

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO**Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia**

(2004/C 101/02)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

I. INTRODUÇÃO

1. As presentes orientações definem os princípios que regem a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 81.º do Tratado. Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito à concessão de licenças relativas a tecnologias, em que o licenciante autoriza o licenciado a explorar a tecnologia licenciada para a produção de bens ou serviços, tal como definido na alínea 1) do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia (a seguir denominado RICTT) (1).
2. As orientações têm por objectivo fornecer directrizes sobre a aplicação do RICTT, bem como sobre a aplicação do artigo 81.º aos acordos de transferência de tecnologia que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT. O RICTT e as orientações não prejudicam uma eventual aplicação paralela do artigo 82.º do Tratado aos acordos de concessão de licenças (2).
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 em função das suas características próprias e as orientações devem ser aplicadas de forma razoável e flexível. Os exemplos apresentados são apenas ilustrativos e não pretendem ser exaustivos. A Comissão continuará a analisar o funcionamento do RICTT e as orientações no âmbito do novo sistema de aplicação criado pelo Regulamento 1/2003 (3), a fim de tomar em consideração a necessidade de eventuais alterações.
4. As presentes orientações são aplicáveis sem prejuízo da interpretação do artigo 81.º e do RICTT susceptível de ser dada pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância.

II. PRINCÍPIOS GERAIS**1. O artigo 81.º e os direitos de propriedade intelectual**

5. O objectivo global do artigo 81.º consiste em salvaguardar a concorrência no mercado, a fim de promover o bem-estar dos consumidores e uma afectação eficaz dos recursos. O n.º 1 do artigo 81.º proíbe todos os acordos e práticas concertadas entre empresas e todas as decisões de associações de empresas (4), susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros (5) e que tenham por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (6). Em derrogação a esta regra, o n.º 3 do artigo 81.º estabelece que a proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º pode ser declarada inaplicável 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 objectivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

6. A legislação relativa à propriedade intelectual confere direitos exclusivos aos titulares de patentes, direitos de autor, desenhos e modelos, marcas e outros direitos legalmente protegidos. O titular do direito de propriedade intelectual está habilitado por lei a impedir qualquer utilização não autorizada da sua propriedade intelectual e a explorá-la, nomeadamente, concedendo-a sob licença a terceiros. Logo que um produto que inclua um direito de propriedade intelectual tenha sido colocado no mercado no 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 (7) (princípio do esgotamento comunitário). O titular do direito não tem o direito, no âmbito da legislação relativa à propriedade intelectual, de impedir a venda pelos licenciados ou pelos compradores de tais produtos que incorporam a tecnologia licenciada (8). O princípio do esgotamento na Comunidade é consentâneo com a função essencial dos direitos de propriedade intelectual, que consiste em conceder ao titular o direito de impedir outras pessoas de explorarem a sua propriedade intelectual sem o seu consentimento.
7. O facto de a legislação relativa à propriedade intelectual conceder direitos de exploração exclusivos não significa que os direitos de propriedade intelectual sejam excluídos da aplicação do direito da concorrência. Os artigos 81.º e 82.º são, em especial, aplicáveis aos acordos através dos quais o titular concede licenças a outra empresa para esta explorar os seus direitos de propriedade intelectual (9). Tal não significa também que exista um conflito intrínseco entre os direitos de propriedade intelectual e as regras comunitárias em matéria de concorrência. Com efeito, estes dois corpos legislativos têm o mesmo objectivo fundamental, que consiste em promover o bem-estar dos consumidores, bem como uma afectação eficaz dos recursos. A inovação constitui uma componente essencial e dinâmica de uma economia de mercado aberta e competitiva. Os direitos de propriedade intelectual favorecem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a investirem no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo faz a concorrência, na medida em que 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 licença ao abrigo do artigo 81.º deve ter-se em conta que a criação de direitos de propriedade intelectual implica muitas vezes investimentos substanciais e que se trata frequentemente de um esforço que inclui riscos. Para não reduzir a concorrência dinâmica e manter o incentivo para inovar, 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 normalmente ter a liberdade de procurar compensações para projectos com êxito, que se revelem suficientes para manter incentivos ao investimento, tomando em consideração os projectos que não tiverem êxito. A concessão de licenças de tecnologia pode igualmente exigir que o licenciado realize investimentos irrecuperáveis significativos na tecnologia licenciada e activos de produção necessários para a explorar. O artigo 81.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 n.º 1 do artigo 81.º ou preencha as condições do n.º 3 do artigo 81.º, consoante o caso, durante o período necessário para a rentabilização do investimento.
9. Quando se aprecia acordos de concessão de licenças ao abrigo do artigo 81.º, o actual enquadramento é suficientemente flexível para tomar em consideração os aspectos dinâmicos da concessão de licenças de tecnologia. Não existe uma presunção de que os direitos de propriedade intelectual e os acordos de licença enquanto tal suscitem problemas de concorrência. A maior parte dos acordos de licença não restringem a concorrência e criam eficiências pró-competitivas. Na realidade, a concessão de licenças enquanto tal é pró-competitiva, uma vez que conduz à divulgação de tecnologias e promove a inovação. Para além disso, mesmo os acordos de licença que restringem a concorrência podem dar frequentemente origem a ganhos de eficiência favoráveis à concorrência, que devem ser apreciados ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º e que permitem compensar os efeitos negativos sobre a concorrência⁽¹⁰⁾. A grande maioria dos acordos de licença é, por conseguinte, compatível com o artigo 81.º

2. Quadro geral de aplicação do artigo 81.º

10. O n.º 1 do artigo 81.º proíbe os acordos que tenham por objectivo ou efeito restringir a concorrência. O n.º 1 do artigo 81.º é aplicável tanto a restrições da concorrência entre as partes num acordo como a restrições da concorrência entre qualquer uma delas e terceiros.
11. A apreciação para se verificar se um acordo de licença restringe a concorrência deve efectuar-se em função do contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo com as suas alegadas restrições⁽¹¹⁾. Ao proceder a esta apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concorrência intertecnologias (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia)⁽¹²⁾. O n.º 1 do artigo 81.º proíbe restrições da concorrência intertecnologias e da concorrência intratecnologia. É, por conseguinte, necessário, apreciar em que medida o acordo

afecta ou é susceptível de afectar estes dois aspectos da concorrência no mercado.

12. As duas perguntas que se seguem proporcionam um enquadramento útil para a realização desta apreciação. A primeira pergunta diz respeito ao impacto do acordo na concorrência intertecnologias, enquanto a segunda se refere ao impacto do acordo na concorrência intratecnologia. Uma vez que a concorrência intertecnologias e a concorrência intratecnologia são susceptíveis de serem simultaneamente afectadas por restrições, pode afigurar-se necessário apreciar uma restrição à luz das duas perguntas, antes de se poder concluir que a concorrência, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º, é restringida:
- a) O acordo de licença restringe a concorrência real ou potencial que teria existido sem o acordo previsto? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º 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 uma obrigação de não utilização de tecnologias concorrentes e estas obrigações excluem as tecnologias de terceiros, a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência do acordo é restringida.
- b) O acordo restringe a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência da ou das restrições contratuais? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º Por exemplo, quando um licenciante restringe os seus licenciados de competirem entre si, a concorrência (potencial) que poderia ter existido entre os licenciados na ausência das restrições é limitada. Tais restrições incluem a fixação vertical de preços e restrições de vendas territoriais ou a clientes entre licenciados. Contudo, certas restrições podem em certos casos não ser abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando a restrição é objectivamente necessária para a existência de um acordo desse tipo ou dessa natureza⁽¹³⁾. Tal exclusão da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º só pode ser aplicada com base em factores objectivos externos às próprias partes e não com base nos pontos de vista subjectivos e nas características das partes. A questão não é de saber se as partes na sua situação específica não teriam aceite concluir um acordo menos restritivo, mas se, dada a natureza do acordo e as características do mercado, não teria sido concluído um acordo menos restritivo por empresas num contexto semelhante. Por exemplo, as restrições territoriais num acordo entre não concorrentes podem não ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, durante um certo período, se forem objectivamente necessárias para um licenciado penetrar num novo mercado. 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 objectivamente necessária

por razões de segurança ou de saúde relacionadas com a natureza perigosa do produto em questão. Não são suficientes as alegações de que, na ausência de uma restrição, o fornecedor teria recorrido a uma integração vertical. As decisões quanto a recorrer ou não à integração vertical dependem de uma vasta gama de factores económicos complexos, alguns dos quais são próprios à empresa em causa.

