores relevantes	32
4.1.2.	Efeitos negativos dos acordos de licenciamento restritivos	33
4.1.3.	Efeitos positivos dos acordos de licenciamento e quadro de análise desses efeitos	34
4.2.	Aplicação do artigo 101.º a diferentes tipos de restrições próprias dos acordos de licenciamento	36
4.2.1.	Obrigações em matéria de royalties	36
4.2.2.	Licenças exclusivas e restrições de vendas	37
4.2.2.1.	Licenças exclusivas e únicas	37

4.2.2.2. Restrições de vendas	38
4.2.3. Limitação da produção	39
4.2.4. Restrições do domínio de utilização	40
4.2.5. Restrições de utilização cativa	41
4.2.6. Subordinação e agrupamento	42
4.2.7. Obrigações de não concorrência	43
4.3. Acordos de resolução de litígios	44
4.4. Agrupamentos de tecnologias	45
4.4.1. Avaliação da constituição e funcionamento dos agrupamentos de tecnologias	46
4.4.2. Avaliação de restrições individuais em acordos entre o agrupamento e os seus licenciados	49

1. INTRODUÇÃO

1. As presentes Orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁽¹⁾ («artigo 101.º»). Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito ao licenciamento de direitos de tecnologia, em que o licenciante autoriza o licenciado a explorar os direitos de tecnologia licenciados para a produção de bens ou serviços, tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a categorias de acordos de transferência de tecnologia («RICTT») ⁽²⁾.
2. As presentes Orientações dão indicações sobre a aplicação do RICTT, bem como sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («Tratado») aos acordos de transferência de tecnologia não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT. O RICTT e as Orientações não prejudicam uma eventual aplicação paralela do artigo 102.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia ⁽³⁾.
3. As normas estabelecidas nas presentes Orientações devem ser aplicadas de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, o que exclui uma aplicação mecânica. Cada caso deve ser apreciado com base nas suas particularidades, devendo as presentes Orientações ser aplicadas de forma razoável e flexível. Os exemplos apresentados são apenas ilustrativos e não pretendem ser exaustivos.
4. As presentes Orientações são aplicáveis sem prejuízo da interpretação do artigo 101.º e do RICTT que possa ser eventualmente emitida pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral.

2. PRINCÍPIOS GERAIS

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

5. O objetivo global do artigo 101.º do Tratado consiste em salvaguardar a concorrência no mercado para promover o bem-estar dos consumidores e a afetação eficaz dos recur-

sos. O artigo 101.º, n.º 1, proíbe todos os acordos e práticas concertadas entre empresas e todas as decisões de associações de empresas⁽⁴⁾ que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros⁽⁵⁾ e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência⁽⁶⁾. Em derrogação a esta regra, o artigo 101.º, n.º 3, estabelece que a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, pode ser declarada inaplicável no caso de acordos entre empresas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico e económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

6. A legislação relativa à propriedade intelectual confere direitos exclusivos aos titulares de patentes, direitos de autor, desenhos e modelos, marcas e outros direitos legalmente protegidos. O titular do direito de propriedade intelectual está habilitado por lei a impedir qualquer utilização não autorizada da sua propriedade intelectual e a explorá-la, por exemplo, licenciando-a a terceiros. Logo que um produto que inclua um direito de propriedade intelectual, com exceção dos direitos de execução⁽⁷⁾, tenha sido colocado no mercado no Espaço Económico Europeu (EEE) pelo titular ou com a sua autorização, o direito de propriedade intelectual fica esgotado no sentido em que o titular não pode continuar a utilizá-lo para controlar a venda do produto (princípio do esgotamento da União)⁽⁸⁾. O titular do direito, no âmbito da legislação relativa à propriedade intelectual, não pode impedir a venda pelos licenciados ou pelos compradores de tais produtos que incorporam a tecnologia licenciada. O princípio do esgotamento de um direito é consentâneo com a função essencial dos direitos de propriedade intelectual, que é permitir ao titular do direito impedir outras pessoas de explorarem a sua propriedade intelectual sem o seu consentimento.

⁽¹⁾ Com efeitos a partir de 1 de dezembro de 2009, os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE passaram a ser, respetivamente, os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»). Os dois conjuntos de disposições são idênticos em substância. Para efeitos das presentes Orientações, nos casos pertinentes, as remissões para os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia devem entender-se como remissões para os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE. O TFUE introduziu igualmente algumas alterações na terminologia, tais como a substituição de «Comunidade» por «União» e de «mercado comum» por «mercado interno». As presentes Orientações utilizarão a terminologia do TFUE.

⁽²⁾ JO L 93 28.3.2014, p. 17. O RICTT substitui o Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão, de 27 de abril de 2004, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 123 de 27.4.2004, p. 11).

⁽³⁾ Ver Processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Coletânea 2000, p. I-1365, n.º 130, e ponto 106 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

⁽⁴⁾ No texto a seguir o termo «acordo» inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.

⁽⁵⁾ Ver Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

⁽⁶⁾ No resto do documento, o termo «restrição» inclui o impedimento e a distorção da concorrência.

⁽⁷⁾ Que inclui direitos de locação. Ver a este respeito o Processo 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video*, Coletânea 1988, p. 2605, e o Processo C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Coletânea 1998, p. I-5171.

⁽⁸⁾ Este princípio do esgotamento de um direito na União encontra-se consagrado, nomeadamente, no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2008/95/CE que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 299 de 8.11.2008, p. 25), estabelecendo que o direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na União sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento, e no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (JO L 111 de 5.5.2009, p. 16), que prevê que a primeira venda na União de uma cópia de um programa efetuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento extinguirá o direito de distribuição na União dessa mesma cópia, com exceção do direito de controlar a locação ulterior do programa ou de uma sua cópia. Ver a este respeito o Processo C-128/11, *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.*, Coletânea 2012, ainda não publicado.

7. O facto de a legislação relativa à propriedade intelectual conceder direitos de exploração exclusivos não significa que os direitos de propriedade intelectual sejam excluídos da aplicação do direito da concorrência. O artigo 101.º do Tratado é, em especial, aplicável aos acordos através dos quais o titular concede licenças a uma outra empresa para esta explorar os seus direitos de propriedade intelectual⁽⁹⁾. Por outro lado, também não significa que exista um conflito intrínseco entre os direitos de propriedade intelectual e as regras da União em matéria de concorrência. Com efeito, estes dois corpos legislativos têm o mesmo objetivo fundamental, que é promover o bem-estar dos consumidores e a afetação eficaz dos recursos. A inovação constitui um componente essencial e dinâmico de uma economia de mercado aberta e competitiva. Os direitos de propriedade intelectual favorecem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a investir no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo sucede com a concorrência, na medida em que pressiona as empresas a inovar. Por esta razão, tanto os direitos de propriedade intelectual como a concorrência são necessários para promover a inovação e garantir que esta é explorada em condições competitivas.

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

9. Aquando da apreciação de acordos de licenciamento ao abrigo do artigo 101.º do Tratado, o atual enquadramento analítico é suficientemente flexível para atender devidamente aos aspetos dinâmicos do licenciamento de direitos de tecnologia. Não se parte do princípio de que os direitos

de propriedade intelectual e os acordos de licenciamento enquanto tais geram problemas de concorrência. A maior parte dos acordos de licenciamento não restringe a concorrência e cria antes eficiências pró-concorrenciais. Na realidade, o licenciamento enquanto tal é pró-concorrencial, uma vez que conduz à divulgação de tecnologias e promove a inovação por parte de licenciantes e licenciados. Para além disso, mesmo os acordos de licenciamento que restringem a concorrência podem dar frequentemente origem a ganhos de eficiência pró-concorrenciais, que devem ser apreciados ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, e ponderados face aos efeitos negativos sobre a concorrência⁽¹⁰⁾. A grande maioria dos acordos de licenciamento é, por conseguinte, compatível com o artigo 101.º

2.2. Quadro geral de aplicação do artigo 101.º

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

11. A apreciação que visa apurar se um acordo de licenciamento restringe a concorrência deve ser efetuada em função do contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo e das suas alegadas restrições⁽¹¹⁾. Ao proceder a essa apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concorrência intertecnologia (ou seja, a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (ou seja, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia)⁽¹²⁾. O artigo 101.º, n.º 1, proíbe restrições da concorrência intertecnologia e da concorrência intratecnologia. É, por conseguinte, necessário apreciar em que medida o acordo afeta, ou pode afetar, estes dois aspetos da concorrência no mercado.

12. As duas questões que se seguem proporcionam um quadro útil para esta apreciação. A primeira questão diz respeito ao impacto do acordo na concorrência intertecnologia, enquanto a segunda se refere ao impacto do acordo na concorrência intratecnologia. Uma vez que tanto a concorrência intertecnologia como a concorrência intratecnologia são suscetíveis de serem simultaneamente afetadas por restrições, pode afigurar-se necessário analisar uma restrição à luz das duas questões apresentadas nas alíneas a) e b) antes de se poder concluir que existe ou não uma restrição da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1:

⁽⁹⁾ Ver, por exemplo, os Processos apensos 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig*, Coletânea 1966, p. 429.

⁽¹⁰⁾ A metodologia para a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, é estabelecida nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3.

⁽¹¹⁾ Ver Processo 56/65, *Société Technique Minière*, Coletânea 1966, p. 337 e Processo C-7/95 P, *John Deere*, Coletânea 1998, p. I-3111, n.º 76.

⁽¹²⁾ Ver a este respeito, por exemplo, o acórdão proferido no processo *Consten e Grundig*, citado na nota de rodapé 9.

- a) O acordo de licenciamento restringe a concorrência real ou potencial que teria existido sem o acordo previsto? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Ao realizar esta apreciação, é necessário tomar em consideração a concorrência entre as partes e a concorrência de terceiros. Por exemplo, quando duas empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes concedem licenças cruzadas de tecnologias concorrentes e se comprometem a não vender produtos nos mercados nacionais da outra empresa, a concorrência (potencial) que existia antes do acordo é restringida. Do mesmo modo, quando um licenciante impõe aos seus licenciados a obrigação de não utilização de tecnologias concorrentes e estas obrigações excluem tecnologias de terceiros, é restringida a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência do acordo.
- b) O acordo de licenciamento restringe a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência da ou das restrições contratuais? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Por exemplo, quando um licenciante restringe os seus licenciados, que não eram concorrentes reais ou potenciais antes do acordo, de concorrerem entre eles, é limitada a concorrência (potencial) que poderia ter existido entre os licenciados na ausência das restrições. Tais restrições incluem a fixação vertical de preços e restrições de vendas territoriais ou a clientes entre licenciados. No entanto, certas restrições podem, nalguns casos, não ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, quando a restrição é objetivamente necessária para a existência de um acordo desse tipo ou dessa natureza⁽¹³⁾. Essa exclusão do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, só pode efetuar-se com base em fatores objetivos externos às próprias partes e não com base nas opiniões subjetivas e características das partes. A questão não é saber se as partes, na sua situação específica, não teriam aceite concluir um acordo menos restritivo, mas sim determinar se, num contexto semelhante, dada a natureza do acordo e as características do mercado, não teria sido concluído um acordo menos restritivo entre empresas⁽¹⁴⁾. Não basta alegar que, na ausência da restrição, o fornecedor teria recorrido à integração vertical. A decisão de proceder ou não a uma integração vertical depende de um amplo leque de fatores económicos complexos, alguns deles específicos da empresa em causa.
13. O facto de o artigo 101.º, n.º 1, do Tratado fazer uma distinção entre os acordos que têm uma restrição da concorrência como objetivo e os acordos que têm uma restrição da concorrência como efeito deve ser tido em conta na aplicação do quadro analítico definido no ponto 12 das presentes Orientações. Um acordo ou restrição contratual só é proibido pelo artigo 101.º, n.º 1, se tiver por objetivo ou efeito restringir a concorrência intertecnologia e/ou a concorrência intratecnologia.
14. As restrições da concorrência por objetivo são as que, pela sua própria natureza, restringem a concorrência. Trata-se de restrições em relação às quais, tendo em conta os objetivos das regras da União em matéria de concorrência, é tão elevado o potencial para os efeitos negativos sobre a concorrência que não é necessário demonstrar o impacto no mercado para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 1⁽¹⁵⁾. Além disso, é pouco provável que, no caso das restrições por objetivo, estejam preenchidas as condições enunciadas no 101.º, n.º 3. Vários fatores permitem apreciar se um acordo tem ou não por objetivo uma restrição da concorrência. Estes fatores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objetivos. Pode igualmente ser necessário considerar o contexto em que é ou será aplicado, bem como a conduta e o comportamento efetivos das partes no mercado⁽¹⁶⁾. Por outras palavras, pode afigurar-se necessária uma análise dos factos subjacentes ao acordo e das circunstâncias específicas da sua aplicação antes de se poder concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição por objetivo da concorrência. A forma como um acordo é efetivamente aplicado pode revelar uma restrição por objetivo, ainda que o acordo formal não inclua qualquer disposição expressa nesse sentido. A existência de elementos de prova da intenção subjetiva das partes de restringir a concorrência constitui um fator relevante, mas não uma condição necessária. Pode considerar-se que um acordo tem um objeto restritivo da concorrência mesmo que não tenha por único objetivo restringir a concorrência, prosseguindo igualmente outros objetivos legítimos⁽¹⁷⁾. Quanto aos acordos de licenciamento, a Comissão considera que as restrições abrangidas pela lista de restrições graves (*hardcore*) da concorrência incluídas no artigo 4.º do RICTT constituem restrições pelo seu próprio objetivo⁽¹⁸⁾.
15. Se um acordo não for restritivo da concorrência em função do seu objetivo, é necessário analisar se tem efeitos restritivos na concorrência. Devem ser tidos em conta
- ⁽¹³⁾ Ver a este respeito, por exemplo, o Processo C-49/92 P, *Anic Participazioni*, Coletânea 1999, p. I-4125, n.º 99.
- ⁽¹⁴⁾ Ver Processos apensos 29/83 e 30/83, *CRAM e Rheinzink*, Coletânea 1984, p. 1679, n.º 26, e Processos apensos 96/82 e outros, *ANSEAU-NAVEWA*, Coletânea 1983, p. 3369, n.ºs 23-25. Processo T-491/07, *Groupement des Cartes Bancaires/Comissão*, acórdão de 29 de novembro de 2012, n.º 146.
- ⁽¹⁷⁾ Processo C-209/07, *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, Coletânea 2008, p. I-8637, n.º 21.
- ⁽¹⁸⁾ Orientações adicionais no que diz respeito à noção de restrição da concorrência por objetivo podem ser obtidas nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3. Ver também os Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, Coletânea 2009, p. I-9291, n.ºs 59 a 64; Processo C-209/07, *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, Coletânea 2008, p. I-8637, n.ºs 21 a 39. Processo C-8/08, *T-Mobile Netherlands e o.*, Coletânea 2009, p. I-4529, n.ºs 31 e 36 a 39, e Processo C-32/11, *Allianz Hungária biztosító e outros*, acórdão de 14 de março de 2013, n.ºs 33 a 38.
- ⁽¹³⁾ Ver a este respeito o acórdão proferido no processo *Société Technique Minière* citado na nota de rodapé 11 e o Processo 258/78, *Nungesser*, Coletânea 1982, p. 2015.
- ⁽¹⁴⁾ Ver, a título de exemplo, os pontos 126 a 127.

simultaneamente os efeitos reais e potenciais ⁽¹⁹⁾. Por outras palavras, deve afigurar-se que o acordo tem efeitos anticoncorrenciais. Para que os acordos de licenciamento tenham por efeito a restrição da concorrência, devem afetar a concorrência real ou potencial num grau tal que se possa esperar, com um grau de probabilidade razoável, que produzam efeitos negativos nos preços, na produção, na inovação ou na variedade e na qualidade dos bens e serviços no mercado relevante. Os prováveis efeitos negativos na concorrência devem ser sensíveis ⁽²⁰⁾. Um acordo pode ter efeitos anticoncorrenciais sensíveis quando pelo menos uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite às partes explorarem-no. O poder de mercado é a capacidade de manter preços acima dos níveis competitivos ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis competitivos durante um período de tempo não desprezável ⁽²¹⁾. O grau de poder de mercado normalmente exigido para concluir pela existência de uma infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir pela existência de uma posição dominante nos termos do artigo 102.º ⁽²²⁾.

16. Para analisar restrições da concorrência por efeito, é normalmente necessário definir o mercado relevante e examinar e apreciar, em especial, a natureza dos produtos e das tecnologias em causa, a posição das partes, dos concorrentes e dos compradores no mercado, a existência de concorrentes potenciais e o nível dos obstáculos à entrada. Contudo, nalguns casos pode ser possível demonstrar diretamente os efeitos anticoncorrenciais através da análise da conduta no mercado das partes num acordo. Pode, por exemplo, ser possível estabelecer que um acordo conduziu a um aumento dos preços.
17. No entanto, os acordos de licenciamento podem também ter um potencial pró-concorrencial significativo, sendo a grande maioria desses acordos, de facto, pró-concorrenciais. Os acordos de licenciamento podem promover a inovação permitindo aos inovadores obter um rendimento que cubra pelo menos parcialmente os seus custos de investigação e desenvolvimento. Os acordos de licenciamento conduzem igualmente à divulgação de tecnologias, que podem criar valor ao reduzir os custos de produção do licenciado ou ao permitir-lhe fabricar produtos novos

ou produtos melhorados. Os ganhos de eficiência obtidos a nível do licenciado provêm frequentemente de uma combinação da tecnologia do licenciante e dos ativos e das tecnologias do licenciado. Uma tal integração de ativos e tecnologias complementares pode conduzir a uma configuração custos/produção de outro modo impossível. Por exemplo, a combinação das tecnologias melhoradas pertencentes ao licenciante e dos ativos de produção e de distribuição mais eficientes pertencentes ao licenciado podem permitir a redução dos custos de produção ou conduzir ao fabrico de um produto de maior qualidade. O licenciamento pode igualmente servir o objetivo pró-concorrencial de suprimir obstáculos ao desenvolvimento e exploração da própria tecnologia do licenciado. Em especial em setores com um elevado número de patentes, o licenciamento destina-se frequentemente a permitir a liberdade de conceção, suprimindo o risco de alegações de infração por parte do licenciante. Quando o licenciante concorda em não invocar os seus direitos de propriedade intelectual para impedir a venda dos produtos do licenciado, o acordo suprime um obstáculo à venda do produto do licenciado, promovendo geralmente desta forma a concorrência.

18. Nos casos em que um acordo de licenciamento é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado os efeitos pró-concorrenciais do acordo devem ser ponderados face aos seus efeitos restritivos no contexto do artigo 101.º, n.º 3. Quando estiverem preenchidas todas as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, o acordo de licenciamento restritivo em questão é válido e aplicável, não podendo ser exigida para o efeito qualquer decisão prévia ⁽²³⁾. As restrições graves não satisfazem geralmente as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em geral, tais acordos não satisfazem (pelo menos) uma das duas primeiras condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em geral, não geram quaisquer vantagens económicas objetivas, nem benefícios para os consumidores. Além disso, os acordos deste tipo não satisfazem geralmente a terceira condição, relativa ao carácter indispensável das restrições. Por exemplo, se as partes fixam o preço a que devem ser vendidos os produtos fabricados sob licença, tal facto conduzirá, em princípio, a uma produção inferior e a uma afetação incorreta de recursos, bem como a preços mais elevados para os consumidores. A restrição a nível dos preços também não é indispensável para alcançar as eventuais eficiências resultantes de os dois concorrentes disporem de ambas as tecnologias.

2.3. Definição de mercado

19. A abordagem da Comissão em matéria de definição do mercado relevante é apresentada na sua Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência ⁽²⁴⁾. As presentes

⁽¹⁹⁾ Ver o acórdão proferido no processo *John Deere*, Coletânea 1998, citado na nota de rodapé 11.

⁽²⁰⁾ Encontram-se orientações sobre a questão do carácter sensível na Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO C 368 de 22.12.2001, p. 13). Esta comunicação estabelece uma definição pela negativa do carácter sensível. Os acordos que não se inscrevem no âmbito da comunicação *de minimis* não têm necessariamente efeitos restritivos sensíveis, sendo necessária uma apreciação individual.

⁽²¹⁾ Processo T-321/05, *Astra Zeneca/Comissão*, Coletânea 2010, p. II-2805, n.º 267.

⁽²²⁾ Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 26, citadas na nota de rodapé 3.

⁽²³⁾ Ver o artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1), com a última redação que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho, de 25 de setembro de 2006 (JO L 269 de 28.9.2006, p. 1).

⁽²⁴⁾ JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

Orientações abordam apenas os aspetos da definição de mercado com importância especial no domínio do licenciamento de direitos de tecnologia.

20. A tecnologia é um *input* integrado quer num produto quer num processo de produção. O licenciamento de direitos de tecnologia pode, por conseguinte, afetar a concorrência tanto a montante, no mercado dos *inputs*, como a jusante, no mercado da produção propriamente dita. Por exemplo, um acordo entre duas partes que vendem produtos concorrentes a jusante e que se concedem mutuamente licenças cruzadas de direitos de tecnologia relativas ao fabrico desses produtos a montante pode restringir a concorrência no mercado de bens ou serviços relevante a jusante. O licenciamento cruzado (*cross licensing*) pode igualmente restringir a concorrência no mercado a montante de tecnologias e eventualmente também noutros mercados de *inputs* a montante. Para apreciar os efeitos de acordos de licenciamento sobre a concorrência, pode, por conseguinte, revelar-se necessário definir os mercados do produto relevantes, bem como os mercados da tecnologia relevantes⁽²⁵⁾.
21. O mercado do produto relevante envolve produtos contratuais (que incorporam a tecnologia licenciada) e produtos considerados pelos compradores como permutáveis ou substituíveis em relação aos produtos contratuais, devido às características dos produtos, aos seus preços e à utilização pretendida. Os produtos contratuais podem fazer parte de um mercado do produto final e/ou de um mercado do produto intermédio.
22. O mercado da tecnologia relevante inclui os direitos da tecnologia licenciada e seus substitutos, ou seja, outras tecnologias que são consideradas pelos licenciados como permutáveis ou substituíveis em relação aos direitos de tecnologia licenciados, devido às características das tecnologias, às suas *royalties* e à utilização pretendida. Com base na tecnologia comercializada pelo licenciante, é necessário identificar as outras tecnologias que os licenciados poderão passar a utilizar em resposta a um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos, ou seja, às *royalties*. Uma outra abordagem consiste em considerar o mercado dos produtos que incorporam os direitos de tecnologia licenciada (ver ponto 25 *infra*).
23. O termo «mercado relevante» utilizado no artigo 3.º do RICTT e definido no artigo 1.º, n.º I, alínea m), refere-se ao mercado do produto relevante e ao mercado da tecnologia relevante, tanto no que diz respeito ao seu produto como à sua dimensão geográfica.
24. O «mercado geográfico relevante» é definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea l), do RICTT e inclui, a área em que as empresas em causa participam no abastecimento e na procura de produtos ou no licenciamento de tecnologia, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas devido ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas. O mercado geográfico dos mercados de tecnologia relevantes pode ser diferente do mercado geográfico dos mercados do produto relevantes.
25. Após a definição dos mercados relevantes, podem ser atribuídas quotas de mercado às várias fontes de concorrência que nele operam e utilizadas como indicador do poder relativo dos diferentes operadores. No caso dos mercados da tecnologia, uma forma de proceder consiste em calcular as quotas de mercado com base na parte que cada tecnologia detém nas receitas totais constituídas pelas *royalties*, que representa a parte que essa tecnologia detém no mercado em que as diferentes tecnologias concorrentes são licenciadas. Contudo, isto pode frequentemente ser uma mera forma teórica e não muito prática de proceder, devido à falta de informações claras sobre as *royalties*. Uma outra abordagem, que é a utilizada para calcular a zona de segurança, tal como explanado no artigo 8.º, alínea d), do RICTT, consiste em calcular as quotas de mercado no mercado da tecnologia com base nas vendas de produtos que incorporam a tecnologia licenciada nos mercados do produto a jusante (ver, para mais pormenores, o ponto 86 e seguintes). Em casos específicos não abrangidos pela zona de segurança definida pelo RICTT, pode revelar-se necessário, quando possível na prática, aplicar as duas abordagens referidas, a fim de apreciar o poder de mercado do licenciante com mais exatidão e ter em conta outros fatores disponíveis que possam fornecer uma indicação correta do poder relativo das tecnologias disponíveis (ver mais elementos nos pontos 157 e 159 e seguintes)⁽²⁶⁾.
26. Certos acordos de licenciamento podem afetar a concorrência em matéria de inovação. Contudo, quando a Comissão analisa estes efeitos, limita-se normalmente a examinar o impacto do acordo sobre a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes⁽²⁷⁾. A concorrência nesses mercados pode ser afetada por acordos que atrasam a introdução de produtos melhorados ou novos que, a prazo, substituirão os produtos existentes. Nesses casos, a inovação constitui uma fonte de concorrência potencial que deve ser tomada em consideração aquando da apreciação do impacto do acordo nos mercados do produto e da tecnologia. Todavia, num número limitado de casos, também pode ser útil e necessário analisar separadamente os efeitos sobre a concorrência em matéria de inovação. É nomeadamente o que acontece quando o acordo afeta a inovação destinada a criar novos produtos e quando é possível determinar muito cedo os

⁽²⁵⁾ Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão no processo COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto*, em que a Comissão procedeu à análise da fusão de dois produtores de girassol integrados verticalmente, examinando i) o mercado de trocas comerciais a montante (ou seja, o intercâmbio e o licenciamento) das variedades (linhas parentais e híbridos) e ii) o mercado a jusante da comercialização de híbridos. No processo COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, a Comissão definiu, além de um mercado para a produção de melamina de elevada qualidade, também um mercado de tecnologia a montante para o fornecimento de tecnologias de produção de melamina. Ver também processo COMP/M.269 — *Shell/Montecatini*.

⁽²⁶⁾ Ver também Decisão da Comissão no processo COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto* e Decisão COMP/M.5406 *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

⁽²⁷⁾ Ver igualmente os pontos 119 a 122 das Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal («Orientações horizontais»), JO C 11 de 14.1.2011, p. 1.

polos de investigação e desenvolvimento ⁽²⁸⁾. É então possível determinar se, após o acordo, se manterá um número suficiente de polos de investigação e desenvolvimento competitivos para manter uma concorrência efetiva em matéria de inovação.