13. Ao aplicar o enquadramento analítico definido no ponto anterior, deve tomar-se em consideração que o n.º 1 do artigo 81.º estabelece uma distinção entre os acordos que têm uma restrição da concorrência como objectivo e os acordos que têm uma restrição da concorrência como efeito. Um acordo ou restrição contratual só é proibido pelo n.º 1 do artigo 81.º se tiver por objectivo ou efeito restringir a concorrência intertecnologias e/ou a concorrência intratecnologia.
14. As restrições da concorrência por objectivo são as que, pela sua própria natureza, restringem a concorrência. Trata-se de restrições que, tendo em conta os objectivos das regras comunitárias em matéria de concorrência, têm um potencial de efeitos negativos sobre a concorrência tão elevado que não é necessário demonstrar o impacto real sobre o mercado para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º ⁽¹⁴⁾. Além disso, é pouco provável que, no caso das restrições por objectivo, estejam preenchidas as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º Vários factores permitem apreciar se um acordo tem ou não por objectivo uma restrição da concorrência. Trata-se nomeadamente do conteúdo do acordo e a finalidade objectiva que prossegue. Pode igualmente ser necessário tomar em consideração o contexto em que é ou será aplicado, bem como a conduta e o comportamento efectivo das partes no mercado ⁽¹⁵⁾. Por outras palavras, pode afigurar-se necessária uma análise dos factos subjacentes ao acordo e das circunstâncias específicas do seu funcionamento, antes de se poder concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição grave da concorrência. A forma como um acordo é efectivamente aplicado pode revelar uma restrição por objectivo, ainda que o acordo formal não inclua qualquer disposição expressa nesse sentido. A prova da intenção subjectiva das partes de restringir a concorrência constitui um factor relevante, mas não uma condição necessária. Quanto aos acordos de licença, a Comissão considera que as restrições abrangidas pela lista de restrições graves da concorrência incluída no artigo 4.º do RICTT constituem restrições por objectivo.
15. Se um acordo não for restritivo da concorrência em função do seu objectivo, é necessário analisar-se se tem efeitos restritivos na concorrência. Deve tomar-se em consideração tanto os efeitos reais como os potenciais ⁽¹⁶⁾. Por outras palavras, o acordo deve ter provavelmente efeitos anticoncorrenciais. Para que os acordos de licença sejam restritivos da concorrência por efeito devem afectar a concorrência real ou potencial numa medida tal que se possa esperar, com um grau de probabilidade razoável, que produzam efeitos negativos sobre os preços, a produção, a inovação ou a variedade e a qualidade dos bens e dos serviços no mercado relevante. Os efeitos negativos prováveis sobre a concorrência devem ser significativos ⁽¹⁷⁾. Um acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais significativos quando, pelo menos, uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite às partes explorarem esse poder de mercado. O poder de mercado é a capacidade de manter preços acima dos níveis competitivos ou a produção em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação abaixo de níveis competitivos durante um período de tempo que não seja negligenciável. O grau de poder de mercado normalmente exigível para concluir da existência de uma infracção nos termos do n.º 1 do artigo 81.º é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir da existência de uma posição dominante nos termos do artigo 82.º
16. Para analisar restrições da concorrência por efeito, é normalmente necessário definir o mercado relevante e examinar e apreciar, nomeadamente, a natureza dos produtos e das tecnologias em causa, a posição das partes, dos concorrentes e dos compradores no mercado, a presença de concorrentes potenciais, bem como o nível dos obstáculos à entrada. Em alguns casos, contudo, pode ser possível demonstrar efeitos anticoncorrenciais directamente através da análise do comportamento no mercado das partes no acordo. Pode, por exemplo, considerar-se que um acordo conduziu a aumentos de preços.
17. Os acordos de licença, todavia, têm também um potencial pró-competitivo significativo. Na realidade, a vasta maioria dos acordos de licença são pró-competitivos. Com efeito, podem promover a inovação permitindo aos inovadores obter um rendimento que cubra pelo menos parcialmente os seus custos de investigação e desenvolvimento. Os acordos de licença 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 realizados a nível do licenciado provêm frequentemente de uma combinação da tecnologia do licenciante e dos activos e das tecnologias do licenciado. Uma tal integração de activos e tecnologias complementares pode conduzir a uma configuração custos/produção que não seria possível de outro modo. Por exemplo, a combinação das tecnologias melhoradas pertencentes ao licenciante e dos activos de produção e de distribuição mais eficientes pertencentes ao licenciado podem permitir a redução dos custos de produção ou conduzir ao fabrico de um produto de melhor qualidade. A concessão de licenças pode igualmente servir o objectivo pró-competitivo de suprimir obstáculos ao desenvolvimento e exploração da própria tecnologia do licenciado. Em especial em sectores em que prevalecem grandes números de patentes, a concessão de licenças ocorre frequentemente a fim de criar liberdade de concepção, suprimindo o risco de alegações de infracção 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 licença é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, os efeitos pró-competitivos do acordo devem ser compensados face aos seus efeitos restritivos no contexto do n.º 3 do artigo 81.º Quando estiverem preenchidas as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, o acordo de licença restritivo em questão é válido e aplicável, não podendo ser exigida qualquer outra decisão prévia para o efeito⁽¹⁸⁾. As restrições graves da concorrência apenas satisfazem as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º em circunstâncias excepcionais. Em geral, tais acordos não satisfazem (pelo menos) uma das duas primeiras condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º Geralmente não apresentam vantagens económicas objectivas, nem benefícios para os consumidores. Além disso, os acordos deste tipo também não satisfazem em geral a terceira condição relativa ao carácter indispensável das restrições. Por exemplo, se as partes fixam o preço a que os produtos fabricados sob licença devem ser vendidos, isto conduzirá geralmente a uma produção inferior e a uma afectação incorrecta de recursos, bem como a preços mais elevados para os consumidores. A restrição a nível dos preços também não é indispensável para atingir as eventuais eficiências resultantes da disponibilidade das duas tecnologias para ambos os concorrentes.
- ### 3. Definição de mercado
19. A abordagem da Comissão em matéria de definição de mercado relevante consta da sua comunicação relativa à definição de mercado⁽¹⁹⁾. As presentes orientações abordam apenas os aspectos da definição de mercado que apresentam uma importância especial no domínio dos acordos de licença de tecnologia.
20. A tecnologia é um factor que está integrado quer num produto quer num processo de produção. A concessão de licenças de tecnologia pode, por conseguinte, afectar a concorrência tanto no mercado dos factores de produção, como no mercado da produção propriamente dita. Por exemplo, um acordo entre duas partes que vendem produtos concorrentes e que se concedem mutuamente as licenças respectivas para as tecnologias relativas ao fabrico desses produtos pode restringir a concorrência no mercado do produto relevante. Pode igualmente restringir a concorrência no mercado das tecnologias e eventualmente também noutros mercados de factores de produção. Para apreciar os efeitos de acordos de licença sobre a concorrência, pode por conseguinte revelar-se necessário definir o mercado relevante dos bens e serviços (mercado do produto), bem como o mercado da tecnologia⁽²⁰⁾. A expressão «mercado do produto» utilizada no artigo 3.º do RICTT refere-se aos mercados dos bens e serviços relevantes nas suas dimensões geográfica e de produto. Tal como decorre claramente do n.º 1, alínea j), do artigo 1.º do RICTT, a expressão é utilizada apenas para estabelecer uma distinção entre o mercado dos bens e serviços relevante e o mercado da tecnologia relevante.
21. O RICTT e as presentes orientações dizem respeito aos efeitos nos mercados dos produtos finais e dos produtos intermédios. O mercado do produto relevante inclui produtos considerados pelos compradores como intersubstituíveis ou substituíveis em relação aos produtos contratuais que integram a tecnologia licenciada, devido às características dos produtos, aos seus preços e à utilização pretendida.
22. O mercado da tecnologia inclui a tecnologia licenciada e os seus substitutos, ou seja, outras tecnologias que são consideradas pelos licenciados como intersubstituíveis ou substituíveis em relação à tecnologia licenciada, devido às características das tecnologias, às suas *royalties* e à utilização pretendida. O método utilizado para definir o mercado da tecnologia assenta nos mesmos princípios que o utilizado para definir o mercado do produto. A partir da tecnologia comercializada pelo licenciante, é conveniente identificar as outras tecnologias que os licenciados poderão passar a utilizar em reacção a um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos, isto é, das *royalties*. Uma outra abordagem consiste em considerar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada (ver ponto 23).
23. Após a definição dos mercados relevantes, é conveniente atribuir quotas de mercado às diferentes fontes de concorrência que nele operam e que são utilizadas como indicador do poder relativo dos diferentes operadores. No caso dos mercados da tecnologia, uma forma de proceder consiste em calcular quotas de mercado com base na parte de cada tecnologia nas receitas totais constituídas pelas *royalties*, que representam uma quota da tecnologia no mercado em que diferentes tecnologias concorrentes são licenciadas. Contudo, isto pode frequentemente ser uma simples forma teórica e não muito prática de proceder, devido à falta de informações claras sobre as *royalties*, etc. Uma abordagem alternativa, a utilizada no n.º 3 do artigo 3.º 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 ponto 70). Nesta abordagem, todas as vendas no mercado do produto relevante são tomadas em consideração, independentemente do facto de o produto incorporar uma tecnologia licenciada. No caso dos mercados da tecnologia, justifica-se a abordagem do n.º 3 do artigo 3.º, a fim de tomar em consideração tecnologias que são (apenas) utilizadas internamente. Na realidade, esta abordagem é geralmente um bom indicador da relevância da tecnologia. Em primeiro lugar, considera qualquer concorrência potencial de empresas que fabricam os produtos com a sua própria tecnologia e que são susceptíveis de começar a licenciá-la em reacção a um ligeiro mas permanente aumento do preço das licenças. Em segundo lugar, mesmo que seja pouco provável que outros titulares da tecnologia comecem a licenciá-la, o licenciante não tem necessariamente poder no mercado da tecnologia, ainda que obtenha uma parte elevada das receitas de licenças. Se o mercado do produto situado a jusante for competitivo, a concorrência que se exerce a esse nível pode efectivamente limitar o licenciante. Um aumento das *royalties* a montante afecta os custos do licenciado, o que o torna menos competitivo e lhe faz perder vendas. A parte detida por uma tecnologia num mercado do produto reflecte igualmente este elemento e constitui, por conseguinte, normalmente um bom indicador do poder de mercado do licenciante. Em casos individuais não abrangidos pela zona de protecção proporcionada pelo RICTT, pode revelar-se necessário, quando for possível na prática, aplicar as duas abordagens anteriormente referidas, a fim de apreciar com mais exactidão o poder de mercado do licenciante.

24. Além disso, fora da zona de protecção proporcionada pelo RICTT, deve ser igualmente tomado em consideração, que a quota de mercado pode nem sempre constituir uma indicação correcta do poder relativo das tecnologias disponíveis. Por conseguinte, a Comissão terá também em conta, nomeadamente, o número de tecnologias disponíveis controladas independentemente, para além das tecnologias controladas pelas partes no acordo, susceptíveis de serem substituíveis em relação à tecnologia licenciada a custos comparáveis para o utilizador (ver ponto 131).
25. Certos acordos de licença podem afectar os mercados da 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 ⁽²¹⁾. A concorrência nesses mercados pode ser afectada por acordos que atrasam a introdução de produtos melhorados ou de novos produtos que, a prazo, substituirão os produtos existentes. Nesse caso, a inovação constitui uma fonte de concorrência potencial que deve ser tomada em consideração aquando da apreciação do impacto do acordo no mercado do produto e no mercado da tecnologia. Todavia, num número limitado de casos, pode ser útil e necessário definir também os mercados da inovação. É nomeadamente o que acontece quando o acordo afecta a inovação destinada a criar novos produtos e quando é possível determinar muito cedo os pólos de investigação e desenvolvimento ⁽²²⁾. Pode então determinar-se se, após o acordo, se manterá um número de pólos de investigação e desenvolvimento competitivos suficiente para que uma concorrência efectiva se mantenha no domínio da inovação.
- #### 4. Distinção entre concorrentes e não concorrentes
26. Em geral, os acordos entre concorrentes apresentam maiores 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 elemento importante para a concorrência entre as empresas que utilizam tecnologias concorrentes (concorrência intertecnologias). A concorrência intratecnologia pode, por exemplo, dar origem a preços mais reduzidos dos produtos que englobam a tecnologia em causa, o que pode não apenas trazer vantagens directas e imediatas para os consumidores desses produtos, mas igualmente promover a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes. No contexto da concessão de licenças, é necessário igualmente ter em conta o facto de os licenciados venderem o seu próprio produto e não revenderem um produto fornecido por outra empresa. Por conseguinte, poderá existir uma maior possibilidade de diferenciação dos produtos e da concorrência com base na qualidade entre licenciados do que no caso de acordos verticais para a revenda de produtos.
27. A fim de determinar a relação concorrencial 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 afectados pelo acordo, considera-se que não são concorrentes.
28. Se o licenciante e o licenciado operam ambos no mesmo mercado do produto ou no mesmo mercado da tecnologia sem que uma ou ambas as partes infringam os direitos de propriedade intelectual da outra parte, são concorrentes reais no mercado relevante. As partes são consideradas concorrentes reais no mercado da tecnologia se o licenciado já estiver a licenciar a sua tecnologia e o licenciante entrar no mercado da tecnologia através da concessão ao licenciado de uma licença para uma tecnologia concorrente.
29. As partes são consideradas concorrentes potenciais no mercado do produto se, na ausência do acordo e sem infringir os direitos de propriedade intelectual da outra parte, tivessem provavelmente realizado os investimentos suplementares necessários para penetrar no mercado relevante em reacção a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços dos produtos. A fim de constituir uma pressão competitiva realista, a entrada deve ser susceptível de se verificar num curto espaço de tempo. Normalmente, afigura-se apropriado um período de um ou dois anos. Contudo, em casos individuais, 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 são, por exemplo, susceptíveis de serem consideradas concorrentes potenciais no mercado do produto, quando o licenciado produz com base na sua própria tecnologia num mercado geográfico e começa a produzir num outro mercado geográfico com base numa tecnologia concorrente licenciada. Nessas circunstâncias, é provável que o licenciado tivesse podido entrar no segundo mercado geográfico com base na sua própria tecnologia, a menos que tal entrada fosse excluída por factores objectivos, incluindo a existência de patentes de bloqueio (ver ponto 32).
30. Considera-se que as partes são concorrentes potenciais no mercado da tecnologia quando possuem tecnologias de substituição, se no caso em apreço, o licenciado não conceder licenças da sua própria tecnologia, desde que seja susceptível de o fazer em reacção a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços da tecnologia em causa. Contudo, para efeitos de aplicação do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tomada em consideração (ver ponto 66).

31. Em alguns casos, as partes podem tornar-se concorrentes posteriormente à conclusão do acordo, uma vez que o licenciado desenvolve e começa a explorar uma tecnologia concorrente. Nesses casos, deve ser tomado em consideração o facto de as partes não serem concorrentes no momento da conclusão do acordo e de o acordo ter sido concluído 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 não ser que o acordo seja posteriormente alterado em qualquer aspecto material, depois de as partes se terem tornado concorrentes (ver o n.º 3 do artigo 4.º do RICTT). As empresas parte no acordo podem igualmente tornar-se concorrentes após a conclusão do acordo, se o licenciado já desenvolvia actividades no mercado do produto antes da licença e se o licenciante posteriormente entrar no mercado do produto quer com base na tecnologia licenciada quer com base numa nova tecnologia. Também neste caso, a lista de restrições graves relevantes para acordos entre não concorrentes continuará a ser aplicada ao acordo, a não ser que este seja posteriormente alterado em qualquer aspecto material (ver o n.º 3 do artigo 4.º do RICTT).
32. Se as partes possuírem tecnologias que se encontram numa posição de bloqueio unidireccional ou bidireccional, considera-se que não são concorrentes no mercado da tecnologia. Verifica-se uma situação de bloqueio unidireccional quando uma tecnologia não pode ser explorada sem interferir com outra tecnologia. É por exemplo o que acontece quando uma patente cobre um melhoramento de uma tecnologia abrangida por uma outra patente. Nesse caso, a exploração da patente que abrange o melhoramento pressupõe que o titular obtenha uma licença para a patente de base. Verifica-se uma situação de bloqueio bidireccional quando nenhuma das tecnologias pode ser explorada sem interferir com a outra e quando os titulares devem, por conseguinte, obter uma licença ou uma dispensa um do outro. Para determinar se existe uma situação de bloqueio, a Comissão baseia-se em factores objectivos, e não em opiniões subjectivas das partes. São necessárias provas especialmente convincentes da existência de uma posição de bloqueio, se as partes tiverem um interesse comum em alegarem a existência de uma posição de bloqueio, a fim de serem consideradas não concorrentes, por exemplo, quando a alegada posição de bloqueio bidireccional disser respeito a tecnologias, que são tecnologias substituíveis. Como provas pertinentes, podem referir-se decisões judiciais, incluindo injunções e pareceres de peritos independentes. Neste último caso, a Comissão examinará cuidadosamente, em especial, a forma como o perito foi seleccionado. Todavia, também outras provas convincentes, incluindo provas de peritos das partes, que têm ou tiveram razões boas e válidas para considerar que existe ou existiu uma posição de bloqueio, podem ser relevantes para fundamentar a existência de uma posição de bloqueio.
33. Em certos casos, pode igualmente ser possível concluir que, embora o licenciante e o licenciado fabriquem produtos concorrentes, não são concorrentes no mercado do produto e no mercado da tecnologia relevantes, uma vez que a tecnologia licenciada constitui uma inovação de tal forma radical que a tecnologia do licenciado se tornou obsoleta ou não concorrencial. Nesses casos, a tecnologia do licenciante ou cria um novo mercado ou exclui a tecnologia do licenciado do mercado. Todavia, tal é frequentemente impossível de estabelecer no momento da conclusão do acordo. Normalmente, é só quando a tecnologia ou os produtos que a incorporam estão disponíveis para os consumidores durante um certo tempo, que se afigura evidente que a antiga tecnologia se tornou obsoleta ou não competitiva. Por exemplo, quando a tecnologia CD foi desenvolvida e os leitores e os discos foram colocados no mercado, não era evidente que esta nova tecnologia substituiria a tecnologia dos LP. Tal só se tornou evidente anos mais tarde. Por conseguinte, as partes serão consideradas concorrentes se, no momento da conclusão do acordo, não for evidente que a tecnologia do licenciado é obsoleta ou não concorrencial. No entanto, tendo em conta o facto de tanto o n.º 1 como o n.º 3 do artigo 81.º deverem ser aplicados em função do contexto real em que o acordo é concluído, a apreciação poderá ser alterada em caso de evolução significativa da situação. A caracterização da relação entre as partes poderá, por conseguinte, ser alterada para uma relação de não concorrentes se, mais tarde, a tecnologia do licenciado se tornar obsoleta ou não concorrencial no mercado.

III. APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

1. Os efeitos do regulamento de isenção por categoria

34. Os acordos de transferência de tecnologia que satisfaçam as condições enunciadas no RICTT são isentos da proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º Os acordos que beneficiam da isenção por categoria são legalmente válidos e aplicáveis. Tais acordos só podem ser proibidos para o futuro e apenas mediante a retirada formal da isenção por categoria pela Comissão ou pela autoridade responsável pela concorrência de um Estado-Membro. Os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não podem ser proibidos a título do artigo 81.º por tribunais nacionais no âmbito de litígios entre particulares.
35. A isenção por categoria de acordos de transferência de tecnologia baseia-se na presunção de que tais acordos — na medida em que sejam abrangidos pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º — satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º 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 no mercado relevante receberão uma parte equitativa

desse 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 objectivo garantir que apenas os acordos restritivos relativamente aos quais se pode razoavelmente presumir que satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º beneficiarão da isenção por categoria.

36. Tal como estabelecido na Secção IV, muitos acordos de licença não são abrangidos pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º, quer porque não restringem a concorrência, quer porque a restrição da concorrência não é significativa⁽²³⁾. Na medida em que tais acordos seriam de qualquer forma abrangidos pelo âmbito do RICTT, não há necessidade de determinar se são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º⁽²⁴⁾.
37. Fora do âmbito da isenção por categoria, é importante examinar se, no caso individual, o acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º e, em caso afirmativo, se estão satisfeitas as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. Não existe qualquer presunção de que os acordos de transferência de tecnologia que estejam fora do âmbito da isenção por categoria são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º ou não satisfazem as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. Em especial, o simples facto de as quotas de mercado das partes ultrapassarem os limiares das quotas de mercado estabelecidos no artigo 3.º do RICTT não constitui uma base suficiente para concluir que o acordo é abrangido pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º É necessária uma apreciação individual dos eventuais efeitos do acordo. Só quando os acordos incluem restrições graves da concorrência é que se pode normalmente presumir que são proibidos pelo artigo 81.º

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

2.1. Acordos entre duas partes

38. Em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 2.º do RICTT, o regulamento abrange os acordos de transferência de tecnologia «entre duas empresas», pelo que os acordos de transferência de tecnologia concluídos entre mais de duas empresas não são abrangidos pelo RICTT⁽²⁵⁾. O factor decisivo para distinguir os acordos entre duas empresas e os acordos com várias partes reside no facto de o acordo em questão ter sido concluído por mais de duas empresas.
39. Os acordos concluídos entre duas empresas são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT, ainda que o acordo inclua disposições aplicáveis a vários níveis da cadeia comercial. Assim, o RICTT é aplicável a um acordo de licença respeitante não apenas ao estágio da produção, mas igualmente ao estágio da distribuição, que especifique as obrigações que o licenciado deve ou pode impor ao revendedores dos produtos fabricados ao abrigo da licença⁽²⁶⁾.

40. Os acordos de licença concluídos entre mais de duas empresas suscitam frequentemente as mesmas questões do que os acordos de licença da mesma natureza concluídos entre duas empresas. Na sua apreciação individual de acordos de licença que são da mesma natureza do que os abrangidos pela isenção por categoria, mas que são concluídos entre mais de duas empresas, a Comissão aplicará por analogia os princípios estabelecidos no RICTT.

2.2. Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais

41. O artigo 2.º do RICTT estabelece que, para que os acordos de licença sejam abrangidos, devem dizer respeito «ao fabrico de produtos contratuais», isto é, produtos que incorporam ou que são fabricados com a tecnologia licenciada. Por outras palavras, para ser abrangida pelo RICTT, a licença deve autorizar o licenciado a explorar a tecnologia licenciada para o fabrico de bens ou serviços (ver sétimo considerando do RICTT). O RICTT não abrange os agrupamentos de tecnologias. A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais partes acordam em reunir as suas tecnologias e licenciá-las como um pacote. 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 de tecnologias. Os agrupamentos de tecnologias são abordados na secção IV.4.
42. O RICTT é aplicável aos acordos de licença relativos ao fabrico de produtos contratuais, através dos quais o licenciado é também autorizado a conceder sublicenças da tecnologia licenciada a terceiros, desde que, contudo, o fabrico de produtos contratuais constitua o objectivo principal do acordo. Inversamente, o RICTT não é aplicável a acordos cujo objectivo principal consiste na concessão de sublicenças. Todavia, a Comissão aplicará, por analogia, os princípios estabelecidos no RICTT e nas presentes orientações a tais «acordos-quadro de licença» entre o licenciante e o licenciado. Os acordos entre o licenciado e os sublicenciados são abrangidos pelo RICTT.
43. A expressão «produtos contratuais» inclui os bens e serviços fabricados com a tecnologia licenciada, isto é, tanto os casos em que a tecnologia licenciada é utilizada no processo de produção, como os casos em que é integrada no próprio produto. Nas presentes orientações, a expressão «produtos que incorporam a tecnologia licenciada» abrange os dois casos. O RICTT é aplicável a todos os casos em que a tecnologia é licenciada com o objectivo de produzir bens e serviços. Relativamente a este aspecto, é suficiente que o licenciante se comprometa a não exercer os seus direitos de propriedade intelectual contra o licenciado. 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 dentro do âmbito da patente.

44. O RICTT abrange a «subcontratação», através da qual o licenciante concede uma licença 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 dos serviços abrangidos pelo acordo. Para que este último tipo de subcontratação seja abrangido pelo RICTT, é a tecnologia licenciada que deve constituir o objecto principal do acordo e não os equipamentos fornecidos. A subcontratação é igualmente abrangida pela Comunicação da Comissão relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado⁽²⁷⁾. Em conformidade com a referida comunicação, que se mantém 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 n.º 1 do artigo 81.º Contudo, outras restrições impostas ao subcontratante, tais como a obrigação de não realizar ou explorar a sua própria investigação e desenvolvimento, podem ser abrangidas pelo artigo 81.º⁽²⁸⁾.
45. 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 suplementar, o objecto do acordo consiste no fabrico de um produto contratual identificado. Por outro lado, o RICTT e as orientações não abrangem acordos através dos quais uma tecnologia é licenciada a fim de permitir ao licenciado continuar a realizar investigação e desenvolvimento em vários domínios. Por exemplo, o RICTT e as orientações não abrangem o licenciamento de um instrumento de investigação tecnológica utilizado na realização de actividades de investigação suplementares. O quadro do RICTT e as orientações baseiam-se na premissa de que existe uma relação directa entre a tecnologia licenciada e um produto contratual identificado. Nos casos em que não existe essa relação, o principal objecto do acordo é a investigação e desenvolvimento por oposição à introdução de um determinado produto no mercado; nesse caso, o quadro analítico do RICTT bem como as orientações podem não ser apropriados. Pelas mesmas razões, o RICTT e as orientações não incluem 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 a devolver o pacote de tecnologia melhorada ao licenciante. O principal objecto de tais acordos é o fornecimento de serviços de investigação e desenvolvimento destinados a melhorar a tecnologia, por oposição à produção de bens e serviços com base na tecnologia licenciada.
- ### 2.3. O conceito de acordos de transferência de tecnologia
46. O RICTT e as presentes orientações abrangem os acordos de transferência de tecnologia. Nos termos do disposto no n.º 1, alíneas b) e h), do artigo 1.º do RICTT, a noção de «tecnologia» abrange as patentes e os pedidos de patentes, os modelos de utilidade e os pedidos de modelos de utilidade, os direitos sobre desenhos e modelos, os direitos de obtenção vegetal, as topografias de produtos semicondutores, os certificados de protecção suplementar para produtos farmacêuticos ou outros produtos, relativamente aos quais tais certificados de protecção suplementar podem ser obtidos, direitos de autor relativos a suportes lógicos e saber-fazer. A tecnologia licenciada deve permitir ao licenciado fabricar os produtos contratuais com ou sem outros factores de produção.
47. O saber-fazer é definido no n.º 1, alínea g), do artigo 1.º como um conjunto de informações práticas não patenteadas, decorrentes da experiência e de ensaios, que são secretas, substanciais e identificadas. «Secretas» significa que o saber-fazer não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção. «Substanciais» significa que o saber-fazer inclui informações significativas e úteis para o fabrico dos produtos abrangidos pelo acordo de licença 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 por oposição a um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil para o fabrico do produto contratual. Esta condição não é preenchida, quando o produto contratual pode ser fabricado com base na tecnologia livremente disponível. Contudo, a condição não exige que o produto contratual tenha um valor superior aos produtos fabricados com a tecnologia livremente disponível. No caso de tecnologias que incidem sobre um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil, na medida em que pode razoavelmente esperar-se no momento da conclusão do acordo que seja capaz de melhorar significativamente a posição concorrencial do licenciado, reduzindo por exemplo os seus custos de produção. «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 dispõem os trabalhadores do licenciante. 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, é suficiente descrever no acordo a natureza geral do saber-fazer e enumerar os trabalhadores que estarão ou estiveram implicados na sua transmissão ao licenciado.
48. A noção de «transferência» implica que a tecnologia deve passar de uma empresa para outra. Tal efectua-se normalmente através da concessão de uma licença graças à qual o licenciante concede ao licenciado o direito de utilizar a sua tecnologia mediante o pagamento de *royalties*. A transferência pode igualmente efectuar-se através de um acordo de sublicença, ao abrigo do qual um licenciado, após para tal ter sido autorizado pelo licenciante, concede licenças a terceiros (sublicenciados) para a exploração da tecnologia.