2.4. Distinção entre concorrentes e não concorrentes

27. Em geral, os acordos entre concorrentes envolvem mais riscos para a concorrência do que os acordos entre não concorrentes. Contudo, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia (concorrência intratecnologia entre licenciados) constitui um complemento importante para a concorrência entre as empresas que utilizam tecnologias concorrentes (concorrência intertecnologia). A concorrência intratecnologia pode, por exemplo, dar origem a preços mais reduzidos dos produtos que englobam a tecnologia em causa, o que pode não só acarretar vantagens diretas e imediatas para os consumidores desses produtos, como também promover a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes. No contexto do licenciamento, o facto de os licenciados venderem o seu próprio produto deve igualmente ser tido em conta. Não estão a revender um produto fornecido por outra empresa. Por conseguinte, poderá haver uma maior margem para a diferenciação dos produtos e a concorrência entre os licenciados com base na qualidade do que no caso de acordos verticais para a revenda de produtos.
28. A fim de determinar a relação de concorrência entre as partes, é necessário examinar se estas teriam sido concorrentes reais ou potenciais no caso de o acordo não ter existido. Se, sem o acordo, as partes não tivessem sido concorrentes reais ou potenciais em nenhum dos mercados relevantes afetados pelo acordo, considera-se que não são concorrentes.
29. Em princípio, as partes num acordo não são consideradas concorrentes se se encontrarem numa posição de bloqueio unidirecional ou bidirecional. Existe uma posição de bloqueio unidirecional sempre que um direito de tecnologia não puder ser explorado sem infringir outro direito de tecnologia válido ou sempre que uma parte não puder ser ativa, de uma forma comercialmente viável, no mercado relevante sem infringir o direito de tecnologia válido da outra parte. Tal é, por exemplo, o caso quando um direito de tecnologia cobrir um melhoramento de outro direito de tecnologia e o melhoramento não puder ser legalmente utilizado sem uma licença do direito de tecnologia de base. Existe uma posição de bloqueio bidirecional sempre que nenhum dos dois direitos de tecnologia puder ser explorado sem infringir o outro direito de tecnologia válido, ou sempre que nenhuma das partes puder ser ativa, de uma forma comercialmente viável, no mercado relevante sem infringir o direito de tecnologia válido da outra parte e sempre que as partes precisarem, assim, de obter uma licença ou uma dispensa uma da outra ⁽²⁹⁾. No

entanto, na prática, há casos em que não existe certeza quanto ao facto de um determinado direito de tecnologia ser válido e infringido.

30. As partes são concorrentes reais no mercado do produto se, antes do acordo, ambas já forem ativas no mesmo mercado do produto relevante. O facto de ambas as partes já serem ativas no mesmo mercado do produto relevante, sem terem entrado num acordo de licenciamento, é um forte indicador de que as partes não se bloqueiam mutuamente. Num tal cenário, as partes podem ser consideradas concorrentes reais, a não ser, e até que, se prove a existência de uma posição de bloqueio (nomeadamente através de uma sentença transitada em julgado).
31. O licenciado pode ser considerado um concorrente potencial no mercado do produto se, na ausência do acordo, tivesse provavelmente realizado os investimentos suplementares necessários para entrar no mercado relevante em reação a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços dos produtos. A probabilidade de entrada deve ser apreciada em termos realistas, ou seja, com base nos factos do caso em apreço. A entrada é mais provável se o licenciado possuir ativos que possam ser facilmente utilizados para entrar no mercado sem incorrer em custos irrecuperáveis significativos ou se já tiver desenvolvido planos, ou, de outro modo, começado a investir para entrar no mercado. Tem de haver verdadeiras possibilidades concretas de o licenciado entrar no mercado relevante e concorrer com as empresas estabelecidas ⁽³⁰⁾. Sendo assim, o licenciado não pode ser descrito como um concorrente potencial se a sua entrada num mercado não for uma estratégia economicamente viável ⁽³¹⁾.
32. No contexto específico dos direitos de propriedade intelectual, um fator adicional para apreciar se as partes são concorrentes potenciais num determinado mercado é a possibilidade de os seus direitos de propriedade intelectual se encontrarem numa posição de bloqueio, ou seja, de o licenciado não poder entrar no mercado respetivo sem infringir os direitos de propriedade intelectual da outra parte.
33. Na ausência de certeza, por exemplo, sob a forma de uma decisão judicial definitiva de que existe uma posição de bloqueio, as partes, ao examinar se são concorrentes potenciais, terão de basear-se em todos os elementos de prova disponíveis na altura, nomeadamente a possibilidade de os direitos de propriedade intelectual serem infringidos e a questão de saber se existem possibilidades reais de contornar os direitos de propriedade intelectual existentes. Investimentos significativos já efetuados ou planos avançados para entrar num determinado mercado podem apoiar o ponto de vista de que as partes são, pelo menos, concorrentes potenciais, mesmo que não possa ser excluída uma posição de bloqueio. Podem ser necessários elementos de prova especialmente convincentes da existência de uma posição de bloqueio, quando as

⁽²⁸⁾ Ver também o ponto 157.

⁽²⁹⁾ Num cenário em que as empresas assumiram um compromisso geral de licenciar certos direitos de propriedade intelectual, por exemplo, uma licença de direito ou um compromisso FRAND, as partes não podem ser consideradas como estando numa posição de bloqueio, com base nestes direitos de propriedade intelectual.

⁽³⁰⁾ Processos apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e outros/Comissão*, Coletânea 1998, p. II-3141, n.º 137.

⁽³¹⁾ Processo T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service/Comissão Europeia*, Coletânea 2011, p. II-1729, n.º 167.

partes tiverem um interesse comum em alegar a existência de uma posição de bloqueio, a fim de serem consideradas não concorrentes, por exemplo, quando a alegada posição de bloqueio disser respeito a tecnologias que são tecnologias substituíveis (ver ponto 22) ou se houver um significativo incentivo financeiro do licenciante em relação ao licenciado.

34. Para constituir uma pressão competitiva realista, a entrada deve poder ocorrer num curto lapso de tempo⁽³²⁾. Normalmente, afigura-se apropriado um período de um ou dois anos. Contudo, em casos específicos, podem ser tomados em consideração prazos mais longos. O prazo necessário às empresas já presentes no mercado para ajustarem as suas capacidades pode ser utilizado como referência para determinar este período. As partes podem, por exemplo, ser consideradas concorrentes potenciais no mercado do produto quando o licenciado produz com base na sua própria tecnologia num mercado geográfico e começa a produzir num outro mercado geográfico com base numa tecnologia licenciada concorrente. Nessas circunstâncias, é provável que o licenciado tivesse podido entrar no segundo mercado geográfico com base na sua própria tecnologia, a menos que tal entrada seja impedida por fatores objetivos, nomeadamente a existência de direitos de propriedade intelectual de bloqueio.
35. As partes são concorrentes reais no mercado da tecnologia se ambas já estiverem a licenciar direitos de tecnologia substituíveis ou se o licenciado já estiver a licenciar os seus direitos de tecnologia e o licenciante entrar no mercado da tecnologia através da concessão ao licenciado de uma licença para direitos de tecnologia concorrentes.
36. Considera-se que as partes são concorrentes potenciais no mercado da tecnologia se possuírem tecnologias substituíveis próprias e se o licenciado não licenciar a sua própria tecnologia, desde que seja suscetível de o fazer no caso de um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços da tecnologia em causa. No caso dos mercados da tecnologia, é geralmente mais difícil apreciar se as partes são concorrentes potenciais. É por esta razão que, para efeitos de aplicação do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tida em conta (ver ponto 83) e as partes são tratadas como não concorrentes.
37. Em certos casos, pode igualmente ser possível concluir que, embora o licenciante e o licenciado fabriquem produtos concorrentes, não são concorrentes no mercado do produto e no mercado da tecnologia relevantes, uma vez que a tecnologia licenciada constitui uma inovação de tal

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

38. Em alguns casos, as partes podem tornar-se concorrentes posteriormente à celebração do acordo devido ao facto de o licenciado desenvolver ou adquirir e começar a explorar uma tecnologia concorrente. Nesses casos, deve ser tido em conta o facto de as partes não serem concorrentes no momento da celebração do acordo e de o acordo ter sido celebrado nesse contexto. Por conseguinte, a Comissão centrar-se-á principalmente no impacto do acordo sobre a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia (concorrente). Em especial, a lista de restrições graves aplicável a acordos entre concorrentes não será aplicada a esses acordos, a menos que o acordo seja posteriormente alterado em qualquer aspeto material, depois de as partes se terem tornado concorrentes (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT).
39. As empresas parte num acordo podem igualmente tornar-se concorrentes após a celebração do mesmo nos casos em que o licenciado já desenvolvia atividades no mercado relevante em que o produto contratual é vendido antes da licença e em que o licenciante entra posteriormente no mercado relevante, quer com base nos direitos de tecnologia licenciados quer com base numa nova tecnologia. Neste caso, a lista de restrições graves relevantes para acordos entre não concorrentes também continuará a ser aplicada ao acordo, a não ser que este seja posteriormente alterado em qualquer aspeto substancial (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT). Uma alteração substancial inclui a celebração de um novo acordo de transferência de tecnologia entre as partes no que respeita aos direitos de tecnologia concorrentes que possam ser utilizados para o fabrico de produtos concorrentes dos produtos contratuais.

⁽³²⁾ Processo T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service/Comissão Europeia*, Coletânea 2011, p. II-1729, n.º 189.

3. APLICAÇÃO DO RICTT

3.1. Efeitos do RICTT

40. As categorias de acordos de transferência de tecnologia que satisfaçam as condições enunciadas no RICTT estão isentas da proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Os acordos que beneficiam da isenção por categoria são legalmente válidos e aplicáveis. Tais acordos só podem ser proibidos no futuro e apenas mediante a retirada da isenção por categoria pela Comissão e pelas autoridades da concorrência dos Estados-Membros. Os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não podem ser proibidos a título do artigo 101.º por tribunais nacionais no âmbito de litígios entre particulares.
41. A isenção por categoria de acordos de transferência de tecnologia baseia-se no pressuposto de que tais acordos — na medida em que sejam abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado — satisfazem as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Presume-se, por conseguinte, que esses acordos permitem realizar ganhos de eficiência, que as restrições que incluem são indispensáveis para a obtenção desses ganhos de eficiência, que os consumidores nos mercados afetados receberão uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e que os acordos não conferirão às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa. Os limiares de quota de mercado (artigo 3.º), a lista das restrições graves (artigo 4.º), bem como as restrições excluídas (artigo 5.º) estabelecidos no RICTT têm por objetivo garantir que apenas os acordos restritivos relativamente aos quais se pode razoavelmente presumir que satisfazem as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, beneficiam da isenção por categoria.
42. Tal como estabelecido na secção 4 das presentes Orientações, muitos acordos de licenciamento não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, quer porque não restringem a concorrência, quer porque a restrição da concorrência não é sensível⁽³³⁾. Na medida em que tais acordos seriam de qualquer forma abrangidos pelo âmbito do RICTT, não há necessidade de determinar se são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1⁽³⁴⁾.
43. Fora do âmbito da isenção por categoria, é importante analisar se, no caso individual, o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e, em caso afirmativo, se são satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Não se parte do princípio de que os acordos de transferência de tecnologia fora do âmbito da isenção por categoria são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, ou não satisfazem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em especial, o simples facto de as quotas de mercado das partes ultrapassarem os limiares de quota de mercado estabelecidos no artigo 3.º do RICTT não constitui uma

base suficiente para concluir que o acordo é abrangido pelo âmbito do artigo 101.º, n.º 1. É necessária uma apreciação individual dos efeitos prováveis do acordo. Só quando os acordos incluem restrições graves da concorrência é que se pode normalmente presumir que são proibidos pelo artigo 101.º

3.2. Âmbito e duração do RICTT

3.2.1. O conceito de acordos de transferência de tecnologia

44. O RICTT e as presentes Orientações abrangem os acordos de transferência de tecnologia. Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do RICTT, o conceito de «direitos de tecnologia» abrange o saber-fazer, bem como as patentes, os modelos de utilidade, os direitos sobre desenhos e modelos, as topografias de produtos semicondutores, os certificados de proteção suplementar para medicamentos ou outros produtos relativamente aos quais tais certificados de proteção suplementar podem ser obtidos, os certificados de obtentor vegetal e os direitos de autor relativos a programas informáticos ou uma combinação dos mesmos, bem como os pedidos desses direitos e do seu registo. Os direitos de tecnologia licenciados devem permitir ao licenciado fabricar os produtos contratuais, com ou sem outro *input*. O RICTT aplica-se apenas nos Estados-Membros em que o licenciante é titular de direitos de tecnologia relevantes. De outro modo, não existem direitos de tecnologia a transferir na aceção do RICTT.
45. O saber-fazer é definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea i), do RICTT como um conjunto de informações práticas, decorrentes da experiência e de ensaios, que são secretas, substanciais e identificadas:
- a) «Secretas» significa que o saber-fazer geralmente não é conhecido nem de fácil acesso.
- b) «Substanciais» significa que o saber-fazer inclui informações importantes e úteis para o fabrico dos produtos abrangidos pelo acordo de licenciamento ou para a aplicação do processo abrangido por esse acordo. Por outras palavras, a informação deve contribuir de forma significativa para facilitar o fabrico dos produtos contratuais. Em casos em que o saber-fazer licenciado diz respeito a um produto e não a um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil para o fabrico do produto contratual. Esta condição não é satisfeita quando o produto contratual pode ser fabricado com base em tecnologias livremente disponíveis. Contudo, a condição não exige que o produto contratual tenha um valor superior aos produtos fabricados com tecnologias livremente disponíveis. No caso de tecnologias que incidem sobre um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil, na medida em que, no momento da celebração do acordo, se pode razoavelmente esperar que seja capaz de melhorar significativamente a posição concorrencial do licenciado, por exemplo, ao reduzir os seus custos de produção.

⁽³³⁾ Ver a este respeito a Comunicação relativa aos acordos de pequena importância citada na nota de rodapé 20.

⁽³⁴⁾ Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, os acordos suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, mas que não são proibidos pelo artigo 101.º, também não podem ser proibidos pela legislação nacional em matéria de concorrência.

- c) «Identificadas» significa que é possível verificar que o saber-fazer licenciado preenche os critérios de carácter secreto e substancial. Esta condição é preenchida quando o saber-fazer licenciado é descrito em manuais ou noutros suportes escritos. Todavia, em alguns casos tal pode não ser razoavelmente possível. O saber-fazer licenciado pode consistir em conhecimentos práticos de que os trabalhadores do licenciante dispõem. Por exemplo, os trabalhadores do licenciante podem dispor de conhecimentos secretos e substanciais sobre um determinado processo de fabrico, que são transmitidos ao licenciado através de formação dos seus trabalhadores. Nesses casos, basta descrever no acordo a natureza geral do saber-fazer e enumerar os trabalhadores que estarão ou estiveram implicados na sua transmissão ao licenciado.
46. As disposições previstas em acordos de transferência de tecnologia relativas à compra de produtos pelo licenciado só são abrangidos pelo RICTT se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou venda dos produtos contratuais. Por conseguinte, o RICTT não é aplicável às partes de um acordo de transferência de tecnologia que digam respeito a um *input* e/ou equipamentos utilizados para outros fins que não o fabrico dos produtos contratuais. Por exemplo, quando o leite for vendido juntamente com o licenciamento da tecnologia para fabricar queijo, só o leite utilizado no fabrico de queijo com a tecnologia licenciada é abrangido pelo RICTT.
47. As disposições previstas em acordos de transferência de tecnologia relativas ao licenciamento de outros tipos de propriedade intelectual, tais como marcas e direitos de autor, que não direitos de autor relativos a programas informáticos (no que respeita aos direitos de autor relativos a programas informáticos, ver pontos 44 e 62), só são abrangidos pelo RICTT se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou venda dos produtos contratuais. Esta condição garante que as disposições que abrangem outros tipos de direitos de propriedade intelectual beneficiam da isenção por categoria se esses outros direitos de propriedade intelectual permitirem ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada. Por exemplo, se o licenciante autorizar um licenciado a utilizar a sua marca nos produtos que incorporam a tecnologia licenciada, essa licença de marca pode permitir ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada, uma vez que os consumidores farão diretamente a associação entre o produto e as características que lhe são conferidas pelos direitos de tecnologia licenciados. A obrigação de o licenciado utilizar a marca do licenciante pode igualmente promover a divulgação da tecnologia, permitindo ao licenciante identificar-se como sendo a fonte da tecnologia subjacente. O RICTT abrange os acordos de transferência de tecnologia neste cenário, mesmo quando o interesse principal das partes residir na exploração da marca e não da tecnologia ⁽³⁵⁾.
48. O RICTT não abrange o licenciamento de direitos de autor, à exceção dos direitos de autor relativos a programas informáticos (exceto para a situação descrita no ponto 47). A Comissão irá, no entanto, aplicar, como regra geral, os princípios definidos no RICTT e nas presentes Orientações ao apreciar o licenciamento de direitos de autor relativos ao fabrico de produtos contratuais ao abrigo do artigo 101.º do Tratado.
49. Considera-se, por outro lado, que o licenciamento de direitos de execução pública e direitos de locação protegidos por direitos de autor, como para os filmes ou música, coloca problemas específicos, podendo não ser oportuno apreciar este tipo de licenciamento com base nos princípios enunciados nas presentes Orientações. Para efeitos da aplicação do artigo 101.º, é necessário ter em conta a especificidade da obra e a forma como é explorada ⁽³⁶⁾. A Comissão não aplicará, por conseguinte, o RICTT nem as presentes Orientações por analogia ao licenciamento desses outros direitos.
50. A Comissão não alargará também os princípios enunciados no RICTT e nas presentes Orientações ao licenciamento de marcas (exceto no que respeita à situação referida no ponto 47). O licenciamento de marcas ocorre frequentemente no contexto da distribuição e revenda de bens e serviços e assemelha-se geralmente mais aos acordos de distribuição do que aos acordos de licenciamento de tecnologia. Quando uma licença de marca está diretamente associada à utilização, venda ou revenda de bens e serviços e não constitui o objeto principal do acordo, o acordo de licenciamento é abrangido pelo Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão ⁽³⁷⁾.

3.2.2. O conceito de «transferência»

51. O conceito de «transferência» implica que a tecnologia deve passar de uma empresa para outra. Tais transferências assumem normalmente a forma de um licenciamento em que o licenciante concede ao licenciado o direito de utilizar os seus direitos de tecnologia mediante o pagamento de *royalties*.
52. Tal como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT, as cessões em que parte do risco associado à exploração dos direitos de tecnologia permanece com o cedente são também consideradas como acordos de transferência de tecnologia. Em especial, tal é o caso quando a soma a pagar tendo em conta a cessão depende do volume de negócios obtido pelo cessionário no que respeita aos produtos fabricados com a tecnologia cedida, da quantidade fabricada desses produtos ou do número de operações realizadas com a tecnologia em causa.

⁽³⁵⁾ O RICTT poderia abranger agora o acordo de transferência de tecnologia apreciado na Decisão da Comissão no Processo *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 de 20.4.1990, p. 32), ver em especial o ponto 16 da decisão.

⁽³⁶⁾ Ver a este respeito o Processo 262/81, *Coditel (II)*, Coletânea 1982, p. 3381.

⁽³⁷⁾ JO L 102 de 23.4.2010, p. 1.

53. Um acordo em que o licenciante se compromete a não exercer os seus direitos de tecnologia contra o licenciado pode também ser encarado como uma transferência de direitos de tecnologia. Na realidade, a essência de uma licença de patente pura é o direito de operar dentro do âmbito do direito exclusivo da patente. Daí resulta que o RICTT também abrange os denominados acordos de não reivindicação e de resolução de litígios, através dos quais o licenciante autoriza o licenciado a produzir no âmbito da patente ⁽³⁸⁾.

3.2.3. Acordos entre duas partes

54. Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT, o regulamento abrange apenas os acordos de transferência de tecnologia «entre duas empresas». Os acordos de transferência de tecnologia concluídos entre mais de duas empresas não são abrangidos pelo RICTT ⁽³⁹⁾. O fator decisivo para distinguir os acordos entre duas empresas e os acordos multilaterais reside no facto de o acordo em questão ter sido concluído por mais de duas empresas.

55. Os acordos concluídos entre duas empresas são abrangidos pelo âmbito do RICTT, mesmo que o acordo inclua disposições aplicáveis a vários níveis da cadeia comercial. Assim, o RICTT é aplicável a um acordo de licenciamento respeitante não apenas à fase de produção mas também de distribuição que especifique as obrigações que o licenciado deve ou pode impor aos revendedores dos produtos fabricados ao abrigo da licença ⁽⁴⁰⁾.

56. Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que licenciam a partir de agrupamentos de tecnologias são geralmente acordos multilaterais, pelo que não são abrangidos pelo RICTT ⁽⁴¹⁾. A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais partes acordam em reunir as suas tecnologias e licenciá-las num pacote. A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em conceder licenças a terceiros e autorizá-los a concederem eles próprios licenças relativamente ao pacote tecnológico.

57. Os acordos de licenciamento concluídos entre mais de duas empresas suscitam frequentemente as mesmas questões que os acordos de licenciamento da mesma natureza

concluídos entre duas empresas. Na sua apreciação individual de acordos de licenciamento que são da mesma natureza que os abrangidos pela isenção por categoria, mas que são concluídos entre mais de duas empresas, a Comissão aplicará por analogia os princípios estabelecidos no RICTT. No entanto, os agrupamentos de tecnologias e o licenciamento a partir de agrupamentos de tecnologias são tratados especificamente na secção 4.4.

3.2.4. Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais

58. O artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT estabelece que, para que os acordos de licenciamento sejam abrangidos pelo mesmo, devem ser celebrados com vista ao «fabrico de produtos contratuais», ou seja, produtos que incorporam ou que são fabricados com os direitos da tecnologia licenciada. A licença deve autorizar o licenciado e/ou os seus subcontratantes a explorar a tecnologia licenciada para o fabrico de bens ou serviços (ver também considerando 7 no preâmbulo do RICTT).

59. Sempre que o objetivo do acordo não for o fabrico de produtos contratuais, mas, por exemplo, apenas bloquear o desenvolvimento de uma tecnologia concorrente, o acordo de licenciamento não é abrangido pelo RICTT e as presentes Orientações podem também não ser adequadas para a apreciação do acordo. Mais genericamente, se as partes não explorarem os direitos da tecnologia licenciada, não se verifica qualquer atividade de promoção da eficiência, pelo que não há qualquer razão para a isenção por categoria. Contudo, a exploração não necessita de assumir a forma de uma integração de ativos. Também se verifica exploração quando a licença cria liberdade de conceção para o licenciado, permitindo-lhe explorar a sua própria tecnologia sem se ver confrontado com o risco de alegações de infração por parte do licenciante. No caso de um licenciamento entre concorrentes, o facto de as partes não explorarem a tecnologia licenciada pode indicar que o acordo constitui um cartel disfarçado. Por estas razões, a Comissão examinará muito cuidadosamente os casos de não exploração.

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

⁽³⁸⁾ Os termos «licenciamento» e «licenciado» utilizados nas presentes Orientações incluem também os acordos de não reivindicação e de resolução de litígios, desde que a transferência dos direitos de tecnologia se verifique como descrito na presente secção. Ver ainda relativamente aos acordos de resolução de litígios os pontos 234 e seguintes.

⁽³⁹⁾ Nos termos do Regulamento (CEE) n.º 19/65 do Conselho, de 2 de março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas, (JO Edição especial portuguesa: Capítulo 08, Fascículo 1, p. 85), a Comissão não dispõe de poderes para isentar por categoria os acordos de transferência de tecnologia concluídos entre mais de duas empresas.

⁽⁴⁰⁾ Ver considerando 6 do RICTT e ainda a secção 3.2.6.

⁽⁴¹⁾ Para mais pormenores, ver ponto 247.

61. A expressão «produtos contratuais» inclui os bens e serviços fabricados com os direitos de tecnologia licenciada. É o que sucede tanto nos casos em que a tecnologia licenciada é utilizada no processo de fabrico como nos casos em que é integrada no próprio produto. Nas presentes Orientações, a expressão «produtos que incorporam a tecnologia licenciada» abrange os dois casos. O RICTT é aplicável a todos os casos em que os direitos da tecnologia são licenciados com o objetivo de produzir bens e serviços. O quadro do RICTT e as presentes Orientações baseiam-se na premissa de que existe uma relação direta entre os direitos da tecnologia licenciada e um produto contratual. Nos casos em que não existe essa relação, ou seja, quando o objeto do acordo não é permitir o fabrico de um produto contratual, o quadro analítico do RICTT e as presentes Orientações podem não ser apropriados.
62. O licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos para efeitos da mera reprodução e distribuição de obras protegidas, ou seja, a produção de cópias destinadas a serem revendidas, não é considerado «produção» na aceção do RICTT e, por conseguinte, não é abrangida pelo RICTT nem pelas presentes Orientações. Tal reprodução para distribuição é, pelo contrário, coberta por analogia pelo Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão⁽⁴²⁾ e pelas Orientações relativas às restrições verticais⁽⁴³⁾. Existe reprodução para distribuição quando é concedida uma licença para reproduzir o programa informático num suporte, independentemente dos meios técnicos através dos quais é feita essa distribuição. Por exemplo, nem o RICTT nem as presentes Orientações abrangem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos quando seja entregue ao licenciado uma cópia matriz do programa informático para reprodução e venda do programa informático a utilizadores finais. Também não abrangem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos e a distribuição de programas informáticos através de licenças «shrink wrap», ou seja, um conjunto de condições incluídas na embalagem exterior da cópia física que se presume que o utilizador final aceita aquando da abertura da embalagem, ou o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos e a distribuição de programas informáticos através de descarregamento em linha.
63. No entanto, quando o programa informático licenciado for incorporado pelo licenciado no produto contratual, tal não é considerado como mera reprodução, mas sim como produção. Por exemplo, o RICTT e as presentes Orientações abrangem o licenciamento dos direitos de autor relativos a programas informáticos se o licenciado tiver o direito de reproduzir o programa informático incorporando-o num dispositivo com o qual o programa informático interaja.
64. O RICTT abrange a «subcontratação», através da qual o licenciante licencia os direitos da tecnologia ao licenciado, que se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o licenciante com base nessa tecnologia. A subcontratação pode igualmente incluir o fornecimento, por parte do licenciante, de equipamentos a utilizar para a produção dos bens e serviços abrangidos pelo acordo. Para que este último tipo de subcontratação seja abrangido pelo RICTT, como parte de um acordo de transferência de tecnologia, o equipamento fornecido deve estar diretamente relacionado com o fabrico dos produtos contratuais. A subcontratação é igualmente abrangida pela Comunicação da Comissão relativa aos contratos de fornecimento⁽⁴⁴⁾. Em conformidade com a referida comunicação, que continua a ser aplicável, os acordos de subcontratação, por força dos quais o subcontratante se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o contratante, não são em geral abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Os acordos de subcontratação através dos quais o contratante determina o preço de transferência do produto contratual intermédio entre subcontratantes numa cadeia de valor de subcontratação, regra geral, também não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, desde que os produtos contratuais sejam produzidos exclusivamente para o contratante. Contudo, outras restrições impostas ao subcontratante, como a obrigação de não realizar ou explorar a sua própria investigação e o seu próprio desenvolvimento, podem ser abrangidas pelo artigo 101.º⁽⁴⁵⁾.
65. O RICTT é igualmente aplicável a acordos através dos quais o licenciado deve realizar trabalhos de desenvolvimento antes de obter um produto ou um processo pronto para exploração comercial, desde que tenha sido identificado um produto contratual. Mesmo que sejam necessários esses trabalhos e investimento suplementares, o objeto do acordo consiste no fabrico de um produto contratual identificado, ou seja, produtos que são fabricados com os direitos de tecnologia licenciados.
66. O RICTT e as presentes Orientações não abrangem acordos em que os direitos de tecnologia são licenciados para permitir ao licenciado continuar a realizar investigação e desenvolvimento em vários domínios, nomeadamente continuar o desenvolvimento de um produto resultante dessa investigação e desenvolvimento⁽⁴⁶⁾. Por exemplo, o RICTT e as Orientações não abrangem o licenciamento de um instrumento de investigação tecnológica utilizado na realização de atividades de investigação suplementares. Também não abrangem a subcontratação de investigação e desenvolvimento, através da qual o licenciado se compromete a realizar trabalhos de investigação e desenvolvimento no domínio abrangido pela tecnologia licenciada e

⁽⁴²⁾ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102 de 23.4.2010, p. 1.