49. O RICTT só é aplicável aos acordos que tenham por objecto principal a transferência de tecnologia, tal como definida nesse regulamento, por oposição à aquisição de bens e serviços ou à concessão de licenças relativamente a outros tipos de propriedade intelectual. Os acordos que incluem disposições relativas à compra e à venda de produtos só são abrangidos pelo RICTT se essas disposições não constituírem o objecto principal do acordo e estiverem directamente relacionadas com a aplicação da tecnologia licenciada. É provavelmente o que acontece quando os produtos associados são equipamentos ou processos especialmente concebidos para que a tecnologia licenciada possa ser explorada de forma eficaz. Em contrapartida, se o produto for simplesmente um outro elemento que entra na composição do produto final, será conveniente examinar cuidadosamente se a tecnologia licenciada constitui o objecto principal do acordo. Quando, por exemplo, o licenciado fabrica já um produto final com base numa outra tecnologia, a licença deve introduzir uma melhoria significativa no processo de produção do licenciado, superior ao valor do produto adquirido ao licenciante. A exigência de que os produtos associados devem estar ligados à concessão da licença de tecnologia implica que o RICTT não abranje a compra de produtos que não tenham qualquer relação com os produtos que incluem a tecnologia licenciada. É por exemplo o que acontece quando o produto associado não se destina a ser utilizado com o produto licenciado, mas está associado a uma actividade num mercado do produto distinto.
50. O RICTT só abranje a concessão de licenças relativamente a outros tipos de propriedade intelectual, tais como as marcas e os direitos de autor que não os relativos a suportes lógicos, se estiverem directamente associados à exploração da tecnologia licenciada e não constituírem o objecto principal do acordo. Esta condição garante que os acordos que abrangem outros tipos de direitos de propriedade intelectual só beneficiam da isenção por categoria se esses direitos permitirem ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada. O licenciante pode, por exemplo, autorizar o licenciado a utilizar a sua marca nos produtos que incluem a tecnologia licenciada. A licença de uma marca pode igualmente permitir ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada, uma vez que os consumidores farão directamente a associação entre o produto e as características que lhe são conferidas pela tecnologia licenciada. A obrigação de o licenciado utilizar a marca do licenciante pode igualmente favorecer a divulgação da tecnologia, permitindo ao licenciante identificar-se como fonte da tecnologia utilizada. Contudo, quando o valor da tecnologia licenciada é limitado, uma vez que utiliza já uma tecnologia idêntica ou muito semelhante, e quando o objecto principal do acordo é a marca, o RICTT não é aplicável ⁽²⁹⁾.
51. A concessão de uma licença de direitos de autor para a reprodução e distribuição da obra protegida, isto é, a produção de cópias destinadas a serem revendidas, é considerada semelhante à concessão de uma licença de tecnologia. Tais acordos de licença relativos à produção e à venda de produtos com base num direito de propriedade intelectual são considerados de natureza semelhante à dos acordos de transferência de tecnologia e colocam normalmente problemas comparáveis. Apesar de o RICTT não abranger os direitos de autor que não os relativos a suportes lógicos, a Comissão aplicará como regra geral os princípios definidos no RICTT e nas presentes orientações quando for chamada a apreciar, ao abrigo do artigo 81.º, tal concessão de uma licença de direitos de autor.
52. Considera-se, por outro lado, que a concessão de licenças de direitos de execução e outros direitos conexos coloca problemas específicos e que não é oportuno apreciar este tipo de licença com base nos princípios enunciados nas presentes orientações. No caso dos vários direitos relativos às execuções, o valor não é criado pela reprodução e venda de cópias de um produto, mas por cada execução individual da obra protegida. Esta exploração pode assumir diferentes formas, nomeadamente a execução, a apresentação ou a locação de material protegido, tal como filmes, música ou manifestações desportivas. Para efeitos da aplicação do artigo 81.º, é necessário ter em conta a especificidade da obra e a forma como é explorada ⁽³⁰⁾. Por exemplo, as restrições à revenda são susceptíveis de provocar menos preocupações de concorrência, sendo mais preocupante quando os licenciantes obrigam os seus licenciados a aplicarem a cada um dos licenciados as condições mais favoráveis obtidas por um deles. A Comissão não aplicará, por conseguinte, o RICTT nem as presentes orientações por analogia à concessão de licenças destes outros direitos.
53. A Comissão não alargará também os princípios enunciados no RICTT e nas presentes orientações às licenças de marca. A concessão de licenças de marca ocorre frequentemente no contexto da distribuição e revenda de bens e serviços, e assemelha-se geralmente mais aos acordos de distribuição do que aos acordos de licença de tecnologia. Quando uma licença de marca está directamente associada à utilização, venda ou revenda de bens e serviços e não constitui o objecto principal do acordo, o acordo de licença é abrangido pelo Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas ⁽³¹⁾.

2.4. Vigência

54. Sob reserva do período de vigência do RICTT, 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, enquanto permanecer secreto, salvo se o saber-fazer for divulgado como o resultado de uma acção pelo licenciado, caso em que a isenção será aplicável durante o período de vigência do acordo (ver artigo 2.º do RICTT).

55. A isenção por categoria é aplicável a cada direito de propriedade intelectual licenciado abrangido pelo acordo e deixa de ser aplicável na data de cessação, nulidade ou entrada no domínio público do último direito de propriedade intelectual que constitua uma «tecnologia» na acepção do RICTT (ver ponto 46).
- 2.5. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria**
56. O RICTT abrange os acordos entre duas empresas relativos à concessão de licenças de tecnologia tendo em vista o fabrico de produtos contratuais. Contudo, a tecnologia pode constituir igualmente um elemento de outro tipo de acordos. Além disso, os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são seguidamente vendidos no mercado. Afigura-se, por conseguinte, necessário examinar as relações entre o RICTT e o Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização⁽³²⁾, o Regulamento n.º 2659/2000 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 82.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento⁽³³⁾, bem como com o Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas⁽³⁴⁾.
- 2.5.1. *Os regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e aos acordos de investigação e desenvolvimento*
57. Nos termos do disposto no n.º 1, alínea c), do artigo 1.º do Regulamento n.º 2658/2000 relativo aos acordos de especialização, esse regulamento abrange, nomeadamente, os acordos de produção conjunta ao abrigo dos quais duas ou mais empresas acordam em fabricar determinados produtos conjuntamente. O regulamento é igualmente aplicável às disposições relativas à cessão ou à utilização de direitos de propriedade intelectual, desde que estes não constituam o objecto principal do acordo, mas estejam directamente associados e sejam necessários à sua aplicação.
58. Quando empresas criam uma empresa comum de produção e concedem a esta empresa uma licença para a exploração de uma tecnologia utilizada na produção dos produtos fabricados pela empresa comum, este tipo de licença é abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 2658/2000 e não pelo RICTT. Por esta razão, a concessão de licenças no âmbito de uma empresa comum de produção é normalmente apreciada ao abrigo do Regulamento 2658/2000. Contudo, quando a empresa comum concede sob licença a terceiros a tecnologia, a actividade não está associada ao fabrico de produtos pela empresa comum, não sendo por conseguinte abrangida por este regulamento. Tais acordos de licença que permitem reunir as tecnologias das partes, constituem agrupamentos de tecnologias e são abordados na Secção IV.4.
59. O Regulamento n.º 2659/2000 relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento abrange os acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em desenvolver em comum actividades de investigação e desenvolvimento e em explorar em comum os respectivos resultados. Nos termos do n.º 11 do artigo 2.º, a investigação e desenvolvimento ou a exploração dos resultados são efectuados em comum, quando as tarefas a eles relativas são executadas por uma equipa, uma organização ou uma empresa comum, confiadas em comum a um terceiro ou repartidas entre as partes em função de uma especialização na investigação, desenvolvimento, produção ou distribuição, incluindo a concessão de licenças.
60. O Regulamento n.º 2659/2000 abrange, por conseguinte, a concessão de licenças entre as partes e pelas partes a uma entidade comum no âmbito de um acordo de investigação e desenvolvimento. No âmbito de tais acordos, as partes podem igualmente determinar as condições em que o resultado dos acordos de investigação e desenvolvimento será concedido sob licença a terceiros. Contudo, como os licenciados terceiros não são parte no acordo de investigação e desenvolvimento, o acordo de licença individual concluído com terceiros não é abrangido pelo Regulamento n.º 2659/2000. Tais acordos de licença podem beneficiar de uma isenção por parte do RICTT, se satisfizerem as condições estabelecidas nesse regulamento.
- 2.5.2. *O regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais*
61. O Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo aos acordos verticais abrange os acordos concluídos entre duas ou mais empresas, cada uma das quais opera, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou de distribuição e que dizem respeito às condições em que as partes podem comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços. Abrange, por conseguinte, os acordos de fornecimento e de distribuição⁽³⁵⁾.
62. Uma vez que o RICTT só abrange os acordos concluídos entre duas partes e sendo o licenciado, que vende produtos que incluam a tecnologia licenciada, um fornecedor para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 2790/1999, estes dois regulamentos de isenção por categoria estão estreitamente associados. Os acordos concluídos entre um licenciante e um licenciado estão sujeitos ao RICTT, enquanto os acordos concluídos entre um licenciado e os compradores estão sujeitos ao Regulamento n.º 2790/1999 e às Orientações relativas às restrições verticais⁽³⁶⁾.
63. O RICTT isenta também os acordos entre o licenciante e o licenciado quando estes 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 selectiva. Todavia, os acordos de distribuição concluídos para a aplicação deste tipo de obrigação devem estar em conformidade com o Regula-

mento n.º 2790/1999 para poderem ser objecto de uma isenção por categoria. Assim, o licenciante pode obrigar o licenciado a criar um sistema baseado na distribuição exclusiva, em conformidade com regras precisas. Contudo, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 4.º do Regulamento n.º 2790/1999, os distribuidores devem poder efectuar vendas passivas nos territórios de outros distribuidores exclusivos.

64. Além disso, os distribuidores devem em princípio ter a liberdade de vender, tanto activa como passivamente, nos territórios abrangidos pelos sistemas de distribuição de outros licenciados que produzem os seus próprios produtos a partir da tecnologia licenciada. Tal acontece porque para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 2790/1999, cada licenciado constitui um fornecedor distinto. Todavia, os motivos subjacentes à concessão da isenção por categoria previstos nesse regulamento podem igualmente ser aplicados quando os produtos que incluem a tecnologia licenciada são vendidos pelos licenciados sob uma marca comum pertencente ao licenciante. Quando esses produtos são vendidos sob uma marca comum, pode ser desejável, pelas mesmas razões de eficácia, aplicar os mesmos tipos de restrições entre os sistemas de distribuição dos licenciados que no caso de um sistema de distribuição vertical único. Em tais casos, é pouco provável que a Comissão conteste eventuais restrições, quando as condições enunciadas no Regulamento n.º 2790/1999 são cumpridas por analogia. Para que exista uma identidade de marca comum, os produtos devem ser vendidos e comercializados sob uma marca comum, que é predominante no que diz respeito às noções de qualidade e outras informações pertinentes para os consumidores. Não é suficiente que o produto tenha, para além das marcas dos licenciados, igualmente a marca do licenciante, que permitiria identificar este último como fonte da tecnologia licenciada.
- 3. A zona de protecção criada pelo regulamento de isenção por categoria**
65. Nos termos do disposto no artigo 3.º do RICTT, a isenção por categoria de acordos restritivos está sujeita a limiares de quotas de mercado, o que limita o âmbito da aplicação da isenção por categoria aos acordos que, apesar de poderem ser restritivos da concorrência, se presume que geralmente satisfazem as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º Fora da zona de protecção criada pelos limiares de quotas 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 n.º 1 do artigo 81.º ou de que não satisfaz as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º Na ausência de restrições graves, é necessária uma análise do mercado.
66. O limiar de quota de mercado a aplicar para efeitos da zona de protecção do RICTT depende de saber se o acordo é concluído entre concorrentes ou não concorrentes. Para efeitos da aplicação do RICTT, as empresas são consideradas concorrentes no mercado da tecnologia relevante, quando concedem licenças de tecnologias concorrentes. A concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tomada em consideração para a aplicação dos limiares de quota de mercado. Fora da zona de protecção do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia é tomada em consideração, mas não dá origem à aplicação da lista de restrições graves a acordos entre concorrentes (ver igualmente ponto 31).
67. As empresas são consideradas concorrentes no mercado do produto relevante, quando operam ambas no ou nos mesmos mercados do produto e no ou nos mesmos mercados geográficos em que os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são vendidos (concorrentes reais). São igualmente consideradas concorrentes, quando poderiam, em termos realistas, realizar os investimentos suplementares necessários ou suportar os outros custos necessários para poderem penetrar no ou nos mercados do produto ou no ou nos mercados geográficos relevantes num prazo relativamente curto⁽³⁷⁾ em resposta a um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos (concorrentes potenciais).
68. Decorre dos pontos 66 e 67 que duas empresas não são concorrentes para efeitos do RICTT, quando o licenciante não é um fornecedor nem real nem potencial de produtos no mercado relevante e o licenciado, já presente no mercado do produto, não concede licenças de uma tecnologia concorrente, ainda que a possua e produza com base nessa tecnologia. Contudo, as partes tornam-se concorrentes se mais tarde o licenciado começar a conceder licenças da sua tecnologia ou o licenciante se tornar um fornecedor real ou potencial de produtos no mercado relevante. Nesse caso, a lista de restrições graves relevantes para acordos entre não concorrentes continuará a ser aplicada ao acordo, a não ser que este seja posteriormente alterado relativamente a qualquer aspecto material (ver o n.º 3 do artigo 4.º do RICTT e o ponto 31).
69. No que diz respeito aos acordos entre concorrentes, o limiar de quota de mercado é de 20 % e para os acordos entre não concorrentes de 30 %, (ver n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do RICTT). Quando as empresas parte no acordo de licença não são concorrentes, o acordo é abrangido se a quota de mercado de qualquer das partes não ultrapassar 30 % nos mercados da tecnologia e do produto relevantes afectados. Quando as empresas parte no acordo de licença são concorrentes, o acordo é abrangido se as quotas de mercado combinadas das partes não ultrapassarem 20 % nos mercados da tecnologia e do produto relevantes. Os limiares de quota de mercado são aplicáveis tanto aos mercados da tecnologia como aos mercados do produto que incorpora a tecnologia licenciada. Se a quota de mercado detida ultrapassar o limiar aplicável num dos mercados relevantes afectados, o acordo não poderá beneficiar da isenção por categoria nesse mercado relevante. Por exemplo, se o acordo de licença disser respeito a dois mercados do produto ou a dois mercados geográficos distintos, a isenção por categoria pode ser aplicável a um dos mercados e não ao outro.

70. No que diz respeito ao mercado da tecnologia, decorre do n.º 3 do artigo 3.º do RICTT que a quota de mercado do licenciante deve ser calculada com base nas vendas realizadas pelo licenciante, bem como por todos os seus licenciados, de produtos que incorporam a tecnologia licenciada e isto individualmente para cada mercado relevante⁽³⁸⁾. Quando as partes são concorrentes no mercado da tecnologia, as vendas de produtos que incorporam a própria tecnologia do licenciado devem ser combinadas com as vendas dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada. No caso de tecnologias novas, que não tenham ainda gerado vendas, é atribuída uma quota de mercado igual a zero. Quando as vendas se iniciarem, a tecnologia começará a acumular quota de mercado.

71. No que diz respeito aos mercados do produto, a quota de mercado do licenciado deve ser calculada com base nas vendas pelo licenciado dos produtos que incorporam a tecnologia do licenciante e nas vendas dos produtos concorrentes, ou seja, as vendas totais do licenciado no mercado do produto relevante. Quando o licenciante é igualmente fornecedor de produtos no mercado relevante, as vendas do licenciante no mercado do produto relevante devem igualmente ser tomadas em consideração. Todavia, aquando do cálculo das quotas de mercado 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.

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

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

Concessão de licenças entre não concorrentes

Exemplo 1

A empresa A é especializada no desenvolvimento de produtos e técnicas biotecnológicos, tendo desenvolvido um novo produto, o Xeran. Não desenvolve as suas actividades como produtor de Xeran, em relação ao qual não dispõe de instalações nem de produção nem de distribuição. A empresa B é um dos fabricantes de produtos concorrentes, recorrendo a tecnologias não privativas livremente disponíveis. No ano 1, B vendia produtos no valor de 25 milhões de euros, 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 euros com recurso às tecnologias livremente disponíveis e Xeran no valor de 15 milhões de euros. No ano 3 e nos anos seguintes, B fabrica e vende apenas Xeran no valor de 40 milhões de euros por ano. Para além disso, no ano 2, A concede também uma licença a C. C não desenvolvia anteriormente quaisquer actividades nesse mercado do produto. C fabrica e vende apenas Xeran, no valor de 10 milhões de euros no ano 2 e de 15 milhões de euros 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 actividades, tem um valor anual de 200 milhões de euros.

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

No ano 2, a quota de B no mercado do produto é de 12,5 %, reflectindo as vendas de 25 milhões de euros 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 euros 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 euros por ano. A quota de C no mercado do produto é de 0 % no ano 1 e 2, 5 % e no ano 3 e de 7,5 % posteriormente.

Dado que se trata de acordos de licença entre não concorrentes e que as quotas de mercado individuais de A, B e C são inferiores a 30 % por ano, os acordos são abrangidos pela zona de segurança do RICTT.

Exemplo 2

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

Neste caso, a quota de A no mercado da tecnologia deve ser calculada em relação a cada um dos dois mercados geográficos. No mercado em que B desenvolve as suas actividades, a quota de mercado de A depende da venda de Xeran por B. Como neste exemplo se presume que o mercado total tenha um valor de 100 milhões de euros, isto é, metade da dimensão do mercado citado no exemplo 1, a quota de mercado de A é de 0 % no ano 2, de 15 % no ano 3 e de 40 % posteriormente. A quota de mercado de B é de 25 % no ano 2, 30 % no ano 3 e 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 n.º 2 do artigo 8.º do RICTT, após o ano 6, o acordo de licença entre A e B deixará de beneficiar da zona de segurança, devendo ser apreciado numa base individual.

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

*Concessão de licenças entre concorrentes***Exemplo 3**

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

A fim de apreciar o acordo de licença no âmbito do RICTT, as quotas de mercado de A e B devem ser ambas calculadas com base nos mercados da tecnologia e do produto. A quota de A no mercado da tecnologia depende do montante do produto vendido no ano anterior que foi fabricado por A e B com a tecnologia de A. No ano 2, a quota de A no mercado da tecnologia é, por conseguinte, de 15 %, reflectindo a sua própria produção e vendas de 15 milhões de euros no ano 0. A partir do ano 3, a quota de A no mercado da tecnologia é de 20 %, reflectindo as vendas no valor de 20 milhões de euros do produto fabricado com a tecnologia de A e fabricado e vendido por A e B (10 milhões de euros cada). Do mesmo modo, no ano 2, a quota de B no mercado da tecnologia é de 20 % e de 25 % posteriormente.

As quotas de mercado de A e B no mercado do produto dependem das suas vendas respectivas do produto no ano anterior, independentemente da tecnologia utilizada. A quota de A no mercado do produto é de 15 % no ano 2 e de 20 % posteriormente. A quota 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 cumulada, 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 acontece neste caso. A quota de mercado cumulada nos mercados das 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.

4. Restrições graves da concorrência nos termos do regulamento de isenção por categoria**4.1. Princípios gerais**

74. O artigo 4.º do RICTT inclui uma lista de restrições graves da concorrência. Uma restrição da concorrência é considerada grave em função da sua própria natureza e do facto de a experiência ter demonstrado que tal restrição era quase sempre anticoncorrencial. Em conformidade com a jurisprudência dos tribunais comunitários⁽³⁹⁾, tal restrição pode resultar do objectivo específico do acordo ou das circunstâncias próprias de cada caso individual (ver ponto 14).

75. Quando um acordo de transferência de tecnologia inclui uma restrição grave da concorrência, os n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º do RICTT estabelecem que o acordo no seu conjunto não pode beneficiar da isenção por categoria. 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, as restrições graves da concorrência só excepcionalmente satisfarão as quatro condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º (ver ponto 18).
76. O artigo 4.º do RICTT estabelece uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.
- #### 4.2. Acordos entre concorrentes
77. O n.º 1 do artigo 4.º enumera as restrições graves relativas aos acordos de licença entre concorrentes. Em conformidade com esta disposição, o RICTT não é aplicável aos acordos que, directa ou indirectamente, de forma separada ou em conjugação com outros factores sob o controlo das partes, tiverem por objecto:
- a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros;
 - b) A limitação da produção, exceptuando 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 ou aos licenciados de produzirem com a tecnologia licenciada apenas no âmbito de um ou mais domínios técnicos de utilização ou de um ou mais mercados do produto;
 - ii) a obrigação imposta ao licenciante e/ou ao licenciado, num acordo não recíproco, de não produzir com a tecnologia licenciada no âmbito de um ou mais domínios técnicos de utilização ou de um ou mais mercados do produto ou num ou mais territórios exclusivos reservados à outra parte;
 - iii) a obrigação imposta ao licenciante de não licenciar a tecnologia a outro licenciado num determinado território;
 - iv) a restrição, num acordo não recíproco, de vendas activas e/ou passivas pelo licenciado e/ou pelo licenciante no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte;
 - v) a restrição num acordo não recíproco de vendas activas pelo licenciado no território exclusivo ou ao grupo de clientes exclusivo atribuído pelo licenciante a um outro licenciado, desde que este último não seja uma empresa concorrente do licenciante no momento da concessão da sua própria licença;
 - vi) 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 activa ou passivamente a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;
 - vii) a obrigação imposta ao licenciado num acordo não recíproco de fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente, quando a licença foi concedida para criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente.
 - d) A restrição da capacidade do licenciado de explorar a sua própria tecnologia ou a restrição da capacidade de qualquer das partes no acordo realizarem investigação e desenvolvimento, excepto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.
78. Em relação a um certo número de restrições graves, o RICTT estabelece uma distinção entre acordos recíprocos e acordos 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 licenças cruzadas, 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 a sua tecnologia à outra parte ou em que no caso de licenças cruzadas, as tecnologias licenciadas não são tecnologias concorrentes e não podem ser utilizadas para o fabrico de produtos concorrentes. Um acordo não é recíproco pelo simples facto de incluir uma obrigação de retrocessão ou de o licenciado retroceder sob licença os seus próprios melhoramentos da tecnologia licenciada. No caso de um acordo não recíproco se tornar posteriormente recíproco devido à conclusão de uma segunda licença entre as mesmas partes, estas podem ter de reexaminar a primeira licença a fim de evitar que o acordo inclua uma restrição grave. Aquando da apreciação do caso presente, a Comissão tomará em consideração o prazo decorrido entre a conclusão da primeira e da segunda licença.

79. A restrição grave constante do n.º 1, alínea a), do artigo 4.º diz respeito aos acordos entre concorrentes que têm por objecto a fixação de preços dos produtos vendidos a terceiros, incluindo os produtos que incorporam a tecnologia licenciada. A fixação dos preços entre concorrentes constitui uma restrição da concorrência pelo seu próprio objecto. A fixação de preços pode, por exemplo, efectivar-se sob forma de um acordo directo relativo aos preços exactos a facturar ou de uma tabela de preços com certas reduções máximas autorizadas. É irrelevante se o acordo diz respeito a preços fixos, mínimos, máximos ou recomendados. Pode igualmente praticar-se fixação de preços de forma indirecta, utilizando meios para incentivar as empresas a não se afastarem do nível de preços acordados, por exemplo prevendo que o montante da *royalty* aumentará se os preços dos produtos diminuírem abaixo de um determinado nível. Contudo, uma obrigação imposta ao licenciado de pagar uma certa *royalty* mínima não equivale em si a uma fixação de preço.
80. Quando as *royalties* são calculadas com base nas vendas dos produtos individuais, o seu montante tem uma incidência directa sobre o custo marginal do produto e por isso sobre o seu preço ⁽⁴⁰⁾. Por conseguinte, os concorrentes podem utilizar licenças cruzadas com *royalties* recíprocas para coordenarem os preços nos mercados do produto a jusante ⁽⁴¹⁾. Todavia, a Comissão só tratará as licenças cruzadas com *royalties* recíprocas como fixação de preços, quando o acordo não tem qualquer objecto pró-concorrencial e, por conseguinte, não constitui um acordo de licença autêntico. Nos casos em que o acordo não cria qualquer valor e, por conseguinte, não possui qualquer justificação comercial válida, o acordo é uma simulação e é equivalente a um cartel.
81. A restrição grave mencionada no n.º 1, alínea a), do artigo 4.º abrange igualmente os acordos em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto relevante, independentemente do facto de a tecnologia licenciada ter ou não sido utilizada. Tais acordos são igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1, alínea d), do artigo 4.º, por força do qual a capacidade do licenciado para utilizar a sua própria tecnologia não deve ser restringida (ver ponto 95). Em geral, esses acordos restringem a concorrência, na medida em que aumentam, para o licenciado, o custo de utilização da sua própria tecnologia concorrente e restringe a concorrência que existiria na ausência do acordo ⁽⁴²⁾. Tal é válido tanto para os acordos recíprocos como para os não recíprocos. Contudo, o acordo em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas pode excepcionalmente satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º em casos individuais quando for possível concluir, com base em factores objectivos, que a restrição é indispensável para que a posse da licença seja favorável à concorrência. Tal pode acontecer quando, na ausência da restrição, fosse impossível ou excessivamente difícil, calcular e controlar a *royalty* devida pelo licenciado, por exemplo, dado que a tecnologia do licenciante não deixa qualquer traço visível no produto final e que não existem outros métodos de controlo viáveis.
82. A restrição grave da concorrência constante do n.º 1, alínea b), do artigo 4.º 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 n.º 1, alínea b), do artigo 4.º não abrange limitações da produção impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou 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 n.º 1, alínea b), do artigo 4.º identifica 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 concorrentes acordam em impor limitações da produção recíprocas, o objecto 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, obrigando cada parte a efectuar pagamentos à outra, se for ultrapassado um certo nível de produção.
83. O tratamento mais favorável das limitações quantitativas não recíprocas baseia-se no facto de que uma restrição unidireccional não conduz necessariamente a uma produção inferior no mercado, embora o risco de que o acordo não seja um acordo de licença autêntico seja menor quando a restrição é não recíproca. Quando um licenciado está disposto a aceitar uma restrição unilateral, é provável que o acordo dê origem a uma integração real das tecnologias complementares ou a ganhos de eficiência que favorecem a integração da tecnologia superior do licenciante e dos activos de produção do licenciado. Num acordo recíproco, uma limitação da produção imposta a um dos licenciados é susceptível de reflectir o valor superior da tecnologia licenciada por uma das partes e pode servir para promover a concessão de licenças favoráveis à concorrência.
84. A restrição grave da concorrência constante do n.º 1, alínea c), do artigo 4.º diz respeito à repartição dos mercados e dos clientes. Os acordos através dos quais os concorrentes partilham entre si mercados e clientes têm por objecto restringir a concorrência. Trata-se de uma restrição grave, quando os concorrentes num acordo recíproco acordam em não produzir em determinados territórios ou em não realizar vendas activas e/ou passivas em certos territórios ou a determinados clientes reservados à outra parte.
85. A alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º é aplicável independentemente do facto de o licenciado continuar a ter liberdade para utilizar a sua própria 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 da restrição, 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 a concessão de licenças seja favorável à concorrência.