⁽⁴³⁾ JO C 130 de 19.5.2010, p. 1.

⁽⁴⁴⁾ Comunicação da Comissão, de 18 de dezembro de 1978, relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, JO C 1 de 3.1.1979, p. 2.

⁽⁴⁵⁾ Ver ponto 3 da Comunicação da Comissão relativa aos contratos de fornecimento citada na nota de rodapé 44.

⁽⁴⁶⁾ Ver também a secção 3.2.6.1.

a devolver o pacote tecnológico melhorado ao licenciante⁽⁴⁷⁾. O principal objeto de tais acordos é o fornecimento de serviços de investigação e desenvolvimento destinados a melhorar a tecnologia, por oposição à produção de bens e serviços com base na tecnologia licenciada.

3.2.5. Duração

67. Sob reserva do período de vigência do RICCTT, que expira em 30 de abril de 2026, a isenção por categoria será aplicável enquanto o direito de propriedade licenciado não tiver chegado ao seu termo, cessado ou sido declarado nulo. No caso do saber-fazer, a isenção por categoria aplica-se enquanto ele permanecer secreto, salvo se for divulgado publicamente em resultado de uma ação do licenciado, caso em que a isenção é aplicável durante o período de vigência do acordo (ver artigo 2.º do RICCTT).
68. A isenção por categoria é aplicável a cada direito de tecnologia licenciado abrangido pelo acordo e deixa de ser aplicável na data de cessação, nulidade ou entrada no domínio público do último direito da tecnologia na aceção do RICCTT.

3.2.6. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria

69. O RICCTT abrange os acordos entre duas empresas relativos ao licenciamento dos direitos de tecnologia tendo em vista o fabrico de produtos contratuais. Contudo, os direitos de tecnologia podem constituir igualmente um elemento de outros tipos de acordos. Além disso, os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são seguidamente vendidos no mercado. Assim, é necessário examinar as relações entre o RICCTT e o Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão⁽⁴⁸⁾ relativo a acordos de especialização, o Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão⁽⁴⁹⁾ relativo a acordos no domínio da investigação e desenvolvimento e o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão⁽⁵⁰⁾ relativo a acordos verticais.

3.2.6.a. Regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e acordos de investigação e desenvolvimento

70. O RICCTT não é aplicável ao licenciamento no contexto dos acordos de especialização abrangidos pelo Regulamento (União Europeia) n.º 1218/2010 nem ao licenciamento no contexto de acordos de investigação e de desenvolvimento abrangidos pelo Regulamento (UE) n.º 1217/2010 (ver considerando 7 e artigo 9.º do RICCTT).

⁽⁴⁷⁾ No entanto, este último exemplo é abrangido pelo Regulamento (UE) n.º 1217/2010 citado na nota de rodapé 49; ver igualmente a secção 3.2.6.1 *infra*.

⁽⁴⁸⁾ Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização, JO L 335 de 18.12.2010, p. 43.

⁽⁴⁹⁾ Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, JO L 335 de 18.12.2010, p. 36.

⁽⁵⁰⁾ Citado na nota de rodapé 42.

71. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do Regulamento (UE) n.º 1218/2010 relativo aos acordos de especialização, esse regulamento abrange, nomeadamente, os acordos de produção conjunta ao abrigo dos quais duas ou mais partes acordam em fabricar determinados produtos conjuntamente. O regulamento é igualmente aplicável às disposições relativas à cessão ou à utilização de direitos de propriedade intelectual, desde que estes não constituam o objeto principal do acordo, mas estejam diretamente associados e sejam necessários à sua aplicação.
72. Quando empresas criam uma empresa comum de produção e concedem a esta empresa uma licença para a exploração de uma tecnologia utilizada na produção dos produtos fabricados pela empresa comum, este tipo de licenciamento é abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento (UE) n.º 1218/2010 relativo a acordos de especialização e não pelo do RICCTT. Por esta razão, o licenciamento no âmbito de uma empresa comum de produção é normalmente analisado ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 1218/2010. Contudo, quando a empresa comum procede ao licenciamento da tecnologia a terceiros, a atividade não está associada ao fabrico de produtos pela empresa comum, não sendo por conseguinte abrangida por este regulamento. Tais acordos de licenciamento que permitem reunir as tecnologias das partes constituem agrupamentos de tecnologias e são abordados na secção 4.4 das presentes Orientações.
73. O Regulamento (UE) n.º 1217/2010 relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento abrange os acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em desenvolver em comum atividades de investigação e desenvolvimento e em explorar em comum os respetivos resultados. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea m), desse regulamento, a investigação e o desenvolvimento ou a exploração dos resultados são efetuados em comum, quando as tarefas a eles relativas são executadas por uma equipa, uma organização ou uma empresa comuns, confiadas em comum a um terceiro ou repartidas entre as partes em função de uma especialização na investigação, desenvolvimento, produção ou distribuição, incluindo o licenciamento. O regulamento em apreço também abrange acordos de investigação e desenvolvimento contra remuneração, através dos quais duas ou mais empresas estabelecem que a investigação e o desenvolvimento foram efetuados por uma parte e financiadas por uma outra parte, com ou sem exploração em conjunto dos respetivos resultados [ver artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea vi), do Regulamento (UE) n.º 1217/2010].
74. Daqui resulta que o Regulamento (UE) n.º 1217/2010 relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento abrange a concessão de licenças entre as partes e pelas partes a uma entidade comum no âmbito de um acordo de investigação e desenvolvimento. Este tipo de licenciamento está sujeito apenas ao Regulamento (UE) n.º 1217/2010 e não ao RICCTT. No âmbito de tais acordos, as partes podem igualmente determinar as condições para o licenciamento a terceiros dos resultados dos acordos de investigação e desenvolvimento. Contudo, como os terceiros licenciados não são parte no acordo de investigação e desenvolvimento, o acordo de licenciamento individual celebrado com terceiros não é abrangido pelo

Regulamento (UE) n.º 1217/2010. Esse acordo de licenciamento é abrangido pela isenção por categoria no RICTT se as condições do mesmo forem preenchidas.

3.2.6.b. Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais

75. O Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão relativo aos acordos verticais abrange os acordos celebrados entre duas ou mais empresas, cada uma das quais opera, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que dizem respeito às condições em que as partes podem comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços. Abrange, por conseguinte, os acordos de fornecimento e distribuição ⁽⁵¹⁾.
76. Uma vez que o RICTT só abrange os acordos celebrados entre duas partes e sendo o licenciado, que vende produtos que incluam a tecnologia licenciada, um fornecedor para efeitos da aplicação do Regulamento (UE) n.º 330/2010, esses dois regulamentos de isenção por categoria estão estreitamente associados. Os acordos celebrados entre um licenciante e um licenciado estão sujeitos ao RICTT, enquanto os acordos celebrados entre um licenciado e os compradores dos produtos contratuais estão sujeitos ao Regulamento (UE) n.º 330/2010 e às Orientações relativas às Restrições Verticais ⁽⁵²⁾.
77. O RICTT isenta também os acordos entre o licenciante e o licenciado quando impõem obrigações ao licenciado quanto à forma como deve vender os produtos que incorporam a tecnologia licenciada. O licenciado pode nomeadamente ser obrigado a criar um determinado tipo de sistema de distribuição, por exemplo uma distribuição exclusiva ou seletiva. Todavia, os acordos de distribuição celebrados para a aplicação deste tipo de obrigação devem, para serem abrangidos por uma isenção por categoria, estar em conformidade com o Regulamento (UE) n.º 330/2010. Assim, o licenciante pode obrigar o licenciado a criar um sistema baseado na distribuição exclusiva, em conformidade com regras precisas. Contudo, nos termos do artigo 4.º, alínea b), do Regulamento (UE) n.º 330/2010, os distribuidores devem, em geral, poder efetuar vendas passivas nos territórios de outros distribuidores exclusivos do licenciado.
78. Além disso, em conformidade com o Regulamento (UE) n.º 330/2010 relativo aos acordos verticais, os distribuidores devem, em princípio, dispor da liberdade de vender, tanto ativa como passivamente, nos territórios abrangidos pelos sistemas de distribuição de outros fornecedores, ou seja, outros licenciados que produzam os seus próprios produtos com base nos direitos de tecnologia licenciados.

Tal acontece porque, para efeitos da aplicação do Regulamento (UE) n.º 330/2010, cada licenciado constitui um fornecedor distinto. Todavia, os motivos subjacentes à concessão da isenção por categoria de restrições de vendas ativas num sistema de distribuição do fornecedor previstos nesse regulamento podem igualmente ser válidos quando os produtos que incluem a tecnologia licenciada são vendidos por diferentes licenciados sob uma marca comum pertencente ao licenciante. Quando esses produtos são vendidos sob uma marca comum, pode ser desejável, pelas mesmas razões de eficiência, aplicar os mesmos tipos de restrições entre os sistemas de distribuição dos licenciados que no caso de um sistema de distribuição vertical único. Em tais casos, é pouco provável que a Comissão conteste eventuais restrições, quando as condições enunciadas no Regulamento (UE) n.º 330/2010 são cumpridas por analogia. Para que exista uma identidade de marca comum, os produtos devem ser vendidos e comercializados sob uma marca comum, que é predominante no que respeita às noções de qualidade e outras informações pertinentes para os consumidores. Não basta que o produto tenha, para além das marcas dos licenciados, igualmente a marca do licenciante, que identifica este último como fonte da tecnologia licenciada.

3.3. Limiares de quota de mercado da zona de segurança

79. Nos termos do artigo 3.º do RICTT, a isenção por categoria de acordos restritivos, ou, por outras palavras, a zona de segurança do RICTT, está sujeita a limiares de quota de mercado, o que limita o âmbito da aplicação da isenção por categoria aos acordos que, apesar de poderem ser restritivos da concorrência, se presume que geralmente satisfazem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Fora da zona de segurança criada pelos limiares de quota de mercado, é necessária uma apreciação individual. O facto de as quotas de mercado ultrapassarem os limiares não cria qualquer presunção de que o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, ou de que não satisfaz as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3. Na ausência de restrições graves tal como definidas no artigo 4.º do RICTT, é necessária uma análise do mercado.

Limiares de quota de mercado relevantes

80. O limiar de quota de mercado a aplicar para efeitos da zona de segurança do RICTT depende do facto de o acordo ser concluído entre concorrentes ou não concorrentes.
81. Os limiares de quota de mercado são aplicáveis tanto aos mercados relevantes dos direitos de tecnologia licenciados como aos mercados relevantes dos produtos contratuais. Se a quota de mercado detida ultrapassar o limiar aplicável num ou em vários mercados do produto e da tecnologia, o acordo não poderá beneficiar da isenção por categoria nesses mercados relevantes. Por exemplo, se o acordo de licenciamento disser respeito a dois mercados do produto distintos, a isenção por categoria pode ser aplicável a um dos mercados e não ao outro.

⁽⁵¹⁾ Ver também a brochura «Política de concorrência na Europa — As regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição», Comissão Europeia, Serviço das Publicações da União Europeia 2012, Luxemburgo.

⁽⁵²⁾ Respetivamente JO L 102 de 23.4.2010, p. 1, e JO C 130 de 19.5.2010, p. 1.

82. Em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, do RICTT, a zona de segurança prevista no artigo 2.º do RICTT é aplicável aos acordos entre concorrentes na condição de a quota de mercado combinada das partes não exceder 20 % em qualquer mercado relevante. O limiar de quota de mercado do artigo 3.º, n.º 1, do RICTT é aplicável se as partes forem concorrentes reais ou concorrentes potenciais nos mercados do produto e/ou concorrentes reais no mercado da tecnologia (para a distinção entre concorrentes e não concorrentes, ver pontos 27 e seguintes).
83. A concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tida em conta para a aplicação dos limiares de quota de mercado ou da lista de restrições graves relacionada com acordos entre concorrentes. Fora da zona de segurança do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia é tida em conta, mas não dá origem à aplicação da lista de restrições graves a acordos entre concorrentes.
84. Quando as empresas parte no acordo de licenciamento não forem concorrentes, é aplicável o limiar de quota de mercado do artigo 3.º, n.º 2, do RICTT. Um acordo entre não concorrentes é abrangido se a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapassar 30 % nos mercados relevantes da tecnologia e do produto afetados.
85. Se posteriormente as partes se tornarem concorrentes na aceção do artigo 3.º, n.º 1, do RICTT, por exemplo, quando o licenciado já se encontrava presente, antes do licenciamento, no mercado do produto relevante em que os produtos contratuais são vendidos e mais tarde o licenciante se converter num fornecedor real ou potencial no mesmo mercado relevante, o limiar de quota de mercado de 20 % será aplicável a partir desse momento posterior em que passaram a ser concorrentes. Contudo, nesse caso, continuará a ser aplicada ao acordo a lista de restrições graves relevantes para acordos entre não concorrentes, a menos que seja posteriormente alterado em qualquer aspeto substancial (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT e ponto 39 das presentes Orientações).
- Cálculo das quotas de mercado no mercado das tecnologias para a aplicação da zona de segurança*
86. O cálculo das quotas de mercado nos mercados relevantes em que os direitos da tecnologia são licenciados no âmbito do RICTT afasta-se da prática habitual pelas razões explanadas no ponto 87 das presentes Orientações. No que diz respeito aos mercados da tecnologia, decorre do artigo 8.º, alínea d), do RICTT que, tanto para o produto como para a dimensão geográfica do mercado relevante, a quota de mercado do licenciante deve ser calculada com base nas vendas, realizadas pelo licenciante e por todos os seus licenciados, de produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Nesta ótica, as vendas combinadas do licenciante e dos seus licenciados de produtos contratuais são calculadas como parte de todas as vendas de produtos concorrentes, independentemente de estes produtos concorrentes serem fabricados com uma tecnologia que esteja a ser licenciada.
87. Esta abordagem em matéria de cálculo da quota de mercado do licenciante no mercado da tecnologia como a sua «marca» ao nível do produto foi escolhida devido às dificuldades práticas em calcular a quota de mercado do licenciante com base nas receitas das *royalties* (ver ponto 25). Para além da dificuldade geral de obtenção de dados fiáveis sobre os rendimentos de *royalties*, os rendimentos de *royalties* efetivos podem também subestimar significativamente a posição da tecnologia no mercado no caso de os pagamentos de *royalties* serem reduzidos em resultado de um licenciamento cruzado ou do fornecimento de produtos subordinados. Se a quota de mercado do licenciante no mercado da tecnologia fosse calculada com base nos produtos fabricados com essa tecnologia, em comparação com produtos fabricados com tecnologias concorrentes, esse risco não existiria. Em geral, tal «marca» ao nível do produto refletirá bem a posição de mercado da tecnologia.
88. Idealmente, essa «marca» seria calculada excluindo do mercado do produto os produtos fabricados com tecnologias internas que não fossem objeto de um licenciamento, uma vez que essas tecnologias internas são apenas uma pressão indireta em relação à tecnologia licenciada. No entanto, dado que, na prática, pode ser difícil para o licenciante e para os licenciados saberem se outros produtos, no mesmo mercado do produto, são fabricados com tecnologias licenciadas ou tecnologias internas, o cálculo da quota de mercado da tecnologia, para efeitos de aplicação do RICTT, é baseado nos produtos fabricados com a tecnologia licenciada como parte de todos os produtos vendidos nesse mercado do produto. É provável que esta abordagem, baseada na marca da tecnologia em relação aos mercados do produto globais, reduza a quota de mercado calculada ao incluir os produtos fabricados com tecnologias internas mas, de um modo geral, constitui um bom indicador da relevância da tecnologia. Em primeiro lugar, considera qualquer concorrência potencial de empresas que fabricam os produtos com a sua própria tecnologia e que podem começar a licenciá-la em resposta a um aumento ligeiro mas permanente do preço das licenças. Em segundo lugar, mesmo que seja pouco provável que outros titulares da tecnologia comecem a licenciá-la, o licenciante não tem necessariamente poder de mercado no mercado da tecnologia, ainda que possua uma parte elevada das receitas de licenciamento. Se o mercado do produto a jusante for competitivo, a concorrência a esse nível pode de facto limitar o licenciante. Um aumento das *royalties* a montante afeta os custos do licenciado, tornando-o menos competitivo e podendo fazer-lhe perder vendas. A quota de mercado detida por uma tecnologia no mercado do produto reflete igualmente este elemento e constitui, por conseguinte, de uma forma geral, um bom indicador do poder de mercado do licenciante no mercado da tecnologia.

89. Para estimar a relevância da tecnologia, a dimensão geográfica do mercado da tecnologia deve igualmente ser tomada tida em conta, podendo por vezes diferir da dimensão geográfica do respetivo mercado do produto a jusante. Para efeitos de aplicação do RICCT, a dimensão geográfica do mercado da tecnologia relevante é também determinada pelos mercados do produto. No entanto, fora da zona de segurança do RICCT, pode revelar-se oportuno considerar também uma possível área geográfica mais vasta, em que o licenciante e os licenciados de tecnologias concorrentes participem no licenciamento dessas tecnologias, em que as condições da concorrência sejam suficientemente homogêneas e possam distinguir-se de áreas vizinhas devido ao facto de as condições de concorrência serem sensivelmente diferentes nessas áreas.

90. No caso de tecnologias novas que não tenham gerado ainda quaisquer vendas no ano civil anterior, é atribuída uma quota de mercado igual a zero. Quando as vendas se iniciarem, a tecnologia começará a acumular quota de mercado. Se a quota de mercado aumentar posteriormente acima do limiar aplicável de 20 % ou 30 %, a zona de segurança deverá continuar a aplicar-se durante um período de dois anos civis consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar foi ultrapassado (ver artigo 8.º, alínea e), do RICCT).

Cálculo das quotas de mercado nos mercados do produto para aplicação da zona de segurança

91. No que respeita aos mercados relevantes em que os produtos contratuais são vendidos, a quota de mercado do licenciado deve ser calculada com base nas vendas por ele efetuadas dos produtos que incorporam a tecnologia do licenciante e nas vendas dos produtos concorrentes, ou seja, as vendas totais do licenciado no mercado do produto em causa. Quando o licenciante é igualmente fornecedor de produtos no mercado relevante, as vendas do licenciante no mercado do produto relevante devem igualmente ser tomadas em consideração. Todavia, aquando do cálculo das quotas de mercado relativamente aos mercados do produto, as vendas realizadas por outros licenciados não são tomadas em consideração para o cálculo da quota de mercado do licenciado e/ou do licenciante.

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

93. Os princípios definidos na secção 3.3 das presentes Orientações podem ser ilustrados pelos seguintes exemplos:

Licenciamento entre não concorrentes

Exemplo 1

A empresa A é especializada no desenvolvimento de produtos e técnicas biotecnológicos, tendo desenvolvido um novo produto, o Xeran. Não desenvolve as suas atividades

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

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

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

Dado que os acordos de licenciamento entre A e B, e entre A e C, são acordos entre não concorrentes e que as quotas de mercado individuais de A, B e C são inferiores a 30 % por ano, cada um dos acordos é abrangido pela zona de segurança do RICCT.

Exemplo 2

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

Neste caso, a quota de mercado de A nos mercados de tecnologia relevantes deve ser calculada com base nos dados relativos às vendas de produtos de cada um dos dois mercados do produto geográficos, separadamente. No mercado em que B está ativo, a parte de mercado de A depende da venda de Xeran por B. Como neste exemplo se pressupõe que o mercado total é de 100 milhões de EUR, ou seja, metade da dimensão do mercado do exemplo 1, a parte de mercado de A é de 0 % no ano 2, de

15 % no ano 3 e de 40 % em seguida. A quota de mercado de B é de 25 % no ano 2, de 30 % no ano 3 e de 40 % posteriormente. Nos anos 2 e 3, a quota de mercado tanto de A como de B não ultrapassou o limiar de 30 %. No entanto, o limiar é excedido a partir do ano 4 e isto significa que, nos termos do disposto no artigo 8.º, alínea e), do RICTT, após o ano 6, o acordo de licenciamento entre A e B deixará de beneficiar da zona de segurança, devendo ser apreciado numa base individual.

No mercado em que C desenvolve as suas atividades, a quota de mercado de A depende da venda de Xeran por C. A quota de mercado de A no mercado da tecnologia, com base nas vendas de C no ano anterior, é, por conseguinte, de 0 % no ano 2, de 10 % no ano 3 e de 15 % posteriormente. A quota de C no mercado do produto é a mesma: de 0 % no ano 2, de 10 % no ano 3 e de 15 % posteriormente. O acordo de licenciamento entre A e C é, por conseguinte, abrangido pela zona de segurança durante todo o seu período de vigência.

Licenciamento entre concorrentes

Exemplo 3

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

A fim de apreciar o acordo de licenciamento no âmbito do RICTT, as quotas de mercado de A e B devem ser ambas calculadas com base nos mercados da tecnologia e do produto. A quota de mercado de A no mercado da tecnologia depende do montante de vendas do produto no ano anterior que foi fabricado por A e B com a tecnologia de A. No ano 2, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é, por conseguinte, de 15 %, refletindo a sua própria produção e vendas de 15 milhões de EUR no ano 1. A partir do ano 3, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 20 %, refletindo as vendas no valor de 20 milhões de EUR do produto fabricado com a tecnologia de A e fabricado e vendido por A e B (10 milhões de EUR cada). Do mesmo modo, a quota de mercado de B no mercado da tecnologia é de 20 % no ano 2 e de 25 % posteriormente.

As quotas de mercado de A e B no mercado do produto dependem das suas vendas respetivas do produto no ano

anterior, independentemente da tecnologia utilizada. A quota de mercado de A no mercado do produto é de 15 % no ano 2 e de 20 % posteriormente. A quota de mercado de B no mercado do produto é de 20 % no ano 2 e de 25 % posteriormente.

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

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

3.4.1. Princípios gerais

94. O artigo 4.º do RICTT inclui uma lista de restrições graves da concorrência. Uma restrição da concorrência é considerada grave em função da natureza da restrição e de a experiência ter demonstrado que tais restrições são quase sempre anticoncorrenciais. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral⁽⁵³⁾, tal restrição pode resultar do objetivo manifesto do acordo ou das circunstâncias próprias de cada caso individual (ver ponto 14). As restrições graves podem, em situações excecionais, ser objetivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares⁽⁵⁴⁾, não sendo abrangidas pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Por outro lado, as empresas podem invocar sempre ganhos de eficiência em sua defesa, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, no âmbito de processos individuais⁽⁵⁵⁾.
95. Decorre do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do RICTT que, quando um acordo de transferência de tecnologia inclui uma restrição grave da concorrência, o acordo no seu conjunto não pode beneficiar da isenção por categoria. Para efeitos do RICTT, as restrições graves não podem ser separadas do resto do acordo. Além disso, a Comissão considera que, no âmbito de uma apreciação individual, não é provável que restrições graves da concorrência satisfaçam as quatro condições do artigo 101.º, n.º 3 (ver ponto 18).
96. O artigo 4.º do RICTT estabelece uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.
- ##### *3.4.2. Acordos entre concorrentes*
97. O artigo 4.º, n.º 1, do RICTT enumera as restrições graves relativas ao licenciamento entre concorrentes. Em conformidade com essa disposição, o RICTT não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, de forma separada ou em conjugação com outros fatores sob o controlo das partes, tiverem por objeto:
- a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros;

⁽⁵³⁾ Ver, por exemplo, a jurisprudência citada na nota de rodapé 16.

⁽⁵⁴⁾ Ver ponto 18 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3.

⁽⁵⁵⁾ Processo T-17/93, *Matra*, Coletânea 1994, p. II-595, n.º 85.

- b) A limitação da produção, exceto as limitações da produção dos produtos contratuais impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou impostas a apenas um dos licenciados num acordo recíproco;
- c) A repartição de mercados ou de clientes, salvo:
- i) a obrigação imposta ao licenciante e/ou ao licenciado, num acordo não recíproco, de não produzir com os direitos de tecnologia licenciados no território exclusivo reservado à outra parte e/ou de não vender, ativa e/ou passivamente, no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte;
 - ii) a restrição, num acordo não recíproco, de vendas ativas pelo licenciado no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes atribuído pelo licenciante a um outro licenciado, desde que este último não fosse uma empresa concorrente do licenciante no momento da conclusão da sua própria licença;
 - iii) a obrigação imposta ao licenciado de fabricar os produtos contratuais apenas para utilização própria, desde que o licenciado não seja limitado na venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;
 - iv) a obrigação imposta ao licenciado, num acordo não recíproco, de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente;
- d) A restrição da capacidade do licenciado para explorar os seus próprios direitos de tecnologia ou a restrição da capacidade de qualquer das partes no acordo realizar investigação e desenvolvimento, exceto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

Distinção entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos entre concorrentes

98. Em relação a um certo número de restrições graves, o RICTT estabelece uma distinção entre acordos recíprocos

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

Restrições de preços entre concorrentes

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

100. Quando as *royalties* são calculadas com base nas vendas dos produtos individuais, o seu montante tem uma incidência direta sobre o custo marginal do produto e por isso sobre o seu preço⁽⁵⁶⁾. Por conseguinte, os concorrentes podem utilizar o licenciamento cruzado com

⁽⁵⁶⁾ Ver a este respeito o ponto 98 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3.

royalties recíprocas como meio para coordenarem e/ou aumentarem os preços nos mercados do produto a jusante⁽⁵⁷⁾. Todavia, a Comissão só tratará as licenças cruzadas com *royalties* recíprocas como fixação de preços, quando o acordo não tiver qualquer objetivo pró-concorrencial e, por conseguinte, não constituir um autêntico acordo de licenciamento. Nos casos em que o acordo não cria qualquer valor e, por conseguinte, não tem qualquer justificação comercial válida, o acordo é uma simulação e equivale a um cartel.