86. Nos termos do ponto ii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º não é considerado uma restrição grave para o licenciante num acordo não recíproco conceder ao licenciado uma licença exclusiva para produzir com base na tecnologia licenciada num determinado território, acordando desta forma em não produzir ele próprio os produtos contratuais ou fornecer os produtos contratuais a partir desse território. Essas licenças exclusivas são objecto de uma isenção por categoria independentemente do âmbito do território. Se a licença é mundial, a exclusividade implica que o licenciante se abstém de entrar ou de permanecer no mercado. A isenção por categoria é igualmente aplicável quando a licença é limitada a um ou mais domínios técnicos de utilização ou um ou mais mercados do produto. O objectivo dos acordos abrangidos pelo ponto ii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º pode consistir em incentivar o licenciado a investir em e a desenvolver a tecnologia licenciada. O objecto do acordo não é, por conseguinte, necessariamente partilhar mercados.
87. Nos termos do disposto no ponto iv) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º e pelas mesmas razões, a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos não recíprocos, através dos quais as partes acordam em não proceder a vendas activas ou passivas⁽⁴³⁾ num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte.
88. Nos termos do disposto no ponto iii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º, também não é considerado uma restrição se o licenciante nomeia o licenciado seu único licenciado num determinado território, o que implica que não serão concedidas licenças a terceiros para produzirem a partir da tecnologia do licenciante no território em questão. No caso dessas licenças únicas, a isenção por categoria será aplicável independentemente de o acordo ser recíproco ou não, dado que o acordo não afecta a possibilidade de as partes explorarem plenamente a sua própria tecnologia nos territórios respectivos.
89. O ponto v) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º exclui da lista de restrições graves, concedendo assim uma isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado, as restrições num acordo não recíproco impostas às vendas activas realizadas por um licenciado no território ou a um grupo de clientes atribuídos pelo licenciante a um outro licenciado. É uma condição, contudo, que o licenciado protegido não fosse um concorrente do licenciante, aquando da conclusão do acordo. Não está garantido que tais restrições sejam consideradas graves. Ao permitir que o licenciante conceda a um licenciado, que não se encontrava ainda no mercado, protecção contra vendas activas por parte de licenciados que são concorrentes do licenciante e que por essa razão já estão estabelecidos no mercado, tais restrições são susceptíveis de induzir o licenciado a explorar a tecnologia licenciada de uma forma mais eficaz. Por outro lado, se os licenciados acordarem entre si em não vender activa ou passivamente em determinados territórios ou a certos grupos de clientes, o acordo equivale a um cartel entre os licenciados. Dado que tais acordos não implicam qualquer transferência de tecnologia, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT.
90. Nos termos do ponto i) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º, restrições nos acordos entre concorrentes, que limitam a licença a um ou vários mercados do produto ou domínios técnicos de utilização⁽⁴⁴⁾, não são restrições graves. Tais restrições beneficiam da isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 20 % independentemente de o acordo ser recíproco ou não. 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. Outra condição consiste na necessidade de os licenciados não serem restringidos na utilização da sua própria tecnologia (ver n.º 1, alínea d), do artigo 4.º). Quando os licenciados são restringidos na utilização da sua própria tecnologia, o acordo equivale a uma partilha de mercados.
91. 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 licença recíproco implica que ambas as partes são autorizadas a utilizar as respectivas tecnologias relativamente às quais concedem licenças no âmbito de diferentes domínios de utilização. Desde que as partes não sejam objecto 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 activos utilizados para produzir fora do âmbito da licença. É importante, relativamente a este aspecto, que a restrição diga respeito a mercados do produto ou domínios de utilização distintos e não a clientes, atribuídos por território ou por grupo, que adquiram produtos abrangidos pelo mesmo mercado do produto ou domínio técnico de utilização. O risco de partilha de mercado é substancialmente maior neste último caso (ver ponto 85). Além disso, as restrições relativas ao domínio de utilização podem revelar-se necessárias para promover a concessão de licenças favoráveis à concorrência (ver ponto 182).
92. O ponto vi) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º prevê ainda outra excepção, a saber, as restrições de utilização cativa, ou seja, uma obrigação por força da qual o licenciado só pode fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua própria utilização. Quando o produto contratual é uma componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só fabricar essa componente para a integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender as componentes a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender as componentes enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos e deve, por conseguinte, poder fornecê-los a terceiros que proporcionam um serviço pós-venda para esses produtos. As restrições associadas à utilização cativa, tal como acabam de ser definidas, podem ser necessárias para favorecer a divulgação de uma tecnologia, nomeadamente entre concorrentes, e estão abrangidas pela isenção por categoria. Essas restrições são abordadas na secção IV.2.5.

93. Finalmente, o ponto vii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º 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 ponto vii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º 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 ponto vii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º abrange igualmente situações em que mais de uma empresa beneficia de uma licença para abastecer o mesmo cliente específico. 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. Em especial, nessas circunstâncias, não se pode presumir que o acordo leve o licenciado a deixar de explorar a sua própria tecnologia.

94. A restrição grave da concorrência constante da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º abrange em primeiro lugar restrições da capacidade de qualquer das partes efectuar investigação e desenvolvimento. As duas partes devem ter a liberdade de realizar actividades independentes de investigação e desenvolvimento. Esta regra é aplicável independentemente de a restrição dizer respeito a um domínio abrangido pela licença ou a outros domínios. Contudo, o simples facto de as partes acordarem em fornecer reciprocamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respectivas não equivale a uma restrição imposta à investigação e desenvolvimento independente. O efeito de tais acordos sobre a concorrência deve ser apreciado à luz das circunstâncias do caso individual. A alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º também não se estende à restrição da capacidade de uma parte para realizar actividades de investigação e desenvolvimento com terceiros, quando esta restrição é necessária para impedir a divulgação do saber-fazer do licenciante. 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 protecção. Por exemplo, quando o acordo determina que certos empregados do licenciado sejam treinados e responsáveis pela utilização do saber-fazer licenciado, pode ser suficiente obrigar o licenciado a não autorizar esses trabalhadores a envolverem-se em investigação e desenvolvimento com terceiros. Podem afigurar-se igualmente apropriadas outras salvaguardas.

95. Nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º, o licenciado deve igualmente poder utilizar livremente a sua própria tecnologia concorrente, desde que ao fazê-lo não utilize a tecnologia licenciada pelo licenciante. Em relação à sua própria tecnologia, o licenciado não deve estar sujeito a limitações em termos do local onde produz ou realiza vendas, da quantidade que produz ou vende e a que preço vende. Não deve também estar obrigado a pagar *royalties* relativamente a produtos

fabricados com base na sua própria tecnologia (ver ponto 81). Além disso, deve poder conceder livremente a terceiros licenças em relação à sua própria tecnologia. Quando são impostas restrições ao licenciado no que diz respeito à utilização da sua própria tecnologia ou à sua liberdade de efectuar investigação e desenvolvimento, a competitividade da tecnologia do licenciado é reduzida, o que tem por efeito limitar a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes, bem como reduzir o incentivo que o licenciado teria em investir no desenvolvimento e melhoria da sua tecnologia.

4.3. Acordos entre não concorrentes

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

- a) A restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros, sem prejuízo da possibilidade de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que tal não corresponda a um preço de venda fixo ou mínimo na sequência de pressões exercidas ou de incentivos oferecidos por qualquer das partes;
- b) A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o licenciado pode vender passivamente os produtos contratuais, excepto:
 - i) a restrição das vendas passivas no território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivos reservado para o licenciante;
 - ii) a restrição das vendas passivas num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo atribuídos pelo licenciante a um outro licenciado durante os primeiros dois anos em que este outro licenciado vende os produtos contratuais nesse território ou a esse grupo de clientes;
 - iii) a obrigação de produzir os produtos contratuais exclusivamente para utilização própria, desde que o licenciado não seja limitado na venda dos produtos contratuais activa ou passivamente a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos;
 - iv) a obrigação de produzir os produtos contratuais apenas para um determinado cliente, quando a licença foi concedida para criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente;

- v) a restrição das vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista;
- vi) a restrição das vendas a distribuidores não autorizados pelos membros de um sistema de distribuição selectiva;
- c) A restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais por um licenciado que seja membro de um sistema de distribuição selectiva e que opere ao nível retalhista, sem prejuízo da possibilidade de um membro do sistema ser proibido de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.
97. A restrição grave da concorrência constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º diz respeito à fixação dos preços de venda a terceiros. Esta disposição abrange mais especialmente as restrições que tenham por objecto directo ou indirecto a determinação de um preço de venda fixo ou mínimo ou de um nível de preços fixo ou mínimo que o licenciante ou o licenciado deverão respeitar quando venderem os produtos a terceiros. No caso dos acordos que fixam directamente o preço de venda, a restrição é evidente. Contudo, os preços de venda podem igualmente ser fixados de forma indirecta, por exemplo, através de acordos que fixam a margem, o nível máximo de redução autorizado num nível de preço acordado ou que associa o preço de revenda imposto aos preços de venda de concorrentes, ou ainda através de ameaças, de intimidação, de avisos, de multas ou da rescisão do contrato caso um determinado nível de preço não seja respeitado. Os meios directos ou indirectos utilizados para chegar a uma fixação dos preços podem ser reforçados se forem combinados com medidas que permitam identificar as vendas a baixo preço, tais como um sistema de controlo dos preços ou a obrigação imposta aos licenciados de assinalarem qualquer desvio em relação aos preços acordados. Da mesma forma, a fixação directa ou indirecta dos preços pode ser reforçada, se for combinada com medidas destinadas a reduzir os incentivos que o licenciado teria em diminuir o seu preço de venda, por exemplo, a obrigação imposta pelo licenciante ao licenciado de aplicar uma cláusula de cliente mais favorecido, isto é, a obrigação de conceder a um cliente condições mais favoráveis do que a outros. 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 em si como conduzindo a preços de venda fixos ou mínimos.
98. A alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º identifica como restrições graves da concorrência os acordos ou práticas concertadas que tenham por objecto directo ou indirecto restringir as vendas passivas, por parte dos licenciados, de produtos que incorporem a tecnologia licenciada⁽⁴⁵⁾. As restrições de vendas passivas impostas ao licenciado podem resultar de obrigações directas, tais como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes estabelecidos em determinados territórios, ou a obrigação de remeter as encomendas desses clientes para outros licenciados. Podem igualmente resultar de medidas indirectas destinadas a incentivar o licenciado a abster-se desse tipo de vendas, que podem, por exemplo, assumir a forma de incentivos financeiros e da criação de um sistema de controlo que permita verificar o destino efectivo dos produtos licenciados. As limitações de quantidade podem constituir um meio indirecto para restringir as vendas passivas. A Comissão não assumirá que as limitações de quantidade, enquanto tal, servem este objectivo. Contudo, será diferente 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, obrigações de uma *royalty* mínima associadas a vendas no território, taxas diferenciadas de *royalties* consoante o destino dos produtos, bem como o controlo do destino dos produtos vendidos por licenciados individuais. A restrição grave geral que cobre as vendas passivas realizadas por licenciados está sujeita a várias interrogações, que são tratadas seguidamente.
99. A alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º não abrange as restrições de vendas em relação ao licenciante. Todas as restrições de vendas impostas ao licenciante são objecto de isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 30 %. O mesmo é aplicável a todas as restrições relativas a vendas activas por parte do licenciado, à excepção do referido nos pontos 105 e 106. A isenção por categoria de restrições relativas a vendas activas 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 activas entre territórios ou grupos de clientes de licenciados, não é uma condição que ao licenciado protegido tenha sido concedido um território exclusivo ou um grupo de clientes exclusivo. A isenção por categoria também é aplicável às restrições de vendas activas, quando foi 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 se pode garantir a um licenciado que apenas se confrontará com concorrência a nível das vendas activas por parte de um número limitado de licenciados dentro do território e não também por parte de licenciados fora do território.
100. As restrições impostas às vendas activas e passivas efectuadas pelos licenciados num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo que o licenciante se reservou não constituem restrições graves da concorrência [ver ponto i) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º]. Na realidade, são objecto de uma isenção por categoria. Pressupõe-se que quando as quotas de mercado sejam inferiores ao limiar, tais restrições, ainda que restrinjam a concorrência, podem contudo ser pró-concorrenciais na medida em que promovem a divulgação das tecnologias e a integração destas nos activos de produção do licenciado. Em relação a um território ou grupo de clientes a reservar para o licenciante, não é obrigatório que o licenciante produza realmente 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.