101. A restrição grave mencionada no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RICTT abrange igualmente os acordos em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto, independentemente do facto de a tecnologia licenciada ter ou não sido utilizada. Tais acordos são igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), por força do qual a capacidade do licenciado para utilizar os seus próprios direitos da tecnologia não deve ser restringida (ver ponto 116 das presentes Orientações). Em geral, esses acordos restringem a concorrência, na medida em que aumentam, para o licenciado, o custo de utilização dos seus próprios direitos da tecnologia concorrente e restringem a concorrência que existiria na ausência do acordo⁽⁵⁸⁾. Tal é válido tanto para os acordos recíprocos como para os não recíprocos.
102. Contudo, o acordo em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto pode excepcionalmente satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, em casos individuais quando for possível concluir, com base em fatores objetivos, que a restrição é indispensável para que ocorra um licenciamento pró-concorrencial. Tal pode acontecer quando, na ausência da restrição, fosse impossível ou excessivamente difícil calcular e monitorizar a *royalty* devida pelo licenciado, por exemplo, dado que a tecnologia do licenciante não deixa qualquer traço visível no produto final e que não existem outros métodos de monitorização viáveis.

Restrições da produção entre concorrentes

103. A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT diz respeito a restrições recíprocas da produção impostas às partes. Uma restrição da produção é uma limitação da quantidade que uma parte pode produzir e vender. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), não se aplica a limitações da produção impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou a limitações da produção impostas a um dos licenciados num acordo recíproco, desde que a limitação da produção diga apenas respeito aos produtos fabricados com a tecnologia licenciada. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), identifica, assim, como restrições graves as limitações da produção recíprocas impostas

às partes e as limitações da produção impostas ao licenciante no que se refere à sua própria tecnologia. Quando os concorrentes acordam em impor limitações da produção recíprocas, o objetivo e eventual efeito do acordo consiste em reduzir a produção no mercado. O mesmo acontece em acordos que reduzem o incentivo de as partes expandirem a produção, por exemplo, aplicando *royalties* recíprocas por unidade que aumentam à medida que aumenta a produção ou obrigando cada parte a efetuar pagamentos à outra se for ultrapassado um certo nível de produção.

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

Repartição de mercados e de clientes entre concorrentes

105. A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT diz respeito à repartição dos mercados e dos clientes. Os acordos através dos quais os concorrentes partilham entre si mercados e clientes têm por objetivo restringir a concorrência. Um acordo em que os concorrentes, num acordo recíproco, acordam em não produzir em certos territórios ou em não vender, ativamente ou passivamente, em certos territórios ou a certos clientes reservados à outra parte, é considerado como uma restrição grave. Assim, por exemplo, um licenciamento exclusivo recíproco entre concorrentes é considerado como uma partilha de mercado.
106. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), é aplicável independentemente do facto de o licenciado continuar a poder utilizar os seus próprios direitos de tecnologia. Após o licenciado se ter equipado para utilizar a tecnologia do licenciante a fim de fabricar um determinado produto, pode ser dispendioso manter uma linha de produção separada utilizando uma outra tecnologia a fim de servir clientes abrangidos pelas restrições. Além disso, tendo em conta o potencial anticoncorrencial das restrições, o licenciado pode ter pouco incentivo para produzir utilizando a sua própria tecnologia. É também muito pouco provável que tais restrições sejam indispensáveis para que o licenciamento seja pró-concorrencial.

⁽⁵⁷⁾ É o que sucede igualmente quando uma parte concede uma licença à outra parte e acorda em comprar um *input* material ao licenciado. O preço de compra pode então ter a mesma função da *royalty*.

⁽⁵⁸⁾ Ver a este respeito o Processo 193/83, *Windsurfing International*, Coletânea 1986, p. 611, n.º 67.

107. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), num acordo não recíproco não é considerada restrição grave para o licenciante a concessão ao licenciado de uma licença exclusiva para fabricar com base na tecnologia licenciada num determinado território, acordando desta forma em não fabricar ele próprio os produtos contratuais nem fornecer os produtos contratuais a partir desse território. Essas licenças exclusivas são objeto de uma isenção por categoria independentemente do âmbito do território. Se a licença for a nível mundial, a exclusividade implica que o licenciante se absterá de entrar ou de permanecer no mercado. A isenção por categoria é igualmente aplicável se o licenciado num acordo não recíproco não for autorizado a produzir num território exclusivo reservado ao licenciante. O objetivo desses acordos pode ser dar ao licenciante e/ou licenciado um incentivo para investir na tecnologia licenciada e desenvolver a mesma. O objeto do acordo não é, por conseguinte, necessariamente partilhar mercados.
108. Nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), e pelas mesmas razões, a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos não recíprocos através dos quais as partes estabelecem não proceder a vendas ativas ou passivas num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte. Para efeitos de aplicação do RICTT, a Comissão considera as vendas como sendo «ativas» e «passivas» na aceção das Orientações relativas às restrições verticais⁽⁵⁹⁾. As restrições ao licenciado ou licenciante para vender ativa e/ou passivamente no território ou ao grupo de clientes da outra parte só são objeto de isenção por categoria se esse território ou grupo de clientes tiver sido exclusivamente reservado a essa outra parte. Contudo, em certas circunstâncias específicas, os acordos que prevejam tais restrições de vendas podem, em determinados casos, satisfazer também as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, se a exclusividade for partilhada numa base *ad hoc*, quando, por exemplo, for necessário fazer face a uma escassez temporária na produção do licenciante ou do licenciado a que foi exclusivamente atribuído o território ou grupo de clientes. Em tais casos, o licenciante ou o licenciado é ainda suscetível de ser suficientemente protegido contra vendas ativas e/ou passivas para ter o incentivo de licenciar a sua tecnologia ou de investir no trabalho com a tecnologia licenciada. Tais restrições, mesmo no caso de restringirem a concorrência, promoveriam a divulgação pró-concorrencial e a integração dessa tecnologia nos ativos de produção do licenciado.
109. De tanto decorre que o facto de o licenciante nomear o licenciado como seu único licenciado num determinado território, o que implica que não serão concedidas licenças a terceiros para produzir a partir da tecnologia do licenciante no território em questão, também não constitui uma restrição grave. No caso dessas licenças únicas, a isenção por categoria será aplicável independentemente de o acordo ser recíproco ou não, dado que o acordo não impede as partes de explorarem plenamente os seus próprios direitos da tecnologia nos seus territórios respetivos.
110. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea ii), exclui da lista de restrições graves, concedendo assim uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado, as restrições num acordo não recíproco impostas às vendas ativas realizadas por um licenciado no território ou a um grupo de clientes atribuídos pelo licenciante a um outro licenciado. No entanto, tal pressupõe que o licenciado protegido não tenha sido um concorrente do licenciante aquando da conclusão do acordo. Não está garantido que tais restrições sejam tratadas nessa situação como restrições graves. Ao permitir que o licenciante conceda a um licenciado, que não se encontrava ainda no mercado, proteção contra vendas ativas por parte de licenciados que são concorrentes do licenciante e que por essa razão já estavam estabelecidos no mercado, tais restrições podem induzir o licenciado a explorar a tecnologia licenciada de forma mais eficaz. Por outro lado, se os licenciados tiverem acordado entre si em não vender ativa ou passivamente em determinados territórios ou a certos grupos de clientes, o acordo equivaleria a um cartel entre os licenciados. Dado que não implica qualquer transferência de tecnologia, um tal acordo não seria além disso abrangido pelo âmbito de aplicação do RICTT.
111. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iii), contém uma outra exceção à restrição grave do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), nomeadamente as restrições de utilização cativa, ou seja, obrigações por força das quais o licenciado só pode fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua própria utilização. Quando o produto contratual é um componente, o licenciado pode, pois, ser obrigado a fabricar esse componente só para o integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender os componentes a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender os componentes enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos, devendo, desta forma, ter a possibilidade de fornecer a terceiros serviços pós-vendas para esses produtos. As restrições associadas à utilização cativa podem ser necessárias para favorecer a divulgação de uma tecnologia, nomeadamente entre concorrentes, e estão abrangidas pela isenção por categoria. Essas restrições são também abordadas na secção 4.2.5.
112. Finalmente, o artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), exclui da lista das restrições graves a obrigação imposta ao licenciado num acordo não recíproco de fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente tendo em vista criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente. Constitui, portanto, uma condição para a aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), que a licença se limite a criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente específico. Não constitui, em contrapartida, uma condição que só seja concedida uma licença deste tipo. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), abrange igualmente situações em que mais

⁽⁵⁹⁾ JO C 130 de 19.5.2010, p. 1, ponto 51.

de uma empresa beneficia de uma licença para abastecer o mesmo cliente específico. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), aplica-se independentemente da duração do acordo de licenciamento. Por exemplo, uma licença única para cumprir os requisitos de um projeto de um determinado cliente é abrangida por esta derrogação. A possibilidade de tais acordos repartirem mercados é limitada, na medida em que a licença é concedida apenas para efeitos de abastecimento de um determinado cliente. Nessas circunstâncias, não se pode, designadamente, presumir que o acordo leve o licenciado a deixar de explorar a sua própria tecnologia.

113. As restrições nos acordos entre concorrentes que limitam a licença a um ou vários mercados do produto ou domínios técnicos de utilização⁽⁶⁰⁾ não são restrições graves. Tais restrições beneficiam da isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 % independentemente de o acordo ser recíproco ou não. Não se considera que tais restrições tenham por objeto a atribuição de mercados ou clientes. Contudo, a aplicação da isenção por categoria está sujeita à condição de as restrições relativas ao domínio de utilização não ultrapassarem o âmbito das tecnologias licenciadas. Por exemplo, quando os licenciados forem também limitados nos domínios técnicos em que podem utilizar os seus próprios direitos da tecnologia, o acordo equivale a uma partilha de mercado.

114. A isenção por categoria é aplicável independentemente de a restrição do domínio de utilização ser simétrica ou assimétrica. Uma restrição do domínio de utilização assimétrica num acordo de licenciamento recíproco implica que ambas as partes sejam autorizadas a utilizar as respetivas tecnologias relativamente às quais concedem licenças no âmbito de diferentes domínios de utilização. Desde que as partes não sejam objeto de restrições na utilização das suas próprias tecnologias, não se presume que o acordo conduza as partes a abandonarem ou a limitarem a sua entrada no ou nos domínios abrangidos pela licença concedida à outra parte. Mesmo que os licenciados se equipem para utilizar a tecnologia licenciada no âmbito do domínio de utilização licenciado, pode não se verificar qualquer impacto nos ativos utilizados para produzir fora do âmbito da licença. Relativamente a este aspeto, é importante que a restrição diga respeito a mercados do produto, setores industriais ou domínios de utilização distintos e não a clientes, atribuídos por território ou por grupo, que adquiram produtos do mesmo mercado do produto ou domínio técnico de utilização. O risco de partilha de mercado é substancialmente maior neste último caso (ver ponto 106 *supra*). Além disso, as restrições relativas ao domínio de utilização podem revelar-se necessárias para promover o licenciamento pró-concorrencial (ver ponto 212 *infra*).

⁽⁶⁰⁾ As restrições relativas ao domínio de utilização são abordadas nos pontos 208 e seguintes.

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

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

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

116. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), o licenciado deve igualmente poder utilizar livremente os seus próprios direitos da tecnologia concorrente, desde que ao fazê-lo não utilize os direitos de tecnologia licenciados do licenciante. Em relação aos seus próprios direitos da tecnologia, o licenciado não deve estar sujeito a limitações em termos do local onde produz ou vende, dos domínios técnicos de utilização ou mercados do produto em que produz, da quantidade que produz ou vende e do preço a que vende. Não deve também estar obrigado a pagar *royalties* relativamente a produtos fabricados com base nos seus próprios direitos da tecnologia (ver ponto 101). Além disso, o licenciado não deve ser restringido no licenciamento dos seus próprios direitos de tecnologia a terceiros. Quando são impostas restrições ao licenciado no que respeita à utilização dos seus próprios direitos de tecnologia ou ao seu direito de desenvolver atividades de investigação e desenvolvimento, a competitividade da tecnologia do licenciado é reduzida, o que tem por efeito limitar a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes, bem como reduzir o incentivo que o licenciado teria em investir no desenvolvimento e melhoria da sua tecnologia. O artigo 4.º, n.º 1, alínea d), não abrange restrições ao licenciado no que diz respeito à

utilização de tecnologias de terceiros em concorrência com a tecnologia licenciada. Embora as obrigações de não concorrência possam ter efeitos de exclusão em relação às tecnologias de terceiros (ver secção 4.2.7), não têm normalmente por efeito reduzir o incentivo de os licenciados investirem no desenvolvimento e na melhoria das suas próprias tecnologias.

3.4.3. Acordos entre não concorrentes

117. O artigo 4.º, n.º 2, do RICTT enumera as restrições graves relativas aos acordos de licenciamento entre não concorrentes. Em conformidade com esta disposição, o RICTT não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, de forma separada ou em conjugação com outros fatores sob o controlo das partes, tiverem por objeto:

- a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros, sem prejuízo da possibilidade de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que tal não corresponda a um preço de venda fixo ou mínimo na sequência de pressões exercidas ou de incentivos oferecidos por qualquer das partes;
- b) A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o licenciado pode vender passivamente os produtos contratuais, exceto:
 - i) a restrição de vendas passivas num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado ao licenciante;
 - ii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais para sua utilização exclusiva, desde que o licenciado não tenha restrições de venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;
 - iii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente;
 - iv) a restrição de vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista;
 - v) a restrição de vendas a distribuidores não autorizados pelos membros de um sistema de distribuição seletiva;
- c) A restrição de vendas ativas ou passivas a utilizadores finais por um licenciado que seja membro de um sistema de distribuição seletiva e que opere a nível retalhista, sem prejuízo da possibilidade de um membro do sistema ser proibido de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.

Fixação dos preços

118. A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 2, alínea a), diz respeito à fixação dos preços de venda

a terceiros. Mais especificamente, essa disposição abrange as restrições que tenham por objeto direto ou indireto a determinação de um preço de venda fixo ou mínimo ou de um nível de preços fixo ou mínimo que o licenciante ou o licenciado deverão respeitar quando venderem os produtos a terceiros. No caso dos acordos que fixam diretamente o preço de venda, a restrição é evidente. Contudo, os preços de venda podem igualmente ser fixados de forma indireta, por exemplo, através de acordos que fixam as margens, que fixam o nível máximo de descontos, que ligam o preço de venda aos preços de venda dos concorrentes, ou através de ameaças, intimidação, avisos, multas ou rescisões do contrato relativamente à observância de um determinado nível de preços. Os meios diretos ou indiretos utilizados para chegar à fixação dos preços podem ser reforçados se forem combinados com medidas que permitam identificar as vendas a baixo preço, como um sistema de monitorização dos preços ou a obrigação imposta aos licenciados de assinalarem qualquer desvio nos preços. Da mesma forma, a fixação direta ou indireta dos preços pode ser reforçada se for associada a medidas destinadas a reduzir os incentivos que o licenciado teria para diminuir o seu preço de venda, por exemplo a obrigação imposta pelo licenciante ao licenciado de aplicar uma cláusula de cliente mais favorecido, isto é, a obrigação de conceder a um cliente condições mais favoráveis do que a outros. Podem ser utilizados os mesmos meios para que os preços máximos ou recomendados funcionem como preços de venda fixos ou mínimos. Todavia, a apresentação de uma tabela de preços recomendados ou a imposição de preços máximos ao licenciado por parte do licenciante não é considerada por si só como conduzindo a preços de venda fixos ou mínimos.

Restrições relativas a vendas passivas pelo licenciado

119. O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), identifica como restrições graves da concorrência os acordos ou práticas concertadas que tenham por objeto direto ou indireto restringir as vendas passivas⁽⁶¹⁾, por parte dos licenciados, de produtos que incorporem a tecnologia licenciada⁽⁶²⁾. As restrições de vendas passivas impostas ao licenciado podem resultar de obrigações diretas, como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes estabelecidos em determinados territórios, ou a obrigação de remeter as encomendas desses clientes para outros licenciados. Podem igualmente resultar de medidas indiretas destinadas a incentivar o licenciado a abster-se desse tipo de vendas, que podem, por exemplo, assumir a forma de incentivos financeiros e da criação de um sistema de monitorização

⁽⁶¹⁾ Para uma definição de vendas passivas, ver ponto 108 das presentes Orientações e as Orientações relativas às restrições verticais, citadas na nota de rodapé 52, ponto 51.

⁽⁶²⁾ Esta restrição grave é aplicável a acordos de transferência de tecnologia relativos ao comércio na União. Se os acordos de transferência de tecnologia disserem respeito a exportações para fora da União ou a importações/reimportações provenientes do exterior da União, ver acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Coletânea 1998, p. I-1983. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou, no n.º 20, que: «não pode considerar-se que um acordo que engloba o compromisso, assumido pelo revendedor perante o produtor, de reservar a comercialização dos produtos contratuais a um mercado situado no exterior da Comunidade tenha por objetivo restringir de modo sensível a concorrência no interior do mercado comum, ou seja, suscetível de afetar, enquanto tal, o comércio entre os Estados-Membros».

que permita verificar o destino efetivo dos produtos licenciados. As limitações de quantidade podem constituir um meio indireto para restringir as vendas passivas. A Comissão não assumirá que as limitações de quantidade, enquanto tais, servem este objetivo. Contudo, assumirá de outro modo se as limitações de quantidade forem utilizadas para estabelecer um acordo subjacente de partilha do mercado. Índícios dessa situação incluem o ajustamento de quantidades ao longo do tempo, a fim de cobrir apenas a procura local, a combinação de limitações de quantidade com uma obrigação de vender quantidades mínimas no território, bem como obrigações de uma *royalty* mínima associadas a vendas no território, taxas diferenciadas de *royalties* consoante o destino dos produtos, bem como a monitorização do destino dos produtos vendidos por licenciados individuais. A restrição grave geral que cobre as vendas passivas realizadas por licenciados está sujeita a várias derrogações, que são abordadas nos pontos 120 a 125.

120. Exceção 1: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), não abrange as restrições de vendas (tanto ativas como passivas) impostas ao licenciante. Todas as restrições de vendas impostas ao licenciante são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. O mesmo é aplicável a todas as restrições relativas a vendas ativas por parte do licenciado, à exceção do referido no ponto 125. A isenção por categoria de restrições relativas a vendas ativas assenta na hipótese de que tais restrições favorecem os investimentos, a concorrência não baseada nos preços e melhoramentos da qualidade dos serviços prestados pelos licenciados, resolvendo problemas de parasitismo e de catividade. No caso de restrições de vendas ativas entre territórios ou grupos de clientes de licenciados, não é necessário que ao licenciado protegido tenha sido concedido um território exclusivo ou um grupo exclusivo de clientes. A isenção por categoria também é aplicável às restrições de vendas ativas quando tiver sido nomeado mais de um licenciado para um determinado território ou grupo de clientes. É provável que se promova o investimento que permite um ganho de eficiência quando um licenciado puder ter a certeza de que apenas estará sujeito à concorrência a nível das vendas ativas por parte de um número limitado de licenciados dentro do território e não também por parte de licenciados fora do território.
121. Exceção 2: As restrições impostas às vendas ativas e passivas efetuadas pelos licenciados num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes que o licenciante se reservou não constituem restrições graves da concorrência (ver artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea i), e beneficiam de uma isenção por categoria. Pressupõe-se que, quando as quotas de mercado são inferiores ao limiar, tais restrições, ainda que restrinjam a concorrência, podem contudo ser pró-concorrenciais, na medida em que promovem a divulgação das tecnologias e a integração destas nos ativos de produção do licenciado. Em relação a um território ou grupo de clientes a reservar para o licenciante, este não tem efetivamente de produzir com a tecnologia licenciada no território ou para o grupo de clientes em questão. Pode igualmente ser reservado para o licenciante um território ou grupo de clientes para exploração posterior.
122. Exceção 3: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea ii), introduz no âmbito da isenção por categoria uma restrição que obriga o licenciado a só fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua utilização própria (utilização cativa). Quando o produto contratual é um componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só utilizar esse produto para o integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender o produto a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender ativa e passivamente os produtos enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos e, por conseguinte, deve poder fornecê-los a terceiros prestando um serviço pós-venda relativamente a esses produtos. As restrições relativas à utilização cativa são igualmente abordadas na secção 4.2.5.
123. Exceção 4: Tal como sucede nos acordos entre concorrentes (ver ponto 112 *supra*), a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos através dos quais o licenciado é obrigado a fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente a fim de proporcionar a esse cliente uma fonte de abastecimento alternativa independentemente da duração do acordo de licenciamento (ver artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iii)) No caso de acordos entre não concorrentes, essas restrições não são provavelmente abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado.
124. Exceção 5: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iv), introduz, no âmbito da isenção por categoria, uma obrigação de o licenciado, no caso de operar a nível grossista, não vender a clientes finais, mas unicamente a retalhistas. Uma tal obrigação permite ao licenciante atribuir ao licenciado a função de distribuição grossista e não é geralmente abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 ⁽⁶³⁾.
125. Exceção 6: Por fim, o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea v), introduz, no âmbito da isenção por categoria, uma restrição que consiste em proibir os licenciados de venderem a distribuidores não autorizados. Esta exceção permite ao licenciante impor aos licenciados uma obrigação de fazer parte de um sistema de distribuição seletiva. Nesse caso, contudo, os licenciados devem, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2, alínea c), ser autorizados a realizar vendas tanto ativas como passivas a consumidores finais, sem prejuízo da possibilidade de limitar o licenciado a uma função grossista, tal como previsto no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iv) (ver ponto 124). No território em que o licenciante opera um sistema de distribuição seletiva, tal sistema não pode ser combinado com territórios exclusivos ou grupos exclusivos de clientes sempre que tal conduza a uma restrição das vendas ativas ou passivas aos utilizadores finais, uma vez que conduziria a uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea c), sem prejuízo da possibilidade de proibir que um licenciado exerça as suas atividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado.

⁽⁶³⁾ Ver a este respeito o Processo 26/76, *Metro (I)*, Coletânea 1977, p. 1875.

126. As restrições de vendas passivas por parte de licenciados num território exclusivo ou a um grupo de clientes atribuído a um outro licenciado, embora sejam normalmente uma restrição grave, podem não ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, durante um certo período, se forem objetivamente necessárias para o licenciado protegido penetrar num novo mercado. Tal pode ser o caso quando os licenciados tiverem de realizar investimentos substanciais em ativos de produção e atividades promocionais, a fim de iniciarem e desenvolverem um mercado novo. Os riscos com que um novo licenciado se verá confrontado podem, por conseguinte, ser importantes, nomeadamente dado que as despesas promocionais e as despesas de investimento nos ativos necessários para produzir com uma determinada tecnologia constituem muitas vezes despesas irrecuperáveis, o que significa que, após o abandono desse domínio de atividade específico, o investimento não pode ser utilizado pelo licenciado para outras atividades ou só pode ser vendido com grandes prejuízos. Por exemplo, o licenciado pode ser o primeiro a fabricar e vender um novo tipo de produto, ou o primeiro a aplicar uma nova tecnologia. Nessas circunstâncias, sucede frequentemente que os licenciados não celebrem o acordo de licenciamento sem um certo período de proteção contra as vendas passivas (e ativas) no seu território ou aos seus grupos de clientes por parte de outros licenciados. No caso de serem necessários investimentos substanciais por parte do licenciado para iniciar e desenvolver um novo mercado, as restrições de vendas passivas por parte de outros licenciados nesse território ou a esse grupo de clientes não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, durante o período necessário para o licenciado recuperar esses investimentos. Na maior parte dos casos, um período de até dois anos, a contar da data em que o produto contratual foi pela primeira vez colocado no mercado no território exclusivo pelo licenciado em causa ou vendido ao seu grupo exclusivo de clientes, seria considerado suficiente para o licenciado recuperar os investimentos realizados. No entanto, num caso individual, poderá ser necessário um período mais longo de proteção para o licenciado, para que o mesmo recupere os custos incorridos.

127. Do mesmo modo, uma proibição imposta a todos os licenciados de não venderem a certas categorias de utilizadores finais pode não ser restritiva da concorrência, se tal restrição for objetivamente necessária por razões de segurança ou de saúde relacionadas com a natureza perigosa do produto em questão.

3.5. Restrições excluídas

128. O artigo 5.º do RICTT enumera três tipos de restrições que não podem beneficiar de uma isenção por categoria e que exigem, por conseguinte, uma apreciação individual dos seus efeitos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais. O artigo 5.º tem por objetivo evitar a concessão de uma isenção por categoria a acordos suscetíveis de limitarem o incentivo para inovar. Decorre do artigo 5.º que a inclusão num acordo de licenciamento de quaisquer res-

trições contidas nesse artigo não impede a aplicação da isenção por categoria à parte restante do acordo, se esta parte restante for dissociável das restrições excluídas. Trata-se apenas da restrição individual em causa que não é abrangida pela isenção por categoria e que deve, por conseguinte, ser apreciada individualmente.

Retrocessões exclusivas

129. O artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RICTT diz respeito a retrocessões (ou seja, concessão de licença exclusiva de volta para o licenciante do melhoramento introduzido pelo licenciado) ou cessões exclusivas ao licenciante dos melhoramentos da tecnologia licenciada. A obrigação de conceder ao licenciante uma licença exclusiva relativamente aos melhoramentos da tecnologia licenciada ou de ceder tais melhoramentos ao licenciante é suscetível de reduzir o incentivo do licenciado para inovar, na medida em que este não poderá explorar os melhoramentos que introduzir, inclusive sob a forma de licenciamento a terceiros. Uma retrocessão exclusiva é definida como uma retrocessão que impede o licenciado (que é o inovador e o licenciante do melhoramento neste caso) de explorar o melhoramento (quer para a sua própria produção quer para licenciamento a terceiros). Tal é aplicável simultaneamente aos casos em que o melhoramento diz respeito à mesma aplicação do que a tecnologia licenciada e quando o licenciado desenvolve novas aplicações da tecnologia licenciada. Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), as referidas obrigações não são abrangidas pela isenção por categoria.

130. O artigo 5.º, n.º 1, alínea a), é aplicável independentemente de o licenciante pagar ou não uma contrapartida para adquirir o melhoramento ou para obter uma licença exclusiva. No entanto, a existência e o nível dessa contrapartida podem constituir um fator relevante no contexto de uma apreciação individual efetuada ao abrigo do artigo 101.º. Quando as retrocessões são efetuadas mediante remuneração, é menos provável que a obrigação elimine o incentivo do licenciado para inovar. Na apreciação de retrocessões exclusivas não abrangidas pela isenção por categoria, a posição de mercado do licenciante no mercado da tecnologia deve ser igualmente tomada em consideração. Quanto mais forte for a posição do licenciante, mais provável será que as obrigações de retrocessão exclusivas tenham efeitos restritivos sobre a concorrência no domínio da inovação. Quanto mais forte for a posição da tecnologia do licenciante, maior significado assumirá o facto de o licenciado se poder tornar uma importante fonte de inovação e de concorrência futura. O impacto negativo das obrigações de retrocessão pode igualmente ser reforçado no caso de redes paralelas de acordos de licenciamento que incluam tais obrigações. Quando as tecnologias disponíveis são controladas por um número limitado de licenciantes que impõem obrigações de retrocessão exclusivas aos licenciados, o risco de incidências anticoncorrenciais é maior do que quando existem várias tecnologias, das quais apenas algumas são licenciadas com obrigações de retrocessão exclusivas.

131. As obrigações de retrocessão não exclusivas são abrangidas pela zona de segurança do RICTT. Tal é o caso também quando não são recíprocas, ou seja, apenas impostas ao licenciado e quando, por força do acordo, o licenciante é autorizado a comunicar os melhoramentos a outros licenciados. Uma obrigação de retrocessão não recíproca pode promover a divulgação de novas tecnologias, permitindo que o licenciante determine livremente se e em que medida transfere os seus próprios melhoramentos para os seus licenciados. Uma cláusula de comunicação desse tipo pode igualmente promover a divulgação da tecnologia, nomeadamente quando cada licenciado souber, no momento da celebração do acordo, que se encontrará em pé de igualdade com outros licenciados no que respeita à tecnologia utilizada para a produção.
132. As obrigações de retrocessão não exclusivas podem, em particular, ter efeitos negativos sobre a inovação no caso de um licenciamento cruzado entre concorrentes, quando uma obrigação de retrocessão imposta a ambas as partes for combinada com uma obrigação de ambas as partes partilharem quaisquer melhoramentos introduzidos na sua própria tecnologia com a outra parte. A partilha de todos os melhoramentos entre concorrentes pode impedir cada um dos concorrentes de adquirir uma vantagem competitiva em relação ao outro (ver também ponto 241 *infra*). Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de alcançar uma vantagem competitiva em relação umas às outras, quando o objetivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as respetivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar a mesma base tecnológica na conceção dos seus produtos. É o que acontece quando o objetivo da licença consiste em criar liberdade de conceção e não em melhorar a base tecnológica do licenciado.

Cláusulas de não contestação e de rescisão

133. A restrição excluída referida no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do RICTT refere-se às cláusulas de não contestação, ou seja, às obrigações diretas ou indiretas de não contestar a validade da propriedade intelectual do licenciante, sem prejuízo da possibilidade de, no caso de uma licença exclusiva, o licenciante rescindir o acordo de transferência de tecnologia se o licenciado contestar a validade de qualquer dos direitos da tecnologia licenciada.
134. A razão para excluir as cláusulas de não contestação do âmbito da isenção por categoria é o facto de os licenciados se encontrarem em geral nas melhores condições para determinar se um direito de propriedade intelectual é ou não inválido. Para evitar qualquer distorção da concorrência e em conformidade com os princípios subjacentes à proteção da propriedade intelectual, os direitos de propriedade intelectual não válidos devem ser eliminados, uma vez que paralisam a inovação em vez de a promoverem. O artigo 101.º, n.º 1, do Tratado pode ser igualmente aplicável a cláusulas de não contestação quando a tecnologia licenciada possui um determinado valor e penaliza, por conseguinte, a nível da concorrência, as empresas que não a podem utilizar ou que a podem apenas utilizar mediante o pagamento de *royalties*. Nesses casos, é pouco provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3,

se encontrem reunidas. No entanto, se a tecnologia licenciada estiver relacionada com um processo tecnicamente desatualizado que o licenciado não utiliza ou se a licença for concedida a título gratuito, não existe qualquer restrição da concorrência⁽⁶⁴⁾. Relativamente às cláusulas de não contestação no contexto dos acordos de resolução de litígios, ver pontos 242 e 243.

135. Em geral, uma cláusula que obrigue o licenciado a não contestar a titularidade dos direitos de tecnologia não constitui uma restrição da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Independentemente de o licenciante ter a titularidade dos direitos da tecnologia, a sua utilização pelo licenciado e por qualquer outra parte depende sempre da obtenção de uma licença, pelo que, geralmente, a concorrência não deveria, assim, ser afetada⁽⁶⁵⁾.
136. O artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do RICTT também exclui da zona de segurança da isenção por categoria, no contexto das licenças não exclusivas, o direito de o licenciante rescindir o acordo no caso de o licenciado contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual de que o licenciante seja titular na União. Esse direito de rescisão pode ter o mesmo efeito que uma cláusula de não contestação, em especial se o abandono da tecnologia do licenciante resultasse numa perda significativa para o licenciado (por exemplo, quando o licenciado já investiu em máquinas ou ferramentas específicas que não podem ser utilizadas para produzir com outra tecnologia) ou se a tecnologia do licenciante for um *input* necessário para a produção do licenciado. Por exemplo, no contexto de patentes essenciais para a norma, o licenciado que produz um produto conforme a uma norma terá de utilizar necessariamente todas as patentes requeridas para a aplicação da norma. Nesse caso, o facto de contestar a validade das patentes relevantes pode resultar numa perda importante se o acordo de transferência de tecnologia for rescindido. Sempre que a tecnologia do licenciante não for essencial para a norma, mas tiver uma posição de mercado muito significativa, o desincentivo à contestação pode também ser elevado, tendo em conta a dificuldade de o licenciado encontrar uma tecnologia alternativa viável que possa obter sob licença. A questão de saber se a perda de lucro do licenciado seria significativa, constituindo, por conseguinte, um forte desincentivo para a contestação, teria de ser apreciada caso a caso.

137. Nos cenários descritos no ponto 136, o licenciado pode ser dissuadido de contestar a validade do direito de propriedade intelectual se corresse o risco de rescindir o acordo de licenciamento, o que, por sua vez, poderia implicar riscos substanciais muito para além das suas obrigações de pagamento de *royalties*. No entanto, convém ainda notar que, fora do contexto destes cenários, uma cláusula de rescisão não forneceria muitas vezes um forte desincentivo para a constatação, pelo que não produziria o mesmo efeito de uma cláusula de não contestação.

⁽⁶⁴⁾ Ver a este respeito o Processo 65/86, *Bayer/Süßlhofer*, Coletânea 1988, p. 5249.

⁽⁶⁵⁾ Ver, em matéria de contestação da propriedade de uma marca comercial, a decisão da Comissão no Processo *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 de 20.4.1990, p. 32).

138. O interesse público de reforçar o incentivo de o licenciante licenciar pelo facto de não ser obrigado a continuar a negociar com o licenciado que contesta a própria substância do acordo de licenciamento deve ser ponderado face ao interesse público de eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que pode surgir quando a concessão de um direito de propriedade intelectual enferme de erro ⁽⁶⁶⁾. Na ponderação dos referidos interesses, deve ter-se em conta se o licenciado cumpre todas as obrigações ao abrigo do acordo aquando da contestação, nomeadamente a obrigação de pagar as *royalties* acordadas.
139. No caso do licenciamento exclusivo, as cláusulas de rescisão são normalmente menos suscetíveis de, globalmente, ter efeitos anticoncorrenciais. Uma vez concedida a licença, o licenciante pode encontrar-se numa situação particular de dependência, uma vez que o licenciado será a sua única fonte de rendimento no que respeita aos direitos da tecnologia licenciada se as *royalties* dependerem da produção com os direitos da tecnologia licenciada, na medida em que podem ser muitas vezes uma forma eficaz de estruturar o pagamento das *royalties*. Neste cenário, os incentivos à inovação e ao licenciamento poderiam ser minados se, por exemplo, o licenciante fosse obrigado a concluir um acordo com um licenciado exclusivo que deixou de fazer esforços significativos para desenvolver, fabricar e comercializar o produto a fabricar ou fabricado com os direitos de tecnologia licenciados ⁽⁶⁷⁾. É por este motivo que o RICTT concede uma isenção por categoria às cláusulas de rescisão para acordos de licenciamento exclusivo, desde que sejam cumpridas também as outras condições da zona de segurança, como o respeito do limiar de quota de mercado. Fora da zona de segurança, há que realizar uma apreciação caso a caso, tendo em conta os diferentes interesses, tal como descrito no ponto 138.
140. Além disso, a Comissão tem uma posição mais favorável em relação às cláusulas de não contestação e de rescisão relativas ao saber-fazer sempre que, uma vez divulgado, o saber-fazer licenciado seja provavelmente impossível ou muito difícil de recuperar. Nesses casos, uma obrigação de o licenciado não contestar o saber-fazer licenciado promove a divulgação de nova tecnologia, em especial ao permitir que os licenciantes mais fracos concedam licenças a licenciados mais fortes sem temer contestação depois de o licenciado ter absorvido o saber-fazer. Por conseguinte, só não são excluídas do âmbito de aplicação do RICTT as cláusulas de rescisão e de não contestação relativas ao saber-fazer.

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

141. No caso de um acordo entre não concorrentes, o artigo 5.º, n.º 2, exclui do âmbito da isenção por categoria qualquer obrigação direta ou indireta que limite a capacidade de o licenciado explorar os seus próprios direitos de

tecnologia ou a capacidade de as partes no acordo realizarem investigação e desenvolvimento, a menos que esta última restrição seja indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado. O teor desta condição é o mesmo do que o disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da lista de restrições graves no que se refere a acordos entre concorrentes, o que é tratado nos pontos 115 e 116 das presentes Orientações. Contudo, no caso de acordos entre não concorrentes, não se pode considerar que tais restrições tenham em geral efeitos negativos na concorrência ou que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado não são em geral satisfeitas ⁽⁶⁸⁾. Esses acordos devem ser apreciados individualmente.

142. No caso de acordos entre não concorrentes, o licenciado normalmente não possui uma tecnologia concorrente. No entanto, pode haver casos em que, para efeitos da isenção por categoria, as partes são consideradas não concorrentes, apesar do facto de o licenciado possuir uma tecnologia concorrente. É o que sucede quando o licenciado possui uma tecnologia mas não a licencia e o licenciante não é um fornecedor real ou potencial no mercado do produto. Para efeitos da isenção por categoria, nessas circunstâncias, as partes não são nem concorrentes no mercado da tecnologia nem concorrentes no mercado do produto a jusante ⁽⁶⁹⁾. Em tais casos, é importante assegurar-se de que o licenciado não é restringido na sua capacidade de explorar a sua própria tecnologia e de continuar o seu desenvolvimento. Esta tecnologia constitui uma pressão concorrencial no mercado, que devia ser mantida. Numa situação desse tipo, as restrições relativas à utilização por parte do licenciado dos seus próprios direitos da tecnologia ou à investigação e desenvolvimento são normalmente consideradas limitativas da concorrência e não satisfazem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Por exemplo, uma obrigação imposta ao licenciado de pagar *royalties* não apenas com base nos produtos que fabrica com a tecnologia licenciada, mas também com base nos produtos que fabrica apenas com a sua própria tecnologia, limita em geral a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia e, por conseguinte, deve ser excluída do âmbito da isenção por categoria.

143. Em casos em que o licenciado não possui uma tecnologia concorrente ou não está já a desenvolver tal tecnologia, uma restrição da possibilidade de as partes realizarem atividades independentes de investigação e desenvolvimento pode ser restritiva da concorrência quando estiverem disponíveis apenas algumas tecnologias. Nesse caso, as partes podem ser uma importante fonte (potencial) de inovação no mercado. Tal acontece principalmente quando as partes possuem os ativos e as competências necessários para continuar a realizar investigação e desenvolvimento. Nesse caso, não é provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sejam satisfeitas. Noutros casos, em que se encontram disponíveis várias tecnologias e as partes não possuem ativos ou competências especiais, a restrição relativa à investigação e desenvolvimento é suscetível quer de não ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, por falta de efeitos restritivos significativos, quer de satisfazer as condições previstas

⁽⁶⁶⁾ Processo 193/83, *Windsurfing International*, Coletânea 1986, p. 611, n.º 92.

⁽⁶⁷⁾ No contexto de um acordo que tecnicamente não é um acordo exclusivo, e sempre que uma cláusula de rescisão não é assim coberta pela zona de segurança do RGIC, o licenciante pode, num caso específico, encontrar-se na mesma situação de dependência em relação a um licenciado com um considerável poder de compra. Uma tal dependência será tida em conta na apreciação individual.

⁽⁶⁸⁾ Ver ponto 14 *supra*.

⁽⁶⁹⁾ Ver ponto 36 *supra*.

no artigo 101.º, n.º 3. A restrição pode promover a divulgação de novas tecnologias, garantindo ao licenciante que a licença não cria um novo concorrente e persuadindo o licenciado a centrar-se na exploração e desenvolvimento da tecnologia licenciada. Além disso, o artigo 101.º, n.º 1, só é aplicável quando o acordo reduz o incentivo de o licenciado melhorar e explorar a sua própria tecnologia. Não é, por exemplo, provável que seja o caso quando o licenciante tiver o direito de rescindir o acordo de licenciamento depois de o licenciado ter começado a produzir com base na sua própria tecnologia concorrente. Esse direito não reduz o incentivo de o licenciado inovar, uma vez que o acordo só pode ser rescindido quando tiver sido desenvolvida uma tecnologia comercialmente viável e os produtos fabricados com base nela estiverem prontos para serem colocados no mercado.

3.6. Retirada e não aplicação do regulamento de isenção por categoria

3.6.1. Processo de retirada

144. Nos termos do artigo 6.º do RICTT, a Comissão e as autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros podem retirar o benefício do regulamento de isenção por categoria relativamente aos acordos individuais suscetíveis de terem efeitos anticoncorrenciais (devem tomar-se em consideração tanto os efeitos reais como os potenciais) e que não satisfaçam as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. As autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros só estão habilitadas a retirar o benefício da isenção por categoria nos casos em que o mercado geográfico relevante não é mais vasto do que o território do Estado-Membro em questão.
145. As quatro condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, são cumulativas e devem ser todas satisfeitas para que a regra de derrogação seja aplicável⁽⁷⁰⁾. A isenção por categoria pode, por conseguinte, ser retirada se um determinado acordo não conseguir satisfazer uma ou várias dessas quatro condições.
146. Quando o procedimento de retirada é aplicado, cabe à autoridade que retira o benefício da isenção o ónus da prova de que o acordo é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e que não satisfaz o conjunto das quatro condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3. Tendo em conta o facto de a retirada implicar que o acordo em causa restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, e não satisfaz as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, a retirada é necessariamente acompanhada por uma decisão negativa tomada nos termos dos artigos 5.º, 7.º ou 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.
147. Nos termos do disposto no artigo 6.º do RICTT, uma retirada pode nomeadamente justificar-se nos seguintes casos:
- a) O acesso das tecnologias de terceiros ao mercado é restringido, por exemplo através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proibam os licenciados de recorrerem às tecnologias de terceiros;
 - b) O acesso ao mercado de potenciais licenciados é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proibam os licenciados de licenciar a outros licenciados ou porque o único titular da tecnologia que licencia os direitos da tecnologia relevantes conclui uma licença exclusiva com um licenciado já ativo no mercado do produto com base em direitos da tecnologia substituíveis. A fim de serem considerados relevantes, os direitos da tecnologia devem ser técnica e comercialmente substituíveis para permitir ao licenciado estar ativo no mercado do produto relevante.
148. Os artigos 4.º e 5.º do RICTT, em que figura a lista das restrições graves da concorrência, bem como as restrições excluídas, têm por objetivo garantir que os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não limitam o incentivo para inovar, não atrasam a divulgação da tecnologia e não restringem indevidamente a concorrência entre o licenciante e o licenciado ou entre licenciados. Todavia, a lista das restrições graves e a lista das restrições excluídas não atendem ao eventual impacto dos acordos de licenciamento. A isenção por categoria não abrange, nomeadamente, os eventuais efeitos cumulativos de restrições semelhantes contidos em redes de acordos de licenciamento. Os acordos de licenciamento podem dar origem à exclusão de terceiros, tanto a nível do licenciante como a nível do licenciado. A exclusão de outros licenciados pode ser devida ao efeito cumulativo de redes de acordos de licenciamento que proibem os licenciados de explorarem tecnologias concorrentes, o que dá origem à exclusão de outros licenciados (potenciais). Pode existir exclusão de licenciados quando a maior parte das empresas presentes num mercado que podem adquirir (eficazmente) uma licença concorrente é impedida de o fazer devido à existência de acordos restritivos e quando os licenciados potenciais se veem confrontados com obstáculos à entrada relativamente elevados. Pode existir exclusão de outros licenciados em caso de efeito cumulativo de acordos de licenciamento que proibam os licenciados de concederem licenças a outros licenciados, impedindo assim licenciados potenciais de acederem à tecnologia necessária. O problema da exclusão é examinado mais pormenorizadamente nas secções 4.2.2 e 4.2.7. Além disso, é também provável que a Comissão retire o benefício da isenção por categoria, quando, em acordos individuais, um número

⁽⁷⁰⁾ Ver a este respeito o ponto 42 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3.

significativo de licenciadas de tecnologias concorrentes impuser aos seus licenciados a obrigação de lhes tornar extensivas quaisquer condições mais favoráveis acordadas com outros licenciadas.

3.6.2. Não aplicação do regulamento de isenção por categoria

149. O artigo 7.º do RICTT habilita a Comissão a excluir do seu âmbito de aplicação, através de regulamento, as redes paralelas de acordos semelhantes que abrangem mais de 50 % de um mercado relevante. Esta disposição não se destina às empresas individuais, mas é aplicável a todas as empresas cujos acordos são definidos no regulamento que declara a não aplicação do RICTT.
150. Embora a retirada do benefício do RICTT pela Comissão nos termos do artigo 6.º implique a adoção de uma decisão nos termos dos artigos 7.º ou 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, o efeito de um regulamento da Comissão nos termos do artigo 7.º do RICTT que declare a não aplicação do RICTT consiste simplesmente em retirar o benefício do RICTT e restabelecer a plena aplicabilidade do artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, do Tratado no que respeita às restrições e aos mercados em causa. Na sequência da adoção de um regulamento que declare a não aplicação do RICTT a acordos que contenham certas restrições num determinado mercado, os critérios enunciados na jurisprudência relevante dos Tribunais da União, bem como nas comunicações e decisões anteriores adotadas pela Comissão, fornecerão orientações sobre a aplicação do artigo 101.º a acordos individuais. Se for caso disso, a Comissão adotará uma decisão relativa a um caso individual, fornecendo orientações para todas as empresas que operam no mercado relevante.
151. Para efeitos do cálculo da taxa de cobertura do mercado de 50 %, será conveniente ter em conta cada rede individual de acordos de licenciamento que incluam restrições, ou combinações de restrições, que produzem efeitos semelhantes no mercado.
152. O artigo 7.º do RICTT não implica, para a Comissão, uma obrigação de agir quando a taxa de cobertura de 50 % seja ultrapassada. De uma forma geral, a adoção de um regulamento nos termos do artigo 7.º é adequada se for provável que o acesso ao mercado relevante ou a concorrência nesse mercado sejam restringidos de forma significativa. Quando a Comissão for chamada a apreciar a necessidade de aplicar o artigo 7.º, examinará se uma retirada individual não constituiria uma solução mais apropriada. Tal pode depender, em especial, do número de empresas concorrentes que contribuem para produzir um efeito cumulativo no mercado ou do número dos mercados geográficos afetados na União.
153. Um regulamento adotado ao abrigo do artigo 7.º deve definir claramente o seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, a Comissão deve, em primeiro lugar, definir os mercados do produto e geográficos relevantes e, em segundo lugar, identificar o tipo de restrições de licenciamento relativamente às quais o RICTT deixará de ser aplicável. No que respeita a este último aspeto, a Comissão pode adaptar o âmbito do regulamento em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos não concorrentes sejam tomadas em consideração para efeitos de determinar se a taxa de cobertura do mercado de 50 % é atingida, a Comissão pode não obstante limitar

o âmbito do seu regulamento apenas às obrigações de não concorrência que ultrapassem uma determinada duração. Assim, os acordos com uma duração mais curta ou de natureza menos restritiva poderão não ser afetados, considerando-se que o efeito de exclusão das restrições em causa é menos importante. Se for caso disso, a Comissão poderá igualmente fornecer orientações, especificando o nível da quota de mercado que, no contexto do mercado específico, pode ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa individual contribui de forma significativa para o efeito cumulativo. Em geral, considere-se que, quando a quota de mercado detida pelos produtos que incorporam uma tecnologia licenciada por um licenciante individual não ultrapassa 5 %, o acordo ou a rede de acordos que cobrem essa tecnologia não contribui de forma significativa para o efeito cumulativo de exclusão do mercado ⁽⁷¹⁾.

154. O período de transição mínimo de seis meses que a Comissão deverá prever nos termos do artigo 7.º, n.º 2, deve permitir às empresas em causa adaptarem os seus acordos a fim de terem em conta o regulamento que declara a não aplicação do RICTT.
155. Um regulamento que declare a não aplicação do RICTT não afetará a isenção por categoria dos acordos em causa durante o período que antecede a sua entrada em vigor.

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

4.1. Quadro geral da análise

156. Os acordos que não podem beneficiar de uma isenção por categoria, por exemplo quando os limiares de quota de mercado são ultrapassados ou quando o acordo foi concluído entre mais de duas partes, devem ser apreciados individualmente. Os acordos que não restrinjam a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, ou que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, são válidos e aplicáveis. Recorde-se que não existe qualquer presunção de ilegalidade dos acordos não abrangidos pelo âmbito da isenção por categoria, desde que não contenham restrições graves da concorrência. Não existe em especial qualquer presunção de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, pelo simples facto de os limiares de quota de mercado serem excedidos. Esses acordos devem ser sempre apreciados individualmente, com base nos princípios descritos nas presentes Orientações.

Zona de segurança no caso de existirem suficientes tecnologias controladas independentemente

157. A fim de fomentar a previsibilidade para além da aplicação do RICTT e de limitar a análise pormenorizada a casos suscetíveis de apresentar verdadeiros problemas de concorrência, a Comissão considera que, fora da área das restrições graves, não é provável que haja uma infração ao artigo 101.º do Tratado, quando existem quatro ou mais tecnologias controladas independentemente, para além das tecnologias controladas pelas partes no acordo, que podem ser substituíveis em relação à tecnologia licenciada a

⁽⁷¹⁾ Ver a este respeito o ponto 8 da Comunicação da Comissão relativa aos acordos de menor importância, citada na nota de rodapé 20.

um custo comparável para o utilizador. Ao apreciar se as tecnologias são suficientemente substituíveis, há que a atender ao poder comercial relativo das tecnologias em questão. A pressão competitiva exercida por uma tecnologia é limitada se não constituir uma alternativa comercialmente viável para a tecnologia licenciada. Por exemplo, se, devido a efeitos de rede no mercado, os consumidores revelarem uma forte preferência por produtos que incorporam a tecnologia licenciada, outras tecnologias já no mercado ou suscetíveis de entrarem no mercado num período razoável de tempo podem não constituir uma verdadeira alternativa, podendo, por conseguinte, impor apenas uma pressão competitiva.

158. O facto de um acordo não ser abrangido pela zona de segurança descrita no ponto 157 não implica que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e, caso o seja, que as condições do artigo 101.º, n.º 3, não são satisfeitas. Quanto à zona de segurança da quota de mercado do RICTT, esta zona de segurança suplementar apenas permite presumir que o acordo não é proibido pelo artigo 101.º. Fora da zona de segurança, é necessária uma apreciação individual do acordo com base nos princípios desenvolvidos nas presentes Orientações.

4.1.1. Fatores relevantes

159. Quando se aplicar o artigo 101.º do Tratado a casos individuais, é conveniente ter devidamente em conta a forma como a concorrência se processa no mercado em causa. Relativamente a este aspeto, devem ser designadamente tomados em consideração os seguintes fatores:

- a) A natureza do acordo;
- b) A posição de mercado das partes;
- c) A posição de mercado dos concorrentes;
- d) A posição de mercado dos compradores nos mercados relevantes;
- e) Os obstáculos à entrada no mercado e
- f) A maturidade do mercado.

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

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

162. A posição de mercado das partes, incluindo quaisquer empresas controladas *de facto* ou *de jure* pelas partes, dá uma indicação do grau de poder de mercado que possuem

eventualmente o licenciante, o licenciado ou ambos. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado, maiores são os riscos de que exista poder de mercado. É o que sucede, nomeadamente, quando a quota de mercado traduz as vantagens em matéria de custos ou outras vantagens competitivas que as partes possuem face aos seus concorrentes. Tais vantagens podem, por exemplo, dever-se ao facto de terem sido os primeiros a penetrar no mercado, de deterem patentes essenciais ou de possuírem tecnologias mais avançadas. No entanto, as partes de mercado são sempre apenas um fator para apreciar posições de mercado. Por exemplo, em especial no caso dos mercados da tecnologia, as quotas de mercado nem sempre são um bom indicador do poder relativo das tecnologias em questão e os dados relativos às quotas de mercado podem variar consideravelmente consoante os diferentes métodos de cálculo.

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

164. A posição de mercado dos compradores permite verificar se um ou mais compradores possuem ou não poder de compra. O primeiro indicador de poder de compra é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta quota reflete a importância da sua procura para os eventuais fornecedores. Outros indicadores são a posição do comprador no seu mercado de revenda, incluindo características tais como a dimensão da cobertura geográfica dos seus estabelecimentos e a sua imagem de marca junto dos consumidores finais. Em certos casos, o poder de compra pode impedir o licenciante e/ou o licenciado de exercerem o seu poder de mercado, solucionando desta forma um problema de concorrência que de outro modo teria existido. É o que sucede nomeadamente quando compradores poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de abastecimento nesse mercado em caso de um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos. Quando os compradores fortes obtêm simplesmente condições favoráveis do fornecedor ou se contentam em repercutir cada aumento de preços nos seus clientes, a posição que detêm não é de molde a impedir o licenciado de exercer o seu poder no mercado do produto e, por conseguinte, não resolve os problemas de concorrência nesse mercado⁽⁷²⁾.

165. Os obstáculos à entrada são avaliados calculando a medida em que as empresas presentes no mercado podem aumentar os seus preços para além do nível competitivo sem suscitar a entrada no mercado de novas empresas. Na ausência de obstáculos à entrada, a possibilidade de entrada fácil e rápida tornaria tais aumentos não rentáveis.

⁽⁷²⁾ Ver a este respeito o Processo T-228/97, *Irish Sugar*, Coletânea 1999, p. II-2969, n.º 101.

Quando for provável que as entradas efetivas que impeçam ou limitem o exercício do poder de mercado possam ocorrer num prazo de um ou dois anos, considera-se geralmente que os obstáculos à entrada são reduzidos.