101. As restrições das vendas passivas por parte de licenciados num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo atribuídos a um outro licenciado são objecto de isenção por categoria por dois anos calculados a partir da data em que um licenciado protegido comercializa pela primeira vez os produtos que incorporam a tecnologia licenciada no seu território exclusivo ou ao seu grupo de clientes exclusivo [cf. art. 4(2)(b)(ii)]. Os licenciados têm de frequentemente realizar investimentos significativos em activos de produção e actividades promocionais a fim de começar a explorar e desenvolver um novo território. Os riscos com que o novo licenciado se confrontará são, por conseguinte, susceptíveis de ser significativos, em especial, uma vez que as despesas de promoção e o investimento em activos necessários para produzir com base numa determinada tecnologia são muitas vezes perdidos, isto é, não podem ser recuperados se o licenciado abandona o mercado. Nessas circunstâncias, acontece frequentemente que os licenciados não concluiriam o acordo de licença sem protecção durante um certo período contra vendas passivas (e activas) no seu território por parte de outros licenciados. Por conseguinte, as restrições de vendas passivas no território exclusivo de um licenciado por parte de outros licenciados não são frequentemente abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º por um período até dois anos a contar da data em que o produto que incorpora a tecnologia licenciada foi pela primeira vez colocado no mercado no território exclusivo pelo licenciado em causa. Todavia, na medida em que em casos individuais essas restrições são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, são objecto de isenção por categoria. Após o termo do período de dois anos, as restrições de vendas passivas entre licenciados constituem restrições graves. Tais restrições são geralmente abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º e têm pouca possibilidade de satisfazer as condições constantes do n.º 3 do artigo 81.º É nomeadamente pouco provável que as restrições de vendas passivas sejam indispensáveis para obter ganhos de eficiência⁽⁴⁶⁾.
102. O ponto iii) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º 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 uma componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só fabricar 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 activa e passivamente os produtos enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos e deve, por conseguinte, poder fornecê-los a terceiros proporcionando um serviço pós-venda para esses produtos. As restrições relativas à utilização cativa são igualmente abordadas na Secção IV.2.5.
103. Tal como no caso de acordos entre concorrentes (ver ponto 93), 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 [ver ponto iv) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º]. No caso de acordos entre não concorrentes, essas restrições não são provavelmente abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º.
104. O ponto v) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º introduz no âmbito da isenção por categoria uma obrigação de o licenciado não vender a clientes finais, mas unicamente a retalhistas. Uma tal obrigação permite ao licenciante atribuir a função de distribuição grossista ao licenciado e não é geralmente abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º⁽⁴⁷⁾.
105. Finalmente, o ponto vi) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º introduz no âmbito da isenção por categoria uma restrição que consiste em proibir os licenciados de venderem os produtos a distribuidores não autorizados. Permite ao licenciante impor aos licenciados uma obrigação de fazer parte de um sistema de distribuição selectiva. Nesse caso, contudo, os licenciados devem, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º, ser autorizados a realizar vendas tanto activas como passivas a consumidores finais, sem prejuízo da possibilidade de limitar o licenciado a uma função grossista, tal como previsto no ponto v) da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º (ver ponto anterior).
106. É conveniente recordar (ver ponto 39) que a isenção por categoria abrange os acordos de licença através dos quais o licenciante impõe obrigações que o licenciado deve ou pode impor aos seus compradores, incluindo aos distribuidores. Contudo, essas obrigações devem ser conformes às regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição. Como o RICTT abrange unicamente os acordos entre duas partes, os acordos concluídos entre o licenciado e os seus compradores no âmbito dessas obrigações não são abrangidos pelo referido regulamento. Tais acordos só podem beneficiar de uma isenção por categoria se forem conformes às disposições do Regulamento 2790/1999 (ver secção 2.5.2).

5. Restrições excluídas

107. O artigo 5.º do RICTT enumera quatro tipos de restrições que não podem beneficiar de uma isenção por categoria e que exigem, por conseguinte, uma apreciação individual dos seus efeitos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais. Decorre do artigo 5.º que a inclusão num acordo de licença de qualquer restrição que conste dessas disposições não impede a aplicação da isenção por categoria à parte restante do acordo. Trata-se apenas da restrição individual em causa que não beneficia da isenção por categoria, e que deve por conseguinte ser apreciada individualmente. As restrições enunciadas no artigo 5.º são portanto dissociáveis.
108. O n.º 1 do artigo 5.º prevê que a isenção por categoria não será aplicável às três obrigações seguintes:
- a) Qualquer obrigação directa ou indirecta de o licenciado conceder ao licenciante ou a um terceiro por este designado uma licença exclusiva relativamente aos melhoramentos dissociáveis que ele próprio tenha introduzido ou relativamente às novas aplicações da tecnologia licenciada que tenha desenvolvido;

- b) Qualquer obrigação directa ou indirecta de o licenciado ceder ao licenciante ou a um terceiro por este designado direitos relativos a melhoramentos separáveis ou a novas aplicações da tecnologia licenciada;
- c) Qualquer obrigação directa ou indirecta de o licenciado contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual de que o licenciante seja titular no mercado comum. No entanto, o RICCTT abrange a possibilidade de o licenciante rescindir o acordo de licença no caso de o licenciado contestar a validade da tecnologia licenciada.

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

109. As alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º dizem respeito a retrocessões ou cessões exclusivas ao licenciante de melhoramentos separáveis da tecnologia licenciada. Qualquer melhoramento é dissociável quando puder ser explorado sem interferir com a tecnologia licenciada. A obrigação de conceder ao licenciante uma licença exclusiva relativamente aos melhoramentos separáveis da tecnologia licenciada ou de ceder tais melhoramentos ao licenciante é susceptível de reduzir o incentivo do licenciado para inovar, na medida em que este não poderá explorar os melhoramentos que introduza, nem mesmo concedendo-os sob licença a terceiros. Tal é aplicável simultaneamente aos casos em que o melhoramento separável diz respeito à mesma aplicação do que a tecnologia licenciada e quando o licenciado desenvolve novas aplicações da tecnologia licenciada. Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º tais obrigações não são objecto de isenção por categoria. Contudo, as obrigações de retrocessão não exclusivas são abrangidas pela isenção por categoria no que se refere a melhoramentos separáveis. Tal verifica-se até quando a obrigação de retrocessão é não recíproca, isto é, apenas imposta ao licenciado e, quando, por força do acordo, o licenciante é autorizado a comunicar os melhoramentos separáveis a outros licenciados. Uma obrigação de retrocessão não recíproca pode promover a inovação e a divulgação de novas tecnologias, permitindo que o licenciante determine livremente se e em que medida transfere os seus próprios melhoramentos para os seus licenciados. Uma cláusula de comunicação desse tipo pode igualmente favorecer a divulgação da tecnologia, uma vez que cada licenciado sabe, no momento da conclusão do acordo, que se encontrará em pé de igualdade com os outros licenciados no que diz respeito à tecnologia com a qual fabricará os produtos contratuais. As retrocessões exclusivas e as obrigações de ceder melhoramentos não separáveis não são restritivos da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º, uma vez que os melhoramentos não separáveis não podem ser explorados pelo licenciado sem a autorização do licenciante.
110. O n.º 1, alíneas a) e b), do artigo 5.º 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 factor relevante no contexto de uma apreciação individual efectuada ao abrigo do artigo 81.º Quando as retrocessões são efectuadas mediante remuneração, é menos provável que a obrigação elimine o incentivo do licenciado para inovar. Na apreciação de retrocessões exclusivas que não são abrangidas pela isenção por categoria, a posição do licenciante no mercado da tecnologia deve igualmente ser tomada em consideração. Quanto mais forte for esta posição, mais provável será que as obrigações de retrocessão exclusivas tenham efeitos restritivos sobre a concorrência no domínio da inovação. Quanto mais forte for a posição da tecnologia do licenciante, mais o licenciado terá hipóteses de constituir uma importante fonte de inovação e de concorrência futura. O impacto negativo das obrigações de retrocessão pode igualmente ser reforçado no caso de redes paralelas de acordos de licença que incluam tais obrigações. Quando as tecnologias disponíveis são controladas por um número limitado de licenciantes que impõem obrigações de retrocessão 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.

111. O risco de impacto negativo sobre a inovação é mais elevado no caso de licenças cruzadas entre concorrentes quando uma obrigação de retrocessão imposta a ambas as partes se encontra associada à obrigação, relativamente a ambas as partes, de partilhar com a outra parte os melhoramentos introduzidos na sua própria tecnologia. A partilha do conjunto dos melhoramentos entre concorrentes pode impedir cada concorrente de adquirir uma liderança competitiva em relação aos outros (ver também ponto 208). Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de alcançar uma superioridade competitiva em relação umas às outras, quando o objectivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as suas respectivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar a mesma base tecnológica na concepção dos seus produtos. É o que acontece quando o objectivo da licença consiste em criar liberdade de concepção e não em melhorar a base tecnológica do licenciado.
112. A restrição excluída referida na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º diz respeito às cláusulas de não contestação, isto é, às obrigações de não contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual detidos pelo licenciante. A razão da exclusão das 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 protecção da propriedade intelectual, os direitos de propriedade intelectual não válidos devem ser eliminados, uma vez que paralisam a inovação em vez de a promoverem. O n.º 1 do artigo 81.º pode igualmente ser aplicável a cláusulas de não contestação, quando a tecnologia licenciada possui um determinado valor e penaliza, por conseguinte, a nível da concorrência, as empresas que não a podem utilizar ou que a

podem apenas utilizar mediante o pagamento de *royalties* ⁽⁴⁸⁾. Nesse caso, é pouco provável que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º se encontrem reunidas ⁽⁴⁹⁾. No entanto, a Comissão tem uma posição favorável em relação às cláusulas de não contestação relativas ao saber-fazer, uma vez que se for divulgado pode ser impossível ou muito difícil recuperar o saber-fazer licenciado. Nesses casos, uma obrigação de o licenciado não contestar o saber-fazer licenciado promove a divulgação de nova tecnologia, em especial, permitindo que os licenciados mais fracos concedam licenças a licenciados mais fortes sem temer contestação depois de o licenciado ter absorvido o saber-fazer.

113. O RICTT abrange a possibilidade de o licenciante rescindir o acordo de licença em caso de contestação da tecnologia licenciada. O licenciante não é, por conseguinte, obrigado a continuar a negociar com o licenciado que contesta a própria matéria do acordo de licença, o que significa que, em caso de rescisão, qualquer utilização da tecnologia contestada pelo licenciado se efectua por conta e risco do que contestou a sua validade. Contudo, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, o RICTT não abrange as obrigações contratuais que impedem o licenciado de contestar a tecnologia licenciada, o que permitiria ao licenciante intentar uma acção contra o licenciado por ruptura de contrato, e que teria por efeito criar um motivo suplementar para que o licenciado não conteste a validade da tecnologia do licenciante. Esta disposição garante que o licenciado se encontra na mesma posição do que terceiros.
114. O n.º 2 do artigo 5.º exclui do âmbito da isenção por categoria, no caso de acordos entre não concorrentes, qualquer obrigação directa ou indirecta que limite a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia ou a capacidade de as partes no acordo realizarem investigação e desenvolvimento, a menos que esta última restrição seja indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado. O conteúdo desta condição é o mesmo da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º da lista de restrições graves no que se refere a acordos entre concorrentes, que é abordada nos pontos 94 e 95. 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 n.º 3 do artigo 81.º não são em geral satisfeitas ⁽⁵⁰⁾. Esses acordos devem ser apreciados individualmente.
115. No caso de acordos entre não concorrentes, o licenciado normalmente não possui uma tecnologia concorrente.

Contudo, podem existir casos em que, para efeitos da isenção por categoria, as partes são consideradas não concorrentes, apesar do facto de o licenciado possuir uma tecnologia concorrente. É o que acontece quando o licenciado possui uma tecnologia, mas não a licencia e o licenciante não é um fornecedor real ou potencial no mercado do produto. Para efeitos da isenção por categoria, as partes nessas circunstâncias não são nem concorrentes no mercado da tecnologia nem concorrentes no mercado do produto ⁽⁵¹⁾. 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 limitação competitiva no mercado, que devia ser mantida. Numa situação desse tipo, as restrições relativas à utilização por parte do licenciado da sua própria tecnologia ou à investigação e desenvolvimento são normalmente consideradas limitativas da concorrência e não satisfazem as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º 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 com a sua própria tecnologia, limita em geral a capacidade do licenciado de explorar a sua própria tecnologia e deve ser excluída do âmbito da isenção por categoria.

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

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

6.1. Procedimento de retirada

117. 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 que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º As autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros só estão habilitadas a retirar o benefício da isenção por categoria nos casos em que o mercado geográfico relevante não é mais vasto do que o território do Estado-Membro em questão.

118. As quatro condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º são cumulativas e devem ser todas preenchidas para que a isenção seja aplicável⁽⁵²⁾. A isenção por categoria pode, por conseguinte, ser retirada, quando um determinado acordo não satisfaça uma ou várias dessas quatro condições.

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

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

- 1) O acesso ao mercado da tecnologia de terceiros é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbem os licenciados de recorrerem às tecnologias de terceiros;
- 2) O acesso ao mercado de potenciais licenciados é restringido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbem os licenciados de conceder licenças a outros licenciados;
- 3) Sem qualquer razão objectivamente válida, as partes não exploram a tecnologia licenciada.