166. Os obstáculos à entrada podem dever-se a um grande número de fatores, como, por exemplo, economias de escala e de gama, regulamentações, nomeadamente quando criam direitos exclusivos, auxílios estatais, direitos aduaneiros à importação, direitos de propriedade intelectual e propriedade de recursos quando o fornecimento é limitado, por exemplo por limitações naturais, instalações essenciais, vantagens associadas ao facto de ser a primeira empresa implantada ou fidelidade à marca por parte dos consumidores devida a poderosas ações publicitárias durante um período prolongado. Podem igualmente constituir um obstáculo à entrada acordos restritivos entre empresas que dificultem o acesso ao mercado e dele excluam concorrentes (potenciais). Podem existir obstáculos à entrada em todas as fases do processo de investigação e desenvolvimento, produção e distribuição. A questão de saber se alguns destes fatores podem ser descritos como obstáculos à entrada depende em especial de darem ou não origem a custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis são os custos que foram suportados para penetrar ou operar num mercado, mas que são perdidos a partir do momento em que a empresa abandona esse mercado. Quanto maiores forem os custos irrecuperáveis, mais os novos candidatos potenciais devem ponderar os riscos inerentes à entrada no mercado e mais credíveis serão as ameaças de os operadores estabelecidos responderem a esta nova concorrência, na medida em que os custos irrecuperáveis tornarão onerosa qualquer saída do mercado. De uma forma geral, qualquer entrada num mercado impõe custos irrecuperáveis, por vezes reduzidos e outras vezes importantes. Por esta razão, a concorrência real é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.

167. Num mercado maduro, ou seja, num mercado que existe há algum tempo, no qual a tecnologia utilizada é bem conhecida, largamente utilizada e relativamente estável e em que a procura é relativamente estável ou mesmo em declínio, as restrições da concorrência são mais suscetíveis de ter efeitos negativos do que em mercados mais dinâmicos.

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

4.1.2. Efeitos negativos dos acordos de licenciamento restritivos

169. Os efeitos negativos para a concorrência no mercado que podem resultar dos acordos de transferência de tecnologia restritivos são, nomeadamente, os seguintes:

- a) Redução da concorrência intertecnologia entre as empresas que operam no mercado da tecnologia ou num mercado do produto que incorpora as tecnologias em questão, facilitando, nomeadamente, a colusão, tanto explícita como implícita;
- b) Exclusão dos concorrentes através do aumento dos seus custos, da restrição do seu acesso a *inputs* essenciais ou do levantamento de outros obstáculos à entrada; e ainda
- c) Redução da concorrência intratecnologia entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia.

170. Os acordos de transferência de tecnologia podem reduzir a concorrência intertecnologia, ou seja, a concorrência entre as empresas que concedem licenças ou fabricam produtos com base em tecnologias substituíveis. Tal é nomeadamente o caso quando são impostas obrigações recíprocas. Por exemplo, quando concorrentes transferem entre si tecnologias concorrentes e impõem uma obrigação recíproca de se fornecerem mutuamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respetivas e quando este acordo impede um concorrente de obter um avanço tecnológico sobre um outro, a concorrência em matéria de inovação entre as partes é restringida (ver igualmente ponto 241).

171. O licenciamento entre concorrentes pode igualmente facilitar a colusão. O risco de colusão é particularmente elevado em mercados concentrados. A colusão exige que as empresas em causa tenham a mesma opinião sobre o que constitui o seu interesse comum e sobre a forma como os mecanismos de coordenação funcionam. Para que a colusão funcione, as empresas devem também poder monitorizar o comportamento de mercado umas das outras e devem existir elementos dissuasores para impedir desvios das políticas comuns no mercado, ao mesmo tempo que os obstáculos à entrada devem ser suficientemente elevados para limitar a entrada ou expansão de estranhos. Os acordos podem facilitar a colusão ao reforçar a transparência do mercado, controlar certos comportamentos e aumentar os obstáculos à entrada. Acordos de licenciamento que deem origem a um grau elevado de similitude dos custos podem também excepcionalmente facilitar a colusão, uma vez que as empresas que têm custos semelhantes são mais suscetíveis de ter pontos de vista semelhantes relativamente às condições de coordenação⁽⁷³⁾.

172. Os acordos de licenciamento podem igualmente ter consequências na concorrência intertecnologia ao criar obstáculos que impedem a entrada de concorrentes ou a sua expansão no mercado. Tais efeitos de exclusão podem ser produzidos por restrições que impedem os licenciados de obter licenças de terceiros ou dissuadindo-os de o fazer. Por exemplo, terceiros podem ser impedidos de entrar no mercado quando os licenciados existentes impuserem aos licenciados obrigações de não concorrência tais que os terceiros dispõem de um número insuficiente de licenciados e quando for difícil a sua entrada. Os fornecedores de tecnologias substituíveis podem igualmente ser excluídos quando um licenciante com um grau suficiente de poder

⁽⁷³⁾ Ver a este respeito o ponto 36 das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, citadas na nota de rodapé 27.

de mercado associar diferentes partes de uma tecnologia e as licenciar globalmente num pacote, embora apenas seja necessária uma parte desse pacote para fabricar um determinado produto.

173. Os acordos de licenciamento podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia, ou seja, a concorrência entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia. Um acordo que impõe restrições territoriais aos licenciados, impedindo-os de vender nos territórios uns dos outros, reduz a concorrência recíproca. Os acordos de licenciamento podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia ao facilitarem a colusão entre licenciados. Além disso, os acordos de licenciamento que reduzem a concorrência intratecnologia podem facilitar a colusão entre os proprietários de tecnologias concorrentes ou reduzir a concorrência intratecnologia ao aumentarem os obstáculos à entrada no mercado.

4.1.3. Efeitos positivos dos acordos de licenciamento e quadro de análise desses efeitos

174. Mesmo os acordos de licenciamento restritivos também têm muitas vezes efeitos pró-concorrenciais sob a forma de ganhos de eficiência que podem compensar os seus efeitos anticoncorrenciais. A apreciação dos possíveis efeitos pró-concorrenciais é efetuada no âmbito do artigo 101.º, n.º 3, que prevê uma derrogação à regra de proibição constante do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Para que esta derrogação seja aplicável, o acordo de licenciamento deve apresentar vantagens económicas objetivas, as restrições da concorrência devem ser indispensáveis para atingir esses ganhos de eficiência, os consumidores devem obter uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e o acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Uma empresa que invoque o artigo 101.º, n.º 3, deve demonstrar, através de argumentos e elementos de prova convincentes, que estão reunidas as condições exigidas para beneficiar de uma isenção (74).

175. A apreciação de acordos restritivos à luz do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado é efetuada tendo em conta o contexto real em que tais acordos são concluídos (75) e com base

nos factos existentes num dado momento. A apreciação é, portanto, sensível a alterações essenciais dos factos. A regra de derrogação prevista no artigo 101.º, n.º 3, é aplicável enquanto estiverem reunidas as quatro condições e deixa de ser aplicável logo que tal deixar de se verificar (76). Contudo, ao aplicar o artigo 101.º, n.º 3, é necessário tomar em consideração os investimentos irrecuperáveis iniciais realizados por qualquer uma das partes, bem como o tempo necessário e as restrições exigidas para realizar e recuperar um investimento de melhoria da eficiência. O artigo 101.º não pode ser aplicado sem tomar em consideração o investimento *ex ante* e os riscos a ele relativos. O risco com que as partes se confrontam, bem como os investimentos irrecuperáveis que devem ser realizados para aplicar o acordo, podem assim conduzir a que o acordo não seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, ou que satisfaça as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, consoante o caso, durante o tempo necessário para a recuperação do investimento.

176. A primeira condição do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado exige uma apreciação dos benefícios objetivos em termos de eficiências produzidas pelo acordo. Relativamente a este aspeto, os acordos de licenciamento podem permitir reunir tecnologias e outros ativos complementares, o que permitirá colocar no mercado produtos novos ou melhorados ou ainda fabricar produtos existentes a custos inferiores. À exceção do caso dos cartéis mais graves, o licenciamento é frequente, uma vez que é mais eficiente para o licenciante licenciar a sua tecnologia do que explorá-la ele próprio. É o que pode suceder quando o licenciado tem já acesso aos ativos de produção necessários. O acordo permite então ao licenciado aceder a uma tecnologia que pode ser combinada com esses ativos, o que lhe permite explorar tecnologias novas ou melhoradas. Um outro exemplo de licenciamento que potencialmente favorece os ganhos de eficiência é quando o licenciado já possui uma tecnologia e a combinação desta tecnologia com a do licenciante dá origem a sinergias. Quando as duas tecnologias são combinadas, o licenciado pode então obter uma configuração custos/produção que não poderia alcançar de outra forma. Os acordos de licenciamento, a exemplo do que sucede com os acordos de distribuição verticais, podem igualmente criar ganhos de eficiência na fase da distribuição. Pode tratar-se da redução de custos ou do fornecimento de serviços de melhor qualidade aos consumidores. Os efeitos positivos dos acordos verticais são descritos nas Orientações relativas às restrições verticais (77). Um outro exemplo de eventuais ganhos de eficiência são os acordos em que os proprietários da tecnologia reúnem um pacote tecnológico para licenciamento a

(74) Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, Coletânea 2009, p. I-9291, n.º 82.

(75) Ver Processos apensos 25/84 e 26/84, *Ford*, Coletânea 1985, p. 2725; Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, Coletânea 2009, p. I-9291, n.º 103.

(76) Ver a este respeito, por exemplo, a Decisão da Comissão de 3 de março de 1999, no processo TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Do mesmo modo, a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, apenas é aplicável a acordos que tiverem objetivos ou efeitos restritivos.

(77) Citadas na nota de rodapé 52. Ver em especial os pontos 106 e seguintes.

terceiros. Tais acordos de agrupamento podem, em especial, reduzir os custos de transação, uma vez que os licenciados não têm de concluir acordos de licenciamento distintos com cada licenciante. O licenciamento pró-concorrencial pode igualmente verificar-se para garantir a liberdade de conceção. Em setores em que existe um grande número de direitos de propriedade intelectual e quando os produtos individuais podem infringir alguns dos direitos de propriedade intelectual existentes e futuros, os acordos de licenciamento, através dos quais as partes acordam em não utilizar os seus direitos de propriedade intelectual umas contra as outras, são muitas vezes pró-concorrenciais, uma vez que permitem às partes desenvolver as suas tecnologias respetivas sem o risco de posteriores alegações de infração.

177. Ao aplicar o teste de indispensabilidade exigido no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, a Comissão examinará nomeadamente se cada restrição permite realizar a atividade em causa da forma mais eficaz do que se a restrição em causa não tivesse existido. Nesta apreciação devem ser tomadas em consideração as condições e realidades do mercado com que as partes se confrontam. Não é necessário que as empresas que invocam o benefício do artigo 101.º, n.º 3, tenham em conta alternativas hipotéticas e teóricas. Devem, contudo, explicar e demonstrar a razão pela qual alternativas aparentemente realistas e em grande medida menos restritivas seriam significativamente menos eficientes. Se o recurso a uma alternativa que se afigure comercialmente realista e menos restritiva viesse dar origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa seria considerada indispensável. Em certos casos, pode igualmente revelar-se necessário analisar se o acordo enquanto tal é indispensável para obter ganhos de eficiência. Tal pode, por exemplo, acontecer em relação aos agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias complementares mas não essenciais⁽⁷⁸⁾, caso em que é necessário examinar em que medida a inclusão dessas tecnologias dá origem a ganhos de eficiência específicos ou se o agrupamento podia ser limitado a tecnologias para as quais não existe qualquer substituto sem perda significativa de eficiência. No caso de um simples licenciamento entre duas partes, não é geralmente necessário ir além de uma análise do carácter indispensável das diferentes restrições individuais. Normalmente, não existem alternativas menos restritivas em relação ao acordo de licenciamento.

178. A condição de os consumidores deverem receber uma parte equitativa dos benefícios significa que os consumidores dos produtos fabricados no quadro da licença devem beneficiar de compensações, pelo menos em relação aos efeitos negativos do acordo⁽⁷⁹⁾. Tal significa que os ganhos de eficiência devem compensar inteiramente o

eventual impacto negativo do acordo nos preços, produção e outros fatores relevantes. Podem concretizar-se através da alteração da estrutura de custos da empresa em causa, o que constituirá um incentivo para reduzir os preços, ou permitindo que os consumidores tenham acesso a produtos novos ou melhorados, compensando-os por eventuais aumentos prováveis dos preços⁽⁸⁰⁾.

179. A última condição enunciada no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, segundo a qual um acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, pressupõe uma análise das pressões concorrenciais que subsistem no mercado e do impacto do acordo sobre essas fontes de concorrência. Aquando da aplicação da última condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, é conveniente ter em conta a relação entre o artigo 101.º, n.º 3, e o artigo 102.º. Segundo jurisprudência constante, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não pode impedir a aplicação do artigo 102.º do Tratado⁽⁸¹⁾. Além disso, como os artigos 101.º e 102.º se destinam ambos a manter a concorrência efetiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o artigo 101.º, n.º 3, seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos restritivos que constituem um abuso de posição dominante⁽⁸²⁾.

180. O facto de o acordo reduzir substancialmente uma das dimensões da concorrência não significa necessariamente que toda a concorrência seja eliminada na aceção do artigo 101.º, n.º 3. Um acordo de agrupamento de tecnologias, por exemplo, pode dar origem à criação de uma norma industrial, que conduzirá a uma situação em que a concorrência é reduzida em termos de formato tecnológico. A partir do momento em que os principais operadores do mercado tiverem adotado um determinado formato, os efeitos de rede podem dificultar muito a sobrevivência de formatos alternativos. Tal não significa contudo que a criação de uma norma industrial de facto elimina sempre a concorrência na aceção da última condição do artigo 101.º, n.º 3. No quadro desta norma, os fornecedores podem estar em concorrência a nível dos preços, da qualidade e das características dos produtos. Todavia, para que o artigo 101.º, n.º 3, seja respeitado, deve garantir-se que o acordo não restringe indevidamente a concorrência nem restringe indevidamente qualquer futura inovação.

⁽⁸⁰⁾ Ver pontos 98 e 102.

⁽⁸¹⁾ Ver, por analogia, o n.º 130 dos Processos Apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, citado na nota de rodapé 3. De modo semelhante, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não impede a aplicação das regras do Tratado sobre a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Estas disposições são aplicáveis, em determinadas circunstâncias, aos acordos, decisões e práticas concertadas na aceção do artigo 101.º, ver, para o efeito, o Processo C-309/99, *Wouters*, Coletânea 2002, p. I-1577, n.º 120.

⁽⁸²⁾ Ver a este respeito o Processo T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Coletânea 1990, p. II-309. Ver também o ponto 106 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3 *supra*.

⁽⁷⁸⁾ Relativamente a estas noções, ver secção 4.4.1.

⁽⁷⁹⁾ Ver ponto 85 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota de rodapé 3.

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

181. A presente secção aborda os diferentes tipos de restrições que normalmente constam dos acordos de licenciamento. Dada a sua importância, é útil proporcionar uma orientação quanto à forma como são apreciadas fora da zona de segurança do RICTT. As restrições já tratadas nas outras secções das presentes Orientações, nomeadamente nas secções 3.4 e 3.5, só serão tratadas resumidamente na presente secção.
182. A presente secção abrange simultaneamente os acordos entre não concorrentes e os acordos entre concorrentes. No que respeita a estes últimos, é estabelecida uma distinção, se for caso disso, entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos. Essa distinção não é necessária no caso de acordos entre não concorrentes. Com efeito, quando as empresas não são nem concorrentes reais nem concorrentes potenciais num mercado da tecnologia relevante ou num mercado de produtos que incorporam a tecnologia licenciada, uma licença recíproca não diverge, a nível prático, de duas licenças distintas. A situação é diferente para os acordos em que as partes reúnem um pacote tecnológico, que é então licenciado a terceiros. Tais acordos constituem os acordos de agrupamentos de tecnologias que são tratados na secção 4.
183. A presente secção não aborda as obrigações incluídas nos acordos de licenciamento que não restringem geralmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Estas obrigações incluem, nomeadamente:
- a) Obrigações de confidencialidade;
 - b) Obrigações impostas ao licenciado de não sublicenciar;
 - c) Obrigações de não utilizar os direitos de tecnologia licenciados após o termo do acordo, desde que os direitos de tecnologia licenciados permaneçam válidos e em vigor;
 - d) Obrigações de prestar assistência ao licenciante na aplicação dos direitos de propriedade intelectual licenciados;
 - e) Obrigações de pagar as *royalties* mínimas ou de produzir uma quantidade mínima de produtos que incorporem a tecnologia licenciada; e
 - f) Obrigações de utilizar a marca do licenciante ou de indicar a designação do licenciante no produto.

4.2.1. Obrigações em matéria de *royalties*

184. As partes num acordo de licenciamento têm normalmente liberdade para determinar as *royalties* a pagar pelo licenciado e o seu modo de pagamento, sem que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Este princípio é aplicável simultaneamente aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes. As obrigações em matéria de *royalties* podem, por exemplo, assu-

mir a forma de pagamentos de montantes fixos, de uma percentagem sobre o preço de venda ou de um montante fixo por cada produto que incorpora a tecnologia licenciada. Quando a tecnologia licenciada diz respeito a um *input* integrado seguidamente num produto final, o facto de as *royalties* serem calculadas com base no preço do produto final não dá geralmente origem a restrições da concorrência, desde que esse produto incorpore a tecnologia licenciada⁽⁸³⁾. No caso das *royalties* relativas ao licenciamento de programas informáticos com base no número de utilizadores e *royalties* calculadas com base em unidades de equipamento, estas são regra geral compatíveis com o artigo 101.º, n.º 1.

185. No caso de acordos de licenciamento entre concorrentes, deve-se ter em mente (ver pontos 100 a 101 e 116 *supra*) que, num número limitado de circunstâncias, as obrigações relativas às *royalties* podem constituir uma fixação de preços, o que é considerado uma restrição grave [ver artigo 4.º, n.º 1, alínea a)]. Constituirá uma restrição grave, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), se os concorrentes previrem *royalties* recíprocas em circunstâncias em que a licença é fictícia, na medida em que o seu objetivo não é permitir uma integração de tecnologias complementares, nem atingir um outro objetivo pró-concorrencial. Constituirá também uma restrição grave, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e d), se as *royalties* abrangerem também os produtos fabricados unicamente com os próprios direitos de tecnologia do licenciado.
186. Outros tipos de acordos de *royalties* entre concorrentes são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %, ainda que restrinjam a concorrência. Fora da zona de segurança da isenção por categoria, pode ser aplicável o artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, quando os concorrentes concederem mutuamente licenças e impuserem *royalties* claramente desproporcionadas em relação ao valor de mercado da licença e quando tais *royalties* tiverem impacto significativo nos preços de mercado. Ao apreciar se as *royalties* são desproporcionadas, é necessário ter em conta as *royalties* pagas por outros licenciados no mercado do produto pelas mesmas tecnologias ou por tecnologias substitutivas. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.
187. Independentemente do facto de a isenção por categoria só se aplicar se os direitos de tecnologia forem válidos e aplicáveis, as partes podem normalmente acordar em alargar a obrigação de *royalties* para além do período de validade dos direitos de propriedade intelectual licenciados, sem infringir o artigo 101.º, n.º 1. Quando esses direitos terminarem, os terceiros podem legalmente explorar a tecnologia em questão e entrar em concorrência com as partes no acordo. Essa concorrência real e potencial será normalmente suficiente para garantir que as obrigações em questão não têm qualquer efeito anticoncorrencial significativo.

⁽⁸³⁾ Tal não prejudica a eventual aplicação do artigo 102.º do TFUE à fixação das *royalties* (ver Processo 27/76, *United Brands*, n.º 250, ver igualmente Processo C-385/07 P, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH*, Coletânea 2009, p. I-6155, n.º 142).

188. No caso de acordos entre não concorrentes, a isenção por categoria abrange os acordos em que as *royalties* são calculadas com base simultaneamente nos produtos fabricados com a tecnologia licenciada e nos produtos fabricados com tecnologias licenciadas de terceiros. Tais acordos podem facilitar o cálculo das *royalties*. Contudo, podem igualmente dar origem a uma exclusão do mercado, dado aumentarem o custo de utilização dos *inputs* de terceiros, podendo ter assim efeitos semelhantes aos de uma obrigação de não concorrência. Nos casos em que as *royalties* são pagas não apenas em relação aos produtos fabricados com a tecnologia licenciada, mas também em relação aos produtos fabricados com a tecnologia de terceiros, tais *royalties* aumentarão os custos destes últimos produtos e reduzirão a procura da tecnologia de terceiros. Fora do âmbito da isenção por categoria, deve ser considerada, portanto, a questão de saber se a restrição tem efeitos de exclusão. Para esse fim, afigura-se apropriado utilizar o quadro analítico definido na secção 4.2.7 *infra*. No caso de efeitos de exclusão significativos, tais acordos são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado e é pouco provável que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, a menos que não exista qualquer outro método prático de calcular e monitorizar o pagamento das *royalties*.
- 4.2.2. *Licenças exclusivas e restrições de vendas*
189. Para o efeito das presentes Orientações, afigura-se útil estabelecer uma distinção entre restrições da produção num determinado território (licenças exclusivas ou únicas) e restrições da venda de produtos que incorporam a tecnologia licenciada num determinado território e a um determinado grupo de clientes (restrições de vendas).
- 4.2.2.a. *Licenças exclusivas e únicas*
190. Uma «licença exclusiva» significa que o próprio licenciante não está autorizado a produzir com base nos direitos da tecnologia licenciada, nem a licenciar os direitos da tecnologia licenciada a terceiros, em geral ou para uma determinada utilização ou num determinado território. Tal significa que, em geral ou para essa utilização determinada ou nesse determinado território, o licenciado é o único autorizado a produzir com base nos direitos da tecnologia licenciada.
191. Quando o licenciante se compromete a não produzir ele próprio nem a licenciar a outros para produzirem num determinado território, este território pode abranger todo o mundo ou qualquer parte do mesmo. Quando o licenciante se compromete apenas a não licenciar a terceiros para produzirem num determinado território, a licença é uma licença única. Muitas vezes a concessão de licenças exclusivas ou únicas é acompanhada de restrições de vendas, que limitam as partes em relação ao local onde podem vender produtos que incorporam a tecnologia licenciada.
192. A concessão de licenças exclusivas recíprocas entre concorrentes é abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT que identifica a partilha de mercado e de clientes entre concorrentes como uma restrição grave. A concessão recíproca de licenças únicas entre concorrentes é, no entanto, objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. No âmbito de um acordo desse tipo, as partes comprometem-se mutuamente a não licenciar as suas tecnologias concorrentes a terceiros. Em casos em que as partes dispõem de um poder de mercado significativo, tais acordos podem facilitar a colusão, garantindo que as partes são as únicas fontes de produção no mercado com base nas tecnologias licenciadas.
193. A concessão de licenças exclusivas não recíprocas entre concorrentes é objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Acima do limiar de quota de mercado, deve analisar-se quais os eventuais efeitos anticoncorrenciais dessa concessão de licenças exclusivas. Quando a licença exclusiva é mundial, implica que o licenciante abandona o mercado. Em casos em que a exclusividade se limita a um determinado território, tal como um Estado-Membro, o acordo implica que o licenciante se abstém de produzir bens e serviços dentro do território em questão. No contexto do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, deve ser apreciada, em especial, a importância competitiva do licenciante. Se o licenciante dispor de uma posição de mercado limitada no mercado do produto ou não tiver capacidade para explorar eficazmente a tecnologia no território do licenciado, não é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Existe um caso especial quando o licenciante e o licenciado apenas estiverem em concorrência no mercado da tecnologia e o licenciante, por exemplo, sendo um instituto de investigação ou uma pequena empresa baseada na investigação, não dispuser de ativos de produção e distribuição para introduzir efetivamente no mercado produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Nesses casos, não é provável que haja infração ao artigo 101.º, n.º 1.
194. A concessão de licenças exclusivas entre não concorrentes — na medida em que seja abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado⁽⁸⁴⁾ — pode satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. O direito de conceder uma licença exclusiva é geralmente necessário para induzir o licenciado a investir na tecnologia licenciada e para introduzir atempadamente os produtos no mercado. É em especial o que sucede quando o licenciado deve realizar investimentos avultados para continuar a desenvolver a tecnologia licenciada. A intervenção contra a exclusividade depois de o licenciado ter tido êxito comercial com a tecnologia licenciada privaria o licenciado de colher os frutos do seu êxito e seria prejudicial para a concorrência, a divulgação da tecnologia e a inovação. Por conseguinte, a Comissão só intervirá excecionalmente em relação à concessão de licenças exclusivas em acordos entre não concorrentes, independentemente do âmbito territorial da licença.

⁽⁸⁴⁾ Ver o acórdão no processo *Nungesser*, citado na nota de rodapé 13.

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

196. Os acordos através dos quais duas ou mais partes se concedem mutuamente licenças cruzadas e se comprometem a não conceder licenças a terceiros coloca problemas específicos quando o pacote tecnológico resultante das licenças cruzadas cria uma norma industrial de facto a que terceiros devem ter acesso para se tornarem concorrentes efetivos no mercado. Nesses casos, o acordo cria uma norma fechada reservada às partes. A Comissão apreciará esses acordos com base nos mesmos princípios que os aplicados aos agrupamentos de tecnologias (ver secção 4.4). Exigir-se-á normalmente que as tecnologias na base dessa norma sejam licenciadas a terceiros em condições justas, razoáveis e não discriminatórias⁽⁸⁵⁾. Quando as partes no acordo estiverem em concorrência com terceiros num mercado do produto existente e os acordos incidirem sobre esse mercado do produto, uma norma fechada pode ter efeitos de exclusão importantes. A incidência negativa na concorrência só pode ser evitada concedendo igualmente licenças a terceiros.

4.2.2.b. Restrições de vendas

197. Também no que respeita às restrições de vendas deve ser estabelecida uma distinção importante entre o licenciamento entre concorrentes e entre não concorrentes.

198. As restrições relativas às vendas ativas e passivas efetuadas por uma ou por ambas as partes num acordo recíproco entre concorrentes são restrições graves da concorrência nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT. Tais restrições de vendas são geralmente abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, e têm pouca possibilidade de satisfazer

as condições constantes do artigo 101.º, n.º 3. Considera-se em geral que tais restrições constituem uma partilha de mercado, uma vez que impedem a parte afetada de vender ativa e passivamente em territórios e a grupos de clientes que abastecem efetivamente, ou que poderiam ter razoavelmente abastecido, na ausência do acordo.

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

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

⁽⁸⁵⁾ Ver a este respeito a Comunicação da Comissão no processo Canon/Kodak (JO C 330 de 1.11.1997, p. 10) e o processo IGR Stereo Television mencionado no XI Relatório sobre a política de concorrência, ponto 94.

201. No caso de acordos entre não concorrentes, as restrições de vendas entre o licenciante e um licenciado podem beneficiar de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. Acima do limiar de quota de mercado, as restrições de vendas ativas e passivas efetuadas por licenciados em territórios ou a grupos de clientes reservados exclusivamente ao licenciante podem ser indispensáveis para a divulgação de tecnologias valiosas e, por conseguinte, não ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, ou satisfazer as condições do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. É o que pode acontecer quando o licenciante dispõe de uma posição de mercado relativamente fraca no território em que ele próprio explora a tecnologia. Nessas circunstâncias, em especial as restrições de vendas ativas podem ser indispensáveis para induzir o licenciante a conceder a licença. Na ausência de tais restrições, o licenciante arriscar-se-ia a enfrentar uma concorrência ativa na sua principal área de atividade. Noutros casos, as restrições de vendas impostas ao licenciado poderão ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, e terão poucas possibilidades de satisfazer as condições constantes do artigo 101.º, n.º 3. É provavelmente o caso quando o licenciante dispuser individualmente de um poder de mercado significativo e também quando uma série de acordos semelhantes, concluídos por licenciantes que em conjunto detêm uma forte posição no mercado, tiver um efeito cumulativo.
202. As restrições de vendas impostas ao licenciante, quando abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, satisfazem normalmente as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, a menos que não existam alternativas reais para a tecnologia do licenciante no mercado ou que tais alternativas sejam licenciadas pelo licenciado de terceiros. Tais restrições, nomeadamente, as relativas às vendas ativas, são frequentemente indispensáveis, na aceção do artigo 101.º, n.º 3, para incentivar o licenciado a investir na produção, na comercialização e na venda dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada. É provável que o licenciado tivesse nitidamente menos incentivos para investir se enfrentasse a concorrência direta do licenciante, cujos custos de produção não são agravados pelas *royalties* a pagar, conduzindo eventualmente a níveis subotimizadas de investimento.
203. No que respeita às restrições de vendas entre licenciados em acordos entre não concorrentes, o RICTT concede uma isenção por categoria às restrições de vendas ativas entre territórios ou grupos de clientes. Acima do limiar de quota de mercado de 30 %, a restrição de vendas ativas entre territórios e grupos de clientes dos licenciados limita a concorrência intratecnologia e pode ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, se um licenciado individual detiver um poder de mercado significativo. Todavia, tais restrições podem satisfazer as condições do artigo 101.º, n.º 3, quando forem necessárias para impedir qualquer parasitismo e incentivar o licenciado a realizar os investimentos necessários para uma exploração eficiente da tecnologia licenciada no seu território, bem como para promover as vendas do produto fabricado sob licença. As restrições relativas às vendas passivas constam da lista das restrições graves referida no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT (ver pontos 119 a 127 *supra*).
- 4.2.3. *Limitação da produção*
204. As limitações recíprocas da produção no âmbito de acordos de licenciamento entre concorrentes constituem uma restrição grave abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT (ver ponto 103 *supra*). O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), não abrange a limitação da produção aplicável à tecnologia do licenciante imposta ao licenciado num acordo não recíproco ou a um dos licenciados num acordo recíproco. Tal limitação é objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Para além deste limiar, as limitações da produção impostas ao licenciado podem restringir a concorrência em casos em que as partes dispõem de um poder de mercado significativo. Contudo, é provável que o artigo 101.º, n.º 3, seja aplicável em casos em que a tecnologia do licenciante é substancialmente melhor do que a tecnologia do licenciado e a limitação da produção ultrapassa significativamente a produção do licenciado antes da conclusão do acordo. Nesse caso, o efeito da limitação da produção é restrito mesmo em mercados em que a procura é crescente. Na aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado deve ter-se em conta igualmente o facto de tal limitação poder ser necessária para induzir o licenciante a divulgar a sua tecnologia o mais amplamente possível. Um licenciante poderia, por exemplo, hesitar em licenciar aos seus concorrentes se não pudesse limitar a licença a um local de produção específico com uma determinada capacidade (licença de sítio). Se o acordo de licenciamento der origem a uma real integração de ativos complementares, a limitação da produção do licenciado pode, portanto, satisfazer as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3. Todavia, tal é pouco provável quando as partes dispuserem de um poder de mercado significativo.
205. A limitação da produção nos acordos de licenciamento entre não concorrentes beneficia da isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. O principal risco anticoncorrencial associado às limitações da produção dos licenciados nos acordos entre não concorrentes é a redução da concorrência intratecnologia entre licenciados. O significado de tais efeitos anticoncorreciais depende da posição de mercado do licenciante e dos licenciados e da medida em que a limitação da produção impede o licenciado de satisfazer a procura dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada.
206. Quando a limitação da produção está associadas a territórios exclusivos ou grupos exclusivos de clientes, os efeitos restritivos aumentam. A combinação destes dois tipos de restrições aumenta a probabilidade de um acordo ter por objetivo a partilha dos mercados.

207. A limitação da produção imposta aos licenciados em acordos entre não concorrentes pode igualmente ter efeitos pró-concorrenciais quando promovem a divulgação de uma tecnologia. O licenciante, enquanto fornecedor de tecnologia, deve normalmente poder determinar a produção fabricada pelo licenciado com a tecnologia licenciada. Se o licenciante não tivesse a liberdade de determinar a produção do licenciado, um certo número de acordos de licenciamento poderia nunca ter existido, o que teria consequências negativas em relação à divulgação de uma tecnologia nova. Tal poderá nomeadamente acontecer quando o licenciante for igualmente um produtor, uma vez que a produção do licenciado pode então encontrar-se no território principal de atividade do licenciante, tendo assim uma incidência direta nas suas atividades. Por outro lado, a limitação da produção é, sem dúvida, menos necessária para garantir a divulgação da tecnologia do licenciante, quando combinada com restrições de vendas que proibam o licenciado de vender no território ou a um grupo de clientes reservado ao licenciante.

4.2.4. Restrições do domínio de utilização

208. Quando existem restrições do domínio de utilização, a licença é limitada quer a um ou a vários domínios técnicos de aplicação, quer a um ou a vários mercados do produto ou setores industriais. Um setor industrial pode englobar vários mercados do produto, mas não faz parte de um mercado do produto. Existem inúmeros casos em que uma mesma tecnologia pode ser utilizada para fabricar diferentes produtos ou pode ser incorporada em produtos que pertencem a diferentes mercados do produto. Uma nova tecnologia de moldagem pode por exemplo ser utilizada para fabricar garrafas e copos de plástico, pertencendo cada produto a um mercado do produto separado. Contudo, um mercado do produto único pode comportar vários domínios técnicos de utilização. Por exemplo, uma nova tecnologia de motores pode ser utilizada em motores de quatro cilindros e em motores de seis cilindros. Do mesmo modo, uma tecnologia para o fabrico de conjuntos de circuitos integrados (*chipsets*) pode ser utilizada para fabricar conjuntos de circuitos integrados que funcionem com até quatro CPU (unidades centrais de processamento) e com mais de quatro CPU. Uma licença que limite a utilização da tecnologia licenciada ao fabrico de, por exemplo, motores de quatro cilindros e conjuntos de circuitos integrados que funcionem com até quatro CPU constitui uma restrição do domínio técnico de utilização.

209. Dado que as restrições do domínio de utilização são abrangidas pela isenção por categoria e que certas restrições associadas aos clientes são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), e do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT, é importante estabelecer uma distinção entre as duas categorias de restrições. Uma restrição relativamente aos clientes pressupõe que sejam identificados grupos de clientes específicos e que as partes sejam restringidas nas vendas que realizam a esses grupos. O

facto de uma restrição do domínio técnico de utilização poder corresponder a certos grupos de clientes num mercado do produto não implica que a restrição deva ser classificada como uma restrição dos clientes. Por exemplo, o facto de certos clientes comprarem predominante ou exclusivamente conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com mais de quatro CPU não implica que uma licença limitada a conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com um máximo de quatro CPU constitua uma restrição dos clientes. Todavia, o domínio de utilização deve ser definido objetivamente por referência a características técnicas identificadas e significativas do produto contratual.

210. Uma vez certas limitações da produção são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT, é importante notar que as restrições do domínio de utilização não são consideradas como limitação da produção, dado que uma restrição do domínio de utilização não limita a produção que o licenciado pode produzir no âmbito do domínio de utilização licenciado.

211. Uma restrição do domínio de utilização limita a exploração da tecnologia licenciada pelo licenciado a um ou mais domínios de utilização específicos sem limitar a capacidade de o licenciante explorar a tecnologia licenciada. Além disso, tal como sucede com os territórios, estes domínios de utilização podem ser atribuídos ao licenciado através de uma licença exclusiva ou única. As restrições do domínio de utilização combinadas com uma licença exclusiva ou única também restringem a capacidade de o licenciante explorar a sua própria tecnologia, impedindo-o de a explorar ele próprio, incluindo através da concessão de licenças a outros. No caso de uma licença única, só é restringida a concessão de licenças a terceiros. As restrições do domínio de utilização combinadas com licenças exclusivas e únicas são tratadas da mesma forma que as licenças exclusivas e as licenças únicas abordadas na secção 4.2.2 *supra*. Em especial no que se refere aos acordos de licenciamento entre concorrentes, isto significa que a concessão de licenças exclusivas recíprocas é uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c).

212. As restrições do domínio de utilização podem ter efeitos pró-concorrenciais dado incentivarem o licenciante a licenciar a sua tecnologia para aplicações não abrangidas pela sua principal área de atividade. Se um licenciante não pudesse impedir os licenciados de operarem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia ou em domínios em que o valor da tecnologia ainda não está bem estabelecido, o licenciante não teria provavelmente qualquer incentivo para licenciar ou teria de cobrar uma *royalty* mais elevada. O facto de, em certos setores, o licenciamento ocorrer frequentemente para garantir a liberdade de conceção, suprimindo o risco de alegações de infração, deve igualmente ser tido em conta. Dentro do âmbito da licença, o licenciado pode desenvolver a sua própria tecnologia sem temer alegações de infração por parte do licenciante.

213. As restrições do domínio de utilização impostas aos licenciados em acordos entre concorrentes reais ou potenciais são objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. O principal problema em termos de concorrência no caso dessas restrições é o risco de que o licenciado deixe de constituir uma força competitiva fora do domínio de utilização licenciado. O risco é maior no caso do licenciamento cruzado entre concorrentes, em que o acordo prevê restrições assimétricas do domínio de utilização. Uma restrição do domínio de utilização é assimétrica quando uma parte é autorizada a utilizar a tecnologia licenciada num setor industrial, mercado do produto ou domínio técnico de utilização e a outra parte é autorizada a utilizar a outra tecnologia licenciada num outro setor industrial, mercado do produto ou domínio técnico de utilização. Podem nomeadamente surgir problemas de concorrência quando as instalações de produção do licenciado, que estão equipadas para utilizar a tecnologia licenciada, são também utilizadas para fabricar produtos não abrangidos pelo domínio de utilização licenciado com a sua própria tecnologia. Se o acordo for suscetível de levar o licenciado a reduzir a produção fora do domínio de utilização licenciado, é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. É pouco provável que restrições do domínio de utilização simétricas, ou seja, acordos através dos quais as partes obtêm licenças para utilizar as tecnologias uma da outra no ou nos mesmos domínios de utilização, sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. É improvável que tais acordos restrinjam a concorrência que existia na ausência do acordo. É também pouco provável que o artigo 101.º, n.º 1, seja aplicável no caso de acordos que apenas permitem ao licenciado desenvolver e explorar a sua própria tecnologia dentro do âmbito da licença sem temer alegações de infração por parte do licenciante. Nessas circunstâncias, as restrições do domínio de utilização não restringem por si só a concorrência que existia na ausência do acordo. Na ausência do acordo, o licenciado também se arriscava a alegações de infração fora do âmbito do domínio de utilização licenciado. No entanto, se o licenciado, sem qualquer justificação comercial, cessar ou diminuir as suas atividades na área fora do domínio de utilização licenciada, tal pode constituir uma indicação de um acordo subjacente de partilha do mercado equivalente a uma restrição grave abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT.
214. As restrições do domínio de utilização impostas ao licenciado e ao licenciante em acordos entre não concorrentes são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. As restrições do domínio de utilização nos acordos entre não concorrentes, em que o licenciante se reserva um ou mais mercados do produto ou domínios de utilização técnica, não restringem geralmente a concorrência e são propícias a ganhos de eficiência. Favorecem a divulgação de tecnologias novas, incentivando o licenciante a conceder licenças de exploração relativamente aos domínios em que este não pretende explorar ele próprio a tecnologia em causa. Se um licenciante não puder impedir os licenciados de operarem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia, o licenciante pode não ter qualquer incentivo para conceder licenças.
215. Em acordos entre não concorrentes, o licenciante também pode normalmente conceder licenças únicas ou exclusivas a licenciados diferentes, limitadas a um ou vários domínios de utilização. Essas restrições limitam a concorrência intratecnologia entre licenciados da mesma maneira que as licenças exclusivas e são analisadas da mesma forma (ver secção 4.2.2.1 *supra*).
- #### 4.2.5. Restrições de utilização cativa
216. Uma restrição de utilização cativa é uma obrigação imposta ao licenciado de limitar o seu fabrico dos produtos licenciados às quantidades exigidas para o fabrico dos seus próprios produtos, bem como para a manutenção e reparação dos seus próprios produtos. Por outras palavras, este tipo de restrição da utilização traduz-se na obrigação imposta ao licenciado de só utilizar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada como *input* destinado a ser integrado na sua própria produção; não abrange a venda do produto licenciado para incorporação nos produtos de outros produtores. As restrições de utilização cativa beneficiam da isenção por categoria até aos limiares de quota de mercado de 20 % e 30 %. Quando os acordos em causa não puderem beneficiar da isenção por categoria, é necessário examinar quais os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais das restrições em causa. A este respeito, é necessário estabelecer uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.
217. No caso dos acordos de licenciamento entre concorrentes, uma restrição que impõe ao licenciado fabricar os produtos objeto da licença apenas para os incorporar nos seus próprios produtos não o impede de fornecer os componentes a produtores terceiros. Se, antes da conclusão do acordo, o licenciado não era um fornecedor real ou potencial desses componentes a outros produtores, a restrição de utilização cativa em nada altera a situação pré-existente. Nesse caso, a restrição será apreciada da mesma forma que no caso dos acordos entre não concorrentes. Se, em contrapartida, o licenciado for um fornecedor efetivo ou potencial de componentes, é necessário analisar o impacto do acordo nessa atividade. Se, ao equipar-se para utilizar a tecnologia do licenciante, o licenciado deixar de utilizar a sua própria tecnologia de uma forma autónoma e, portanto, deixar de ser um fornecedor de componentes, o acordo restringe a concorrência que existia antes de o acordo ter sido celebrado. Pode ter graves efeitos negativos no mercado quando o licenciante dispuser de um significativo poder de mercado no mercado de componentes.

218. No que respeita aos acordos de licenciamento entre não concorrentes, as restrições de utilização cativa apresentam dois grandes riscos para a concorrência: uma restrição da concorrência intratecnologia no mercado do fornecimento dos *inputs* e uma exclusão da arbitragem entre licenciados que confere aos licenciantes uma maior possibilidade de imporem aos licenciados *royalties* discriminatórias.
219. Contudo, as restrições de utilização cativa podem ser igualmente promover o licenciamento pró-concorrencial. Se um licenciante for um fornecedor de componentes, a restrição pode ser necessária para que a tecnologia seja divulgada entre não concorrentes. Na ausência da restrição, o licenciante pode não conceder a licença, ou pode fazê-lo apenas com *royalties* mais elevadas, uma vez que, de outra forma, criaria uma concorrência direta consigo mesmo no mercado dos componentes. Nesses casos, uma restrição de utilização cativa é normalmente ou não restritiva da concorrência ou abrangida pelo artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. No entanto, o licenciado não pode ser impedido de vender o produto licenciado enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos. O licenciado deve estar em condições de assegurar o serviço pós-venda para os seus próprios produtos, incluindo através de organizações de serviço pós-venda independentes que assegurem a manutenção e a reparação dos produtos por ele fabricados.
220. Quando o licenciante não for um fornecedor de componentes no mercado do produto relevante, não se justifica o motivo supramencionado para impor restrições de utilização cativa. Em tais casos, uma restrição de utilização cativa pode, em princípio, favorecer a divulgação da tecnologia, garantindo que os licenciados não vendem a produtores que se encontram em concorrência com o licenciante noutros mercados do produto. No entanto, existe uma outra solução menos restritiva que consiste em impor ao licenciado uma restrição para que não venda a determinados grupos de clientes reservados ao licenciante. Por conseguinte, em tais casos, não é normalmente necessária uma restrição de utilização cativa para que a tecnologia possa ser divulgada.
- 4.2.6. *Subordinação e agrupamento*
221. No domínio do licenciamento de tecnologia, considera-se que existe subordinação quando o licenciante subordina o licenciamento de uma tecnologia (o produto subordinante) ao facto de o licenciado adquirir igualmente uma licença para uma outra tecnologia ou comprar um produto ao licenciante ou a uma pessoa por este designada (o produto subordinado). Existe um agrupamento quando duas tecnologias ou uma tecnologia e um produto são apenas vendidos em conjunto num pacote. Em ambos os casos, contudo, importa que os produtos e tecnologias em causa sejam distintos, ou seja, que exista uma procura distinta para cada produto e para cada tecnologia que integre a subordinação ou o agrupamento. Não é normalmente o que sucede quando as tecnologias ou produtos estão necessariamente ligados de tal forma que a tecnologia licenciada não pode ser explorada sem o produto subordinado ou as duas partes do pacote não podem ser exploradas uma sem a outra. Seguidamente, o termo «subordinação» refere-se a subordinação e agrupamento.
222. O artigo 3.º do RICTT, que limita a aplicação da isenção por categoria aos limiares de quota de mercado, garante que a subordinação e o agrupamento não beneficiarão da isenção por categoria para além dos limiares de quota de mercado de 20 %, no caso de acordos entre concorrentes, e de 30 %, no caso de acordos entre não concorrentes. Os limiares de quota de mercado são aplicáveis a qualquer mercado da tecnologia ou do produto relevante afetado pelo acordo de licenciamento, incluindo o mercado do produto subordinado. Para além dos limiares de quota de mercado, é necessário ponderar os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais da subordinação.
223. O principal efeito restritivo da subordinação consiste em excluir os fornecedores concorrentes do produto subordinado. A subordinação pode igualmente permitir que o licenciante mantenha poder de mercado no mercado do produto subordinado criando obstáculos à entrada, uma vez que pode forçar os novos candidatos a entrarem simultaneamente em vários mercados. Além disso, a subordinação pode igualmente permitir ao licenciante aumentar as *royalties*, em especial quando o produto subordinante e o produto subordinado são potencialmente substituíveis e os dois produtos não são utilizados em proporções fixas. A subordinação impede o licenciado de passar a utilizar *inputs* de substituição quando as *royalties* aumentam relativamente ao produto subordinante. Estes problemas de concorrência são independentes do facto de as partes no acordo serem ou não concorrentes. Para que a subordinação possa ter efeitos anticoncorrenciais, o licenciante deve dispor de um poder de mercado significativo relativamente ao produto subordinante para poder restringir a concorrência relativamente ao produto subordinado. Na ausência de poder de mercado relativamente ao produto subordinante, o licenciante não pode utilizar a sua tecnologia com o objetivo anticoncorrencial de excluir os fornecedores do produto subordinado. Além disso, tal como no caso das obrigações de não concorrência, a subordinação deve cobrir uma certa proporção do mercado do produto subordinado para que possam existir efeitos de exclusão. Quando o licenciante se encontrar melhor posicionado no mercado do produto subordinado do que no do produto subordinante, a restrição é considerada uma cláusula de não-concorrência ou uma obrigação quantitativa devido ao facto de qualquer problema de concorrência ter a sua origem no mercado do produto «subordinado» e não no do produto «subordinante»⁽⁸⁶⁾.
224. A subordinação pode igualmente dar origem a ganhos de eficiência. É o que sucede quando o produto subordinado é necessário para que a tecnologia licenciada possa ser explorada de forma tecnicamente satisfatória ou para garantir a conformidade da produção com as normas de qualidade observadas pelo licenciante e pelos outros licenciados. Em tais casos, a subordinação é geralmente ou não restritiva da concorrência ou abrangida pelo artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Quando os licenciados utilizarem a marca do licenciante ou quando for evidente para os consumidores que existe uma relação entre o produto que incorpora a tecnologia licenciada e o licenciante, o

⁽⁸⁶⁾ No que respeita ao quadro analítico aplicável, ver secção 4.2.7 e pontos 129 e seguintes das Orientações relativas às restrições verticais, citadas na nota de rodapé 52.

licenciante tem um interesse legítimo em assegurar que a qualidade dos produtos não prejudica o valor da sua tecnologia ou a sua reputação enquanto operador económico. Além disso, se os consumidores tiverem conhecimento de que os licenciados (e o licenciante) produzem com base na mesma tecnologia, não é provável que os licenciados estejam dispostos a obter uma licença, a menos que a tecnologia seja explorada por todos de forma tecnicamente satisfatória.

225. A subordinação pode igualmente favorecer a concorrência quando o produto subordinado permitir ao licenciado explorar a tecnologia licenciada de forma significativamente mais eficiente. Por exemplo, quando o licenciante conceder uma licença de uma tecnologia que incide sobre um determinado processo, as partes podem igualmente acordar que o licenciado adquirirá ao licenciante um catalisador concebido para ser utilizado com a tecnologia licenciada e que permita explorá-la de forma mais eficaz do que com outros catalisadores. Quando uma restrição deste tipo for abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, as condições constantes do artigo 101.º, n.º 3, são suscetíveis de serem igualmente satisfeitas, mesmo quando as quotas de mercado forem superiores aos limiares fixados no RICTT.

4.2.7. Obrigações de não concorrência

226. No contexto do licenciamento de tecnologia, as obrigações de não concorrência consistem em impor ao licenciado a não utilização de tecnologias de terceiros que se encontrariam em concorrência com a tecnologia licenciada. Quando a obrigação de não concorrência abranger um produto ou uma tecnologia suplementar fornecidos pelo licenciante, a obrigação é abordada na secção 4.2.6 relativa à subordinação.
227. O RICTT isenta as obrigações de não concorrência simultaneamente em relação aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes até aos limiares de quota de mercado de 20 % e 30 %, respetivamente.
228. O principal risco que as obrigações de não concorrência colocam à concorrência é a exclusão das tecnologias de terceiros. As obrigações de não concorrência podem também facilitar a colusão entre licenciantes, quando vários licenciantes a utilizarem em acordos separados (ou seja, no caso de utilização cumulativa). A exclusão de tecnologias concorrentes reduz as pressões concorrenciais sobre as *royalties* faturadas pelo licenciante e reduz a concorrência entre as tecnologias estabelecidas, limitando as perspetivas de os licenciados procederem a substituições entre tecnologias concorrentes. A análise pode, em geral, ser a mesma no caso de acordos entre concorrentes e de acordos entre não concorrentes, na medida em que em ambos os casos é a exclusão que constitui o principal problema. No entanto, no caso de um licenciamento cruzado entre concorrentes em que as duas partes acordam em não utilizar tecnologias pertencentes a terceiros, o acordo pode facilitar uma colusão entre eles no mercado do produto, o que justifica a fixação de um limiar de quota de mercado mais reduzido de 20 %.

229. Pode verificar-se exclusão quando uma proporção importante dos licenciados potenciais estão já subordinados a uma ou, no caso de efeitos cumulativos, a várias fontes tecnológicas e não têm a possibilidade de explorar tecnologias concorrentes. Os efeitos da exclusão podem ser devidos a acordos concluídos por um único licenciante com um poder de mercado significativo ou ao efeito cumulativo de acordos concluídos por vários licenciantes, mesmo que cada acordo individual ou rede individual de acordos seja abrangida pelo RICTT. Neste último caso, contudo, não é provável que se registre um efeito cumulativo grave enquanto a proporção do mercado subordinado for inferior a 50 %. Para além desse limiar, são relativamente elevados os riscos de exclusão importante, quando existirem obstáculos à entrada de novos licenciados. Se esses obstáculos forem reduzidos, novos licenciados poderão penetrar no mercado e explorar comercialmente tecnologias atrativas detidas por terceiros, constituindo desta forma uma real alternativa aos licenciados estabelecidos. A fim de determinar quais as possibilidades reais de entrada e de extensão de que os terceiros dispõem, é também necessário ter em conta a medida em que os distribuidores estão vinculados aos licenciados por obrigações de não concorrência. Com efeito, as tecnologias pertencentes a terceiros só terão possibilidades reais de penetrar no mercado se tiverem acesso aos ativos de produção e de distribuição necessários. Por outras palavras, a facilidade de acesso depende não apenas da existência de um número suficiente de licenciados, mas igualmente da medida em que estes têm acesso à distribuição. Para apreciar os efeitos de exclusão a nível da distribuição, a Comissão utilizará o quadro analítico apresentado na secção VI.2.1 das Orientações relativas às restrições verticais⁽⁸⁷⁾.

230. Quando o licenciante detiver um poder de mercado significativo, qualquer obrigação imposta aos licenciados de só adquirirem a tecnologia junto do licenciante pode dar origem a efeitos de exclusão significativos. Quanto mais forte for a posição de mercado do licenciante, maior será o risco de exclusão das tecnologias concorrentes. Para que os efeitos de exclusão sejam significativos, as obrigações de não concorrência não têm de abranger necessariamente uma parte substancial do mercado. Mesmo que tal não suceda, os efeitos de exclusão podem ser significativos se as obrigações de não concorrência visarem empresas mais suscetíveis de licenciar tecnologias concorrentes. O risco de exclusão é particularmente elevado quando existe apenas um número limitado de licenciados potenciais e o acordo de licenciamento diz respeito a uma tecnologia que é utilizada pelos licenciados para produzir um *input* para utilização própria. Nesses casos, é provável que os obstáculos à entrada de um novo licenciante sejam elevados. A exclusão pode ser menos provável nos casos em que a tecnologia é utilizada para fabricar um produto que é vendido a terceiros. Embora neste caso a restrição subordine também a capacidade da produção do *input* em questão, não subordina a procura a jusante dos licenciados. Para entrar no mercado no último caso, os licenciantes apenas precisam de ter acesso a um ou mais licenciados que possuem uma capacidade de produção apropriada. A não ser que apenas algumas empresas possuam ou

⁽⁸⁷⁾ Ver nota de pé-de-página 52.

sejam capazes de obter os ativos necessários para adquirir uma licença, é pouco provável que, ao impor obrigações de não concorrência aos seus licenciados, o licenciante esteja em condições de impedir os concorrentes de terem acesso a licenciados eficientes.

231. As obrigações de não concorrência podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais. Em primeiro lugar, podem favorecer a divulgação das tecnologias, reduzindo o risco de apropriação fraudulenta da tecnologia licenciada, nomeadamente do saber-fazer. Se um licenciado for autorizado a obter licenças relativamente a tecnologias concorrentes pertencentes a terceiros, existe o risco de um saber-fazer específico obtido sob licença ser utilizado para a exploração de tecnologias concorrentes, beneficiando desta forma os concorrentes. Quando um licenciado explorar igualmente tecnologias concorrentes, tal facto também dificulta normalmente a monitorização do pagamento de *royalties*, o que poderá ser um desincentivo ao licenciamento.
232. Em segundo lugar, as obrigações de não concorrência, eventualmente associadas a um território exclusivo, podem afigurar-se necessárias para que um licenciado seja encorajado a investir na tecnologia licenciada e a explorá-la eficazmente. No caso de o acordo ser abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado devido a um efeito de exclusão considerável, pode afigurar-se necessária, para beneficiar do artigo 101.º, n.º 3, a escolha de uma alternativa menos restritiva, como a imposição de uma produção mínima ou o pagamento de *royalties*, o que normalmente envolve uma menor probabilidade de exclusão das tecnologias concorrentes.
233. Em terceiro lugar, quando o licenciante se compromete a realizar investimentos importantes a favor do cliente, por exemplo, em ações de formação ou numa adaptação da tecnologia licenciada às necessidades do licenciado, as obrigações de não concorrência ou, alternativamente, uma obrigação de produção mínima ou de *royalties* mínimas, podem revelar-se necessárias para incentivar o licenciante a realizar esses investimentos e a evitar problemas de catividade. Contudo, o licenciante terá normalmente a possibilidade de faturar diretamente os seus investimentos sob a forma de pagamento de um montante fixo, o que demonstra a existência de alternativas menos restritivas.

4.3. Acordos de resolução de litígios

234. Os direitos de licenciamento de tecnologia em acordos de resolução de litígios podem servir como meio de resolver litígios ou evitar que uma parte exerça os seus direitos de propriedade intelectual a fim de impedir que a outra parte explore os seus próprios direitos da tecnologia ⁽⁸⁸⁾.
235. Os acordos de resolução de litígios no contexto de litígios relativos a tecnologias são, como em muitas outras áreas de litígios de carácter comercial, em princípio, uma forma legítima para encontrar uma solução de compromisso aceitável para um litígio jurídico autêntico. As partes podem preferir abandonar o litígio ou a litigação, por os considerarem demasiado dispendiosos, demorados e/ou

incertos no que se refere ao seu resultado. As resoluções de litígios podem também servir para evitar a intervenção das autoridades judiciais e/ou administrativas competentes para dirimir a questão, permitindo uma melhoria em termos de bem-estar. Por outro lado, é do interesse público geral eliminar os direitos de propriedade intelectual não válidos, dado constituírem uma barreira desprovida de qualquer mérito à inovação e atividade económica ⁽⁸⁹⁾.

236. O licenciamento, incluindo o licenciamento cruzado, no contexto de acordos de resolução de litígios não constitui em si mesmo uma restrição da concorrência, uma vez que permite às partes explorar as suas tecnologias após a conclusão do acordo. Nos casos em que, na ausência da licença, é possível que o licenciado seja excluído do mercado, o acesso do licenciado à tecnologia em causa licenciado por meio de um acordo de resolução de litígios não é, em geral, abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1.
237. Contudo, as modalidades e condições individuais dos acordos de resolução de litígios podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. O licenciamento no contexto de acordos de resolução de litígios é tratado da mesma forma que outros acordos de licenciamento ⁽⁹⁰⁾. Nestes casos, é particularmente necessário apreciar se as partes são concorrentes efetivos ou potenciais.

Pagamento por restrições nos acordos de resolução de litígios

238. Os acordos de resolução de litígios do tipo «pay-for-restriction» (pagamento por restrições) ou «pay-for-delay» (pagamento por adiamento) não implicam, muitas vezes, a transferência de direitos da tecnologia, mas baseiam-se numa transferência de valor de uma parte em troca de uma limitação à entrada e/ou à expansão no mercado da outra parte, podendo ser abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1 ⁽⁹¹⁾.
239. Se, no entanto, um tal acordo de resolução de litígios também incluir um licenciamento dos direitos da tecnologia em causa no litígio subjacente, e esse acordo der origem a um atraso ou a qualquer outra forma de limitação da capacidade de o licenciado lançar o produto em qualquer dos mercados em causa, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, tendo então de ser apreciado, em especial, à luz do artigo 4.º, n.º 1, alíneas c) e d), do RICTT (ver secção 3.4.2 *supra*). Se as partes nesse acordo de resolução de litígios forem concorrentes

⁽⁸⁸⁾ O RICTT e as suas orientações não prejudicam a aplicação do artigo 101.º a acordos de resolução de litígios que não incluam um acordo de licenciamento.

⁽⁸⁹⁾ Processo C-193/83, *Windsurfing/Comissão*, Coletânea 1986, p. 611, n.º 92.

⁽⁹⁰⁾ Ver Processo 65/86, *Bayer/Sulhofer*, Coletânea 1998, p. 5259, n.º 15.

⁽⁹¹⁾ Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo Lundbeck, ainda não publicada.

efetivos ou potenciais, e se houver uma significativa transferência de valor do licenciante para o licenciado, a Comissão prestará particular atenção ao risco de atribuição do mercado.

Licenciamento cruzado em acordos de resolução de litígios

240. Os acordos de resolução de litígios em que as partes se concedem mutuamente licenças cruzadas e impõem restrições à utilização das suas tecnologias, incluindo restrições ao licenciamento a terceiros, podem ser abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Quando as partes dispuserem de um poder de mercado significativo e o acordo impuser restrições que ultrapassam claramente o necessário para eliminar o bloqueio, o acordo é suscetível de ser abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, ainda que seja provável a existência de uma posição de bloqueio mútua. É particularmente provável que o artigo 101.º, n.º 1, seja aplicável, quando as partes partilham mercados ou fixam *royalties* recíprocas com um impacto significativo nos preços de mercado.

241. Quando, no âmbito do acordo de resolução de litígios, as partes tiverem o direito de utilizar a tecnologia uma da outra e o acordo abranger futuros desenvolvimentos, é necessário apreciar qual o impacto do acordo no incentivo que as partes têm para inovar. Em casos em que as partes possuem um poder de mercado significativo, o acordo pode ser abrangido pelo 101.º, n.º 1, do Tratado, na medida em que impede as partes de obterem uma vantagem competitiva uma em relação à outra. Os acordos que eliminam ou reduzem substancialmente a possibilidade de uma das partes obter uma vantagem competitiva em relação à outra reduzem o incentivo à inovação e afetam, portanto, negativamente uma parte essencial do processo competitivo. É também pouco provável que tais acordos satisfaçam as condições do artigo 101.º, n.º 3. É particularmente pouco provável que a restrição possa ser considerada indispensável na aceção da terceira condição do artigo 101.º, n.º 3. A realização do objetivo do acordo, nomeadamente, garantir que as partes podem continuar a explorar a sua própria tecnologia sem serem objeto de um bloqueio pela outra parte, não exige que as partes acordem em partilhar futuras inovações. Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de adquirir uma liderança competitiva em relação uma à outra, quando o objetivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as suas respetivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar as mesmas soluções tecnológicas. Tais acordos limitam-se a criar liberdade de conceção, impedindo futuras alegações de infração pela outra parte.

Cláusulas de não contestação em acordos de resolução de litígios

242. No contexto de um acordo de resolução de litígios, as cláusulas de não contestação são geralmente consideradas não abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Tais acordos pressupõem que as partes acordam entre si não contestar *ex post* os direitos de propriedade intelectual que estiveram na origem do litígio. Na realidade, o verdadeiro objetivo do acordo consiste em resolver os litígios existentes e/ou evitar futuros litígios.

243. No entanto, as cláusulas de não contestação em acordos de resolução de litígios podem, em determinadas circunstâncias, ser anticoncorrenciais e ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. A restrição da liberdade de contestar um direito de propriedade intelectual não faz parte do objeto específico de um direito de propriedade intelectual e pode restringir a concorrência. Por exemplo, uma cláusula de não contestação pode infringir o artigo 101.º, n.º 1, se um direito de propriedade intelectual foi concedido na sequência do fornecimento de informações incorretas ou enganosas⁽⁹²⁾. A análise de tais cláusulas pode também ser necessária se o licenciante, para além de licenciar os direitos da tecnologia, induzir, financeiramente ou de outro modo, o licenciado a acordar em não contestar a validade dos direitos da tecnologia ou se os direitos da tecnologia forem um *input* necessário para a produção do licenciado (ver igualmente ponto 136).

4.4. Agrupamentos de tecnologias

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

245. Não existe qualquer ligação inerente entre os agrupamentos de tecnologias e as normas, mas as tecnologias incluídas no agrupamento abrangem (total ou parcialmente) uma norma industrial *de facto* ou *de jure*⁽⁹³⁾. Agrupamentos de tecnologias diferentes podem abranger normas concorrentes⁽⁹⁴⁾. Os agrupamentos de tecnologias podem ter efeitos pró-concorrenciais, nomeadamente ao limitarem os custos de transação e ao estabelecerem um limite às *royalties* cumulativas para evitar uma dupla marginalização. A criação de agrupamentos permite, através de uma única operação, licenciar as tecnologias abrangidas pelo agrupamento. Tal constitui um aspeto particularmente importante em setores onde prevalecem os direitos de propriedade intelectual e é necessário obter licenças de um número importante de licenciados para operar no mercado. Nos casos em que os licenciados beneficiam de um serviço contínuo relativamente à aplicação da tecnologia licenciada, o agrupamento de licenças e serviços pode dar

⁽⁹²⁾ Ver Processo C-457/10 P, *AstraZeneca/Comissão*, Coletânea 2012, ainda não publicado.

⁽⁹³⁾ Ver, relativamente ao tratamento das normas e ao tratamento dos acordos de normalização, as Orientações Horizontais, ponto 257 e seguintes, citadas na nota de rodapé 27.

⁽⁹⁴⁾ Ver a este respeito o Comunicado de imprensa IP/02/1651 da Comissão relativo à concessão de patentes para os serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G). Este processo dizia respeito a cinco acordos de agrupamentos de tecnologias criando cinco tecnologias diferentes, cada uma das quais podia ser utilizada para fabricar equipamentos 3G.

origem a reduções de custos suplementares. Os agrupamentos de patentes podem igualmente desempenhar um papel positivo na aplicação das normas pró-concorrenciais.

246. Os agrupamentos de tecnologias podem igualmente restringir a concorrência. A criação de um agrupamento de tecnologias implica necessariamente a venda em comum das tecnologias agrupadas, o que, em caso de agrupamentos constituídos apenas ou predominantemente por tecnologias substitutivas, equivale a um cartel de fixação de preços. Acresce que, para além do facto de reduzirem a concorrência entre as partes, os agrupamentos de tecnologias também podem, nomeadamente quando suportam uma norma industrial ou criam uma norma industrial de facto, dar origem a uma redução da inovação, excluindo tecnologias alternativas. A existência da norma e de um agrupamento de tecnologias relacionado pode dificultar a penetração no mercado de tecnologias novas e melhoradas.
247. Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que definem as condições do seu funcionamento não são, independentemente do número de partes, abrangidos pela isenção por categoria, dado que o acordo para estabelecer o agrupamento não permite que um determinado licenciado fabrique produtos contratuais (ver secção 3.2.4). Tais acordos são tratados apenas nas presentes Orientações. Os acordos relativos a agrupamentos levantam um certo número de problemas específicos ligados à seleção das tecnologias escolhidas e ao funcionamento do agrupamento, que não se colocam no caso de outros tipos de licenciamento. O licenciamento pelos agrupamentos é geralmente considerado um acordo multilateral, tendo em conta que os participantes habitualmente determinam as condições para este tipo de licenciamento e, por conseguinte, também não é abrangido pela isenção por categoria. O licenciamento no caso do agrupamento é tratado no ponto 261 e na secção 4.4.2.

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

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

Participação aberta

249. Quando a participação no processo de criação de uma norma ou de um agrupamento é aberta a todas as partes interessadas, é mais provável que as tecnologias a integrar

no agrupamento sejam selecionadas com base em considerações de preço/qualidade do que quando o agrupamento é criado por um grupo limitado de proprietários de tecnologia.

Seleção e natureza das tecnologias agrupadas

250. Os riscos de os agrupamentos de tecnologias colocarem problemas a nível da concorrência, bem como as suas perspetivas de aumentarem os ganhos de eficiência, dependem em grande medida da relação entre as tecnologias agrupadas e da sua relação com as tecnologias não agrupadas. É conveniente estabelecer duas distinções fundamentais entre a) os complementos tecnológicos e os substitutos tecnológicos, por um lado, e b) as tecnologias essenciais e as tecnologias não essenciais, por outro.
251. Duas tecnologias constituem complementos, mas não substitutivas, quando ambas são necessárias para fabricar o produto ou realizar o processo a que se aplicam. Inversamente, duas tecnologias constituem substitutos quando qualquer uma delas permite ao detentor fabricar o produto ou realizar o processo a que se aplicam.
252. Uma tecnologia pode ser essencial para: a) fabricar um determinado produto ou realizar um determinado processo a que as tecnologias agrupadas se aplicam, ou b) fabricar esse produto ou realizar esse processo em conformidade com uma norma que inclua as tecnologias agrupadas. No primeiro caso, uma tecnologia é considerada essencial (por oposição a não essencial), se não houver qualquer substituto viável (tanto de um ponto de vista comercial como técnico) para esta tecnologia dentro ou fora do agrupamento e se a tecnologia em questão constituir uma parte necessária do pacote de tecnologias para fabricar o ou os produtos ou realizar o ou os processos a que o agrupamento se aplica. No segundo caso, uma tecnologia é essencial se constituir uma parte necessária (ou seja, quando não existem substitutos viáveis) das tecnologias agrupadas necessárias para cumprir a norma abrangida pelo agrupamento (tecnologias essenciais para a norma). As tecnologias essenciais são necessariamente também complementos. O facto de um detentor da tecnologia declarar meramente que uma tecnologia é essencial não implica que essa tecnologia seja essencial de acordo com os critérios descritos no presente ponto.
253. Quando as tecnologias de um agrupamento forem substitutivas, as *royalties* são provavelmente mais elevadas, uma vez que a ausência de concorrência entre as tecnologias em questão não constitui uma vantagem para os licenciados. Quando as tecnologias incluídas no agrupamento forem complementares, o agrupamento de tecnologias reduz os custos de transação e pode dar origem a *royalties* globalmente mais reduzidas, uma vez que as partes estão em condições de fixar uma *royalty* comum para o pacote, em vez de ser cada uma delas a fixar uma *royalty* para a sua própria tecnologia sem ter em conta o facto de uma *royalty* mais elevada para uma tecnologia diminuir geralmente a procura de tecnologias complementares. Se as *royalties* para tecnologias complementares forem fixadas

individualmente, o total dessas *royalties* pode muitas vezes exceder o que seria fixado coletivamente por um agrupamento para o pacote das mesmas tecnologias complementares. A apreciação do papel dos substitutos fora do agrupamento é definida no ponto 262.

254. A distinção entre tecnologias complementares e tecnologias substitutivas nem sempre é bem definida em todos os casos, uma vez que as tecnologias podem ser em parte substitutos e em parte complementos. Quando, devido a ganhos de eficiência resultantes da integração de duas tecnologias, os licenciados exigirem provavelmente ambas as tecnologias, as tecnologias são tratadas como complementos, mesmo que sejam parcialmente substituíveis. Em tais casos, é provável que, na ausência do agrupamento, os licenciados procurassem obter licenças para as duas tecnologias devido às vantagens económicas suplementares decorrentes da utilização de ambas, por oposição à utilização de apenas uma delas. A ausência de tais elementos de prova, baseados na procura, sobre a complementaridade das tecnologias agrupadas é uma indicação de que estas tecnologias serão complementos, se i) as partes que contribuem com tecnologia para um agrupamento mantiverem a liberdade de licenciar a sua tecnologia individualmente e ii) o agrupamento, para além de licenciar o pacote de tecnologias de todas as partes, estiver disposto a licenciar a tecnologia de cada parte também separadamente e iii) o total das *royalties* faturadas ao adquirir licenças separadas para todas as tecnologias agrupadas não exceder as *royalties* cobradas pelo agrupamento em relação a todo o pacote de tecnologias.

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

Seleção e funções dos peritos independentes

256. Um outro fator relevante para apreciar os riscos em matéria de concorrência e os ganhos de eficiência do agrupamento de tecnologias é a participação dos peritos

independentes na criação e no funcionamento do agrupamento. Por exemplo, apreciar se a tecnologia é ou não essencial para uma norma suportada por um agrupamento constitui frequentemente uma questão complexa, que exige conhecimentos específicos. O envolvimento de peritos independentes no processo de seleção pode contribuir de forma significativa para garantir a aplicação efetiva do compromisso de incluir apenas tecnologias essenciais. Quando a seleção de tecnologias a incluir no agrupamento for realizada por um perito independente, a concorrência entre soluções tecnológicas disponíveis também pode ser reforçada.

257. A Comissão tomará em consideração a forma como os peritos são selecionados e a natureza exata das suas funções. Os peritos devem ser independentes das empresas que constituíram o agrupamento. Se os peritos estiverem ligados aos licenciados (ou à atividade de licenciamento do agrupamento) ou de qualquer modo deles dependentes, a sua participação terá menos peso. Os peritos devem também ter os conhecimentos técnicos necessários para desempenhar as funções que lhes foram confiadas. As funções de peritos independentes podem envolver, nomeadamente, a apreciação da validade das tecnologias que se propõe sejam, ou não, integradas no agrupamento e do seu caráter essencial.

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

Salvaguardas contra o intercâmbio de informações sensíveis

259. Importa igualmente tomar em consideração os acordos relativos ao intercâmbio de informações sensíveis entre as partes⁽⁹⁵⁾. Em mercados oligopolistas, o intercâmbio de informações sensíveis, tais como os dados relativos à fixação de preços e à produção, podem facilitar a colusão⁽⁹⁶⁾. Em tais casos, a Comissão tomará em consideração se foram criadas salvaguardas para garantir que não foram trocadas quaisquer informações sensíveis. Um perito independente ou a entidade que concede licenças pode desempenhar um papel importante relativamente a este aspeto garantindo que os dados relativos à produção e às vendas, que podem ser necessários para efeitos de cálculo e de verificação das *royalties*, não são divulgados a empresas que estejam em concorrência nos mercados relevantes.

⁽⁹⁵⁾ Para mais informações sobre a partilha de informações, ver as Orientações Horizontais, ponto 55 e seguintes, citadas na nota de rodapé 27.

⁽⁹⁶⁾ Ver a este respeito o acórdão proferido no processo *John Deere* citado na nota de rodapé 11.

260. Precauções especiais devem ser tomadas para pôr em prática essas medidas de salvaguarda quando as partes interessadas participem simultaneamente nos esforços para formação de agrupamentos de normas concorrentes, sempre que tal possa conduzir ao intercâmbio de informações sensíveis entre os agrupamentos concorrentes.

Zona de segurança

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

- a) Abertura da participação no processo de criação do agrupamento a todos os titulares de direitos de tecnologia interessados;
- b) Adoção de salvaguardas suficientes para garantir que apenas tecnologias essenciais (por conseguinte, também necessariamente complementares) são agrupadas;
- c) Adoção de salvaguardas suficientes para garantir que o intercâmbio de informações sensíveis (tais como dados relativos à fixação de preços e à produção) é limitado ao necessário para a criação e funcionamento do agrupamento;
- d) Licenciamento de tecnologias agrupadas numa base não exclusiva;
- e) Licenciamento das tecnologias agrupadas a todos os licenciados potenciais em condições leais, razoáveis e não discriminatórias (condições FRAND⁽⁹⁷⁾);
- f) Faculdade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados contestarem a validade e o carácter essencial das tecnologias agrupadas, e
- g) Possibilidade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados desenvolverem produtos e tecnologias concorrentes.

Fora da zona de segurança

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

263. Uma vez que podem ser desenvolvidas tecnologias substitutivas e complementares após a criação do agrupamento, a necessidade de apreciação do carácter essencial não termina necessariamente com a criação do agrupamento. Uma tecnologia pode tornar-se não essencial após a criação do agrupamento devido ao aparecimento de novas tecnologias de terceiros. Sempre que for chamada a atenção do agrupamento para o facto de essa nova tecnologia de terceiros ser oferecida a, e procurada por, licenciados, as preocupações em matéria de exclusão podem ser evitadas oferecendo a novos e atuais licenciados uma licença sem a tecnologia que deixou de ser essencial e com uma redução correspondente das *royalties*. Contudo, podem existir outros meios para garantir que as tecnologias de terceiros não são excluídas.

264. Na apreciação de agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias não essenciais mas complementares, a Comissão irá, na sua apreciação global, ter em conta, nomeadamente, os seguintes fatores:

- a) Se existem razões pró-concorrenciais para incluir as tecnologias não essenciais no agrupamento, por exemplo devido aos custos para apreciar se todas as tecnologias são essenciais, tendo em conta o elevado número de tecnologias;
- b) Se os licenciados mantêm a liberdade de licenciar as suas respetivas tecnologias de forma independente: quando o acordo incluir um número limitado de tecnologias e houver tecnologias substitutivas fora do agrupamento, os licenciados podem desejar constituir o seu próprio pacote tecnológico composto, em parte, por tecnologias que fazem parte do agrupamento e, em parte, por tecnologias detidas por terceiros;
- c) Se, nos casos em que as tecnologias agrupadas têm diferentes aplicações, algumas das quais não exigem a utilização de todas as tecnologias agrupadas, o agrupamento oferece as tecnologias apenas enquanto pacote único ou oferece pacotes separados para aplicações distintas, cada um deles contendo apenas as tecnologias pertinentes para o pedido em causa: neste último caso, as tecnologias não essenciais para um determinado produto ou processo não estão ligadas a tecnologias essenciais;
- d) Se as tecnologias agrupadas estão apenas disponíveis num pacote único ou se os licenciados têm a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties*. A possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote pode reduzir o risco de exclusão de tecnologias de terceiros não incluídas no agrupamento, em especial se o licenciado obtiver uma redução correspondente das *royalties*. Isso exige que uma parte das *royalties* globais tenha sido afetada a cada uma das tecnologias incluídas no agrupamento. Se os acordos de licenciamento concluídos entre o agrupamento e os

⁽⁹⁷⁾ Para mais informações sobre FRAND ver as Orientações Horizontais, ponto 287 e seguintes, citadas na nota de rodapé 27.

licenciados individuais tiverem uma duração relativamente longa e a tecnologia agrupada suportar uma norma industrial de facto, deve igualmente atender-se ao facto de o agrupamento poder excluir o acesso ao mercado de novas tecnologias substitutivas. Ao apreciar o risco de exclusão em tais casos, importa ter em conta se os licenciados podem pôr termo, mediante um pré-aviso razoável, a parte da licença e obter uma redução correspondente das *royalties*.

265. Mesmo os acordos de agrupamentos de tecnologias que restringem a concorrência podem dar origem a ganhos de eficiência pró-concorrenciais (ver ponto 245), que devem ser apreciados ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, e ponderados face aos efeitos negativos sobre a concorrência. Por exemplo, se o agrupamento de tecnologia incluir patentes não essenciais, mas preencher todos os outros critérios da zona de segurança enumerados no ponto 261, no caso de existirem razões pró-concorrenciais para incluir no agrupamento patentes não essenciais (ver ponto 264) e de os licenciados terem a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties* (ver ponto 264), as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, são suscetíveis de serem cumpridas.

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

266. No caso de o acordo de criação de um agrupamento de tecnologias não infringir o artigo 101º do Tratado, a etapa seguinte consiste em apreciar o impacto concorrencial das licenças acordadas pelo agrupamento com os seus licenciados. As condições em que essas licenças são concedidas podem ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1. A presente secção aborda um certo número de restrições que normalmente se encontram sob diferentes formas em acordos de licenciamento de agrupamentos de tecnologias e que devem ser apreciadas no contexto global do agrupamento. De um modo geral, o RICTT não é aplicável aos acordos de licenciamento concluídos entre o agrupamento e terceiros licenciados (ver ponto 247). A presente secção aborda a apreciação individual dos problemas específicos do licenciamento no âmbito dos agrupamentos de tecnologias.

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

a) Quanto mais forte for a posição de mercado do agrupamento, mais elevados são os riscos de efeitos anti-concorrenciais;

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

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

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

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

269. Quando o agrupamento tiver uma posição dominante no mercado, as *royalties* e outras condições em matéria de licenciamento devem ser justas e não discriminatórias e as licenças não exclusivas⁽⁹⁸⁾. Estes requisitos são necessários para garantir que o agrupamento é aberto e não conduz à exclusão nem a outros efeitos anticoncorrenciais nos mercados a jusante. Contudo, não excluem a aplicação de *royalties* diferentes no que respeita a utilizações diferentes. Em geral, não é considerada restritiva da concorrência a aplicação de *royalties* diferentes a mercados de produtos diferentes, embora não devesse existir qualquer discriminação no âmbito dos mercados do produto. Em especial, o tratamento dos licenciados do agrupamento não deve depender do facto de serem ou não também licenciados. A Comissão tomará, por conseguinte, em consideração o facto de os licenciados e os licenciados estarem também sujeitos às mesmas obrigações de pagamento de *royalties*.

⁽⁹⁸⁾ No entanto, se um agrupamento de tecnologias não tiver qualquer poder de mercado, as licenças dadas pelo agrupamento não infringirão normalmente o artigo 101.º, n.º 1, mesmo que aquelas condições não sejam satisfeitas.

270. Os licenciantes e os licenciados devem ter a liberdade de desenvolver produtos e normas concorrentes. Devem, além disso, ser livres de conceder e obter licenças fora do agrupamento. Estes requisitos são necessários para limitar o risco de exclusão das tecnologias de terceiros e garantir que o agrupamento não limita a inovação nem impede a criação de soluções tecnológicas concorrentes. Quando uma tecnologia agrupada for incluída numa norma industrial (*de facto*) e quando as partes estiverem sujeitas a obrigações de não concorrência, o agrupamento constitui um risco específico de impedimento da criação de tecnologias e de normas novas e melhoradas.
271. As obrigações de retrocessão não devem ser exclusivas, mas limitar-se aos desenvolvimentos indispensáveis ou importantes para a utilização da tecnologia agrupada. O agrupamento poderá então tirar partido e beneficiar de melhoramentos introduzidos na tecnologia agrupada. É legítimo que as partes garantam através de obrigações de retrocessão que a exploração da tecnologia agrupada não pode ser entravada por licenciados, incluindo subcontratantes que trabalhem ao abrigo da licença do licenciado, que detêm ou estão em vias de obter patentes essenciais.
272. Um dos problemas identificados relativamente aos agrupamentos de tecnologias é o risco de poderem proteger patentes não válidas. O agrupamento pode aumentar os custos/riscos de uma contestação eficaz, uma vez que esta pode não ser bem sucedida se apenas uma patente do agrupamento for válida. A proteção de patentes não válidas no agrupamento pode obrigar os licenciados a pagar *royalties* mais elevadas e pode também impedir a inovação no domínio abrangido pela patente não válida. Neste contexto, as cláusulas de não contestação, incluindo cláusulas de rescisão⁽⁹⁹⁾, de um acordo de transferência de tecnologia entre o agrupamento e terceiros podem ser abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado.
273. Frequentemente, os agrupamentos incluem tanto as patentes como os pedidos de patente. Se os requerentes de patentes que apresentam os seus pedidos aos agrupamentos utilizarem, quando disponíveis, os procedimentos relativos aos pedidos de patentes que permitem uma concessão mais rápida, a certeza quanto à validade e ao âmbito dessas patentes será alcançada mais rapidamente.

⁽⁹⁹⁾ Ver secção 3.5.