121. Os artigos 4.º e 5.º do RICTT, em que figuram na lista das restrições graves da concorrência, bem como as restrições excluídas, têm por objectivo garantir que os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não limitam o incentivo para inovar, não atrasam a divulga-

ção das tecnologias 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 têm em conta o eventual impacto dos acordos de licença. A isenção por categoria não abrange, nomeadamente, os eventuais efeitos cumulativos de restrições semelhantes contidos em redes de acordos de licenças. Os acordos de licença podem dar origem à exclusão de terceiros, tanto a nível do licenciante, como a nível do licenciado. A exclusão de outros licenciados pode ser devida ao efeito cumulativo de redes de acordos de licença que proíbem os licenciados de explorarem tecnologias concorrentes, o que dá origem à exclusão de outros licenciados (potenciais). Pode existir exclusão de licenciados, quando a maior parte das empresas presentes num mercado, que seriam susceptíveis de adquirir (com eficácia) uma licença concorrente, são impedidas de o fazer devido à existência de acordos restritivos e quando os licenciados potenciais se vêem confrontados com obstáculos à entrada relativamente elevados. Pode existir exclusão de outros licenciados em caso de efeito cumulativo de acordos de licença que proíbem os licenciados de concederem licenças a outros licenciados, impedindo assim licenciados potenciais de acederem à tecnologia necessária. O problema da exclusão é examinada mais pormenorizadamente na Secção IV.2.7. Além disso, é também provável que a Comissão retire o benefício da isenção por categoria, quando um número significativo de licenciados de tecnologias concorrentes em acordos individuais impõe aos seus licenciados abrangê-los por condições mais favoráveis acordadas com outros licenciados.

122. A Comissão pode igualmente retirar o benefício da isenção por categoria quando as partes se abstêm de explorar a tecnologia licenciada, salvo se tiverem uma razão objectiva para o fazer. Com efeito, quando as partes não exploram a tecnologia licenciada, não se pode produzir qualquer actividade de promoção da eficiência, e a isenção por categoria deixa, por conseguinte, de ter razão de existir. Contudo, a exploração não necessita de assumir a forma de uma integração de activos. Também se verifica exploração quando a licença cria liberdade de concepção para o licenciado, permitindo-lhe explorar a sua própria tecnologia sem se ver confrontado com o risco de alegações de infracção por parte do licenciante. No caso de um acordo de licença entre concorrentes, o facto de as partes não explorarem a tecnologia licenciada pode indicar que o acordo constitui um cartel. Por estas razões, a Comissão examinará muito cuidadosamente os casos de não exploração.

6.2. Não aplicação do regulamento de isenção por categoria

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

124. Embora a retirada do benefício do RICTT pela Comissão nos termos do artigo 6.º implique a adopção de uma decisão ao abrigo dos artigos 7.º ou 9.º do Regulamento 1/2003, um regulamento de não aplicação adoptado pela Comissão por força do artigo 7.º do RICTT tem simplesmente por objecto retirar, no que diz respeito às restrições e aos mercados em causa, o benefício do RICTT e de restabelecer a plena aplicabilidade dos n.ºs 1 e 3 do artigo 81.º Na sequência da adopção de um regulamento que declara o RICTT inaplicável a acordos que contenham certas restrições num determinado mercado, os critérios enunciados na jurisprudência relevante dos tribunais comunitários, bem como nas comunicações e decisões anteriores adoptadas pela Comissão fornecerão orientações sobre a aplicação do artigo 81.º a acordos individuais. Se for caso disso, a Comissão adoptará uma decisão relativamente a um caso individual que fornecerá orientações para todas as empresas que operam no mercado relevante.
125. Para efeitos do cálculo da taxa de cobertura do mercado de 50 %, será conveniente ter em conta cada rede individual de acordos de licença que incluam restrições, ou combinações de restrições, que produzem efeitos semelhantes no mercado.
126. O artigo 7.º não implica, para a Comissão, uma obrigação de agir quando a taxa de cobertura de 50 % seja ultrapassada. De uma forma geral, a não aplicação é adequada, quando é provável que o acesso ao mercado relevante, ou a concorrência que existe nesse mercado, sejam restringidos de forma significativa. Quando a Comissão for chamada a apreciar a necessidade de aplicar o artigo 7.º, examinará se uma retirada individual não constituiria uma solução mais apropriada. Tal pode nomeadamente depender do número de empresas concorrentes que contribuem para produzir um efeito cumulativo num mercado ou do número dos mercados geográficos afectados no âmbito da Comunidade.
127. Um regulamento adoptado ao abrigo do artigo 7.º deve definir claramente o seu âmbito de aplicação. Tal significa em primeiro lugar que a Comissão deve definir o ou os mercados do produto e zonas geográficas relevantes e em segundo, identificar o tipo de restrições relativamente às quais o regulamento de isenção por categoria deixará de ser aplicável. No que diz respeito a este último aspecto, a Comissão pode adaptar o âmbito de aplicação do seu regulamento em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos não concorrentes sejam tomadas em consideração para efeitos de determinar se a taxa de cobertura de 50 % do mercado é atingida, a Comissão pode não obstante limitar o âmbito do seu regulamento de não aplicação apenas às obrigações de não concorrência que ultrapassem uma determinada duração. Assim, os acordos com uma duração mais curta ou de natureza menos restritiva poderão não ser afectados, considerando-se que o efeito de exclusão das restrições em causa é menos importante. Se for caso disso, a Comissão poderá igualmente fornecer orientações, especificando o nível de quotas de mercado que, no contexto em causa, poderá ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa contribui de forma significativa para o efeito cumulativo. Em geral, considera-se que quando a quota de mercado detida pelos produtos que incorporam uma tecnologia licenciada por um licenciante individual não ultrapassa 5 %, o acordo ou a rede de acordos que cobrem essa tecnologia não contribui de forma significativa para o efeito cumulativo de encerramento do mercado⁽⁵³⁾.
128. O período de transição mínimo de seis meses que a Comissão deverá prever nos termos do n.º 2 do artigo 7.º, deverá permitir às empresas em causa adaptarem os seus acordos a fim de terem em conta o regulamento de não aplicação do RICTT.
129. Um regulamento de não aplicação do RICTT não afectará a isenção por categoria concedida aos acordos em causa durante o período que antecede a sua entrada em vigor.

IV. APLICAÇÃO DOS N.ºS 1 E 3 DO ARTIGO 81.º FORA DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

1. Quadro geral da análise

130. Os acordos que não podem beneficiar de uma isenção por categoria, por exemplo, quando os limiares de quota de mercado são ultrapassados ou quando o acordo foi concluído entre mais de duas partes, devem ser apreciados individualmente. Os acordos que não restrinjam a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º que satisfaçam as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º são válidos e aplicáveis. Recorde-se que não existe qualquer presunção de ilegalidade dos acordos não abrangidos pelo âmbito da isenção por categoria, desde que não contenham restrições graves da concorrência. Não existe em especial qualquer presunção de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º pelo simples facto de os limiares de quota de mercado serem ultrapassados. Esses acordos devem ser apreciados individualmente, com base nos princípios descritos nas presentes orientações.
131. A fim de fomentar a previsibilidade para além da aplicação do RICTT e de limitar a análise pormenorizada a casos susceptíveis de apresentar verdadeiros problemas de concorrência, a Comissão considera que, fora da área das restrições graves, não é provável que haja uma infracção ao artigo 81.º, 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 um custo comparável para o utilizador. Ao apreciar se as tecnologias são suficientemente substituíveis, deve ser tomado em consideração o 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 susceptíveis de entrarem no mercado num período razoável de tempo podem não constituir uma verdadeira alternativa, podendo, por conseguinte, impor apenas uma restrição limitada em termos de concorrência. O facto de um acordo não ser abrangido pela zona de protecção descrita no presente ponto não implica que o acordo seja abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º e, em caso afirmativo, que as condições do n.º 3 do artigo 81.º não são satisfeitas. Quanto à zona de protecção da quota de mercado do RICCT, esta zona de protecção suplementar apenas cria uma presunção negativa de que o acordo não é proibido pelo artigo 81.º Fora da zona de protecção, é necessária uma apreciação individual do acordo com base nos princípios desenvolvidos nas presentes orientações.

1.1. Os factores relevantes

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

- a) A natureza do acordo;
- b) A posição das partes no mercado;
- c) A posição dos concorrentes no mercado;
- d) A posição no mercado dos compradores dos produtos licenciados;
- e) Os obstáculos à entrada no mercado;
- f) O grau de maturidade do mercado; e
- g) Outros factores.

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

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

134. A posição das partes no mercado dá uma indicação do grau de poder de mercado que possuem eventualmente o

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

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

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

137. A posição dos compradores no mercado permite verificar se um ou mais compradores possuem ou não poder de pressão. O primeiro indicador de poder de pressão é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta parte reflecte a importância da sua necessidade de eventuais fornecedores. Outros indicadores são a posição do comprador no seu mercado de revenda, incluindo características tais como a dimensão da cobertura geográfica dos seus estabelecimentos e a sua imagem junto dos consumidores finais. Em certos casos, o poder de um comprador pode impedir o licenciante e/ou o licenciado de exercerem o seu poder no mercado, solucionando desta forma um problema de concorrência que de outro modo teria existido. É nomeadamente o que acontece quando compradores poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de fornecimento nesse mercado em caso de um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos. Quando os compradores fortes obtêm simplesmente condições favoráveis do fornecedor ou se contentam em repercutir cada aumento de preços nos seus clientes, a posição que detêm não é de molde a impedir o licenciado de exercer o seu poder no mercado do produto e, por conseguinte, não resolve os problemas de concorrência nesse mercado ⁽⁵⁴⁾.

138. Os obstáculos à entrada são avaliados calculando a medida em que as empresas presentes no mercado podem aumentar os seus preços para além do nível competitivo sem suscitar a entrada no mercado de novas empresas. Na ausência de obstáculos à entrada, a possibilidade de entrada fácil e rápida tornaria tais aumentos não rentáveis. Quando as entradas efectivas, que impeçam ou limitem o exercício do poder de mercado, são susceptíveis de ocorrer num prazo de um ano ou dois, considera-se geralmente que os obstáculos à entrada são reduzidos. Os obstáculos à entrada podem dever-se a uma grande número de factores, como por exemplo, economias de escala e de gama, regulamentações, nomeadamente quando criam direitos exclusivos, auxílios estatais, direitos aduaneiros à importação, direitos de propriedade intelectual, propriedade de recursos quando o fornecimento é limitado, por exemplo, por razões naturais, instalações essenciais, vantagens associadas ao facto de ser a primeira empresa implantada ou a fidelidade à marca por parte dos consumidores criada por fortes acções publicitárias durante um período prolongado. Podem igualmente constituir um obstáculo à entrada a acordos restritivos entre empresas, dificultando o acesso ao mercado e excluindo concorrentes potenciais. Podem existir obstáculos à entrada em todas as fases do processo de investigação e desenvolvimento, da produção e da distribuição. A questão de saber se alguns destes factores podem ser descritos como obstáculos à entrada depende em especial de darem ou não origem a custos irrecuperáveis. Os custos não recuperáveis ou ociosos são os custos que foram suportados para penetrar ou operar num mercado, mas que são perdidos a partir do momento em que a empresa abandona esse mercado. Quanto maiores forem os custos ociosos, mais os novos candidatos potenciais devem ponderar os riscos inerentes à entrada num determinado mercado e mais credíveis serão as ameaças dos operadores tradicionais no sentido de dar resposta a esta nova concorrência, na medida em que os custos ociosos tornarão qualquer saída do mercado onerosa. De uma forma geral, qualquer entrada num mercado impõe custos ociosos por vezes reduzidos, por vezes importantes. Por esta razão, uma concorrência real é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.
139. Um mercado maduro é um mercado que existe há algum tempo, no qual a tecnologia utilizada é bem conhecida, largamente utilizada e relativamente estável e em que a procura é relativamente estável ou mesmo em declínio. Num mercado desse tipo, é mais provável que as restrições da concorrência tenham efeitos negativos do que nos mercados mais dinâmicos.
140. Na apreciação de restrições específicas, será eventualmente necessário tomar em consideração outros factores. Estes incluem nomeadamente efeitos cumulativos, isto é, a percentagem do mercado coberto por acordos semelhantes, a duração dos acordos e o quadro regulamentar, bem como certos comportamentos susceptíveis de indicar ou facilitar a colusão, como por exemplo uma liderança em matéria de preços, alterações de preços anunciados antecipadamente, discussões sobre o preço «justo», uma rigidez dos preços em caso de capacidade excedentária, discriminações através dos preços e comportamentos colusivos anteriores.
- 1.2. **Efeitos negativos dos acordos de licença restritivos**
141. Os efeitos negativos susceptíveis de resultarem dos acordos de transferência de tecnologia restritivos são, nomeadamente, os seguintes:
- 1) Redução da concorrência intertecnologias entre as empresas que operam no mercado da tecnologia ou num mercado do produto que incorpora as tecnologias em questão, facilitando nomeadamente a colusão, tanto explícita como implícita;
 - 2) Exclusão dos concorrentes através do aumento dos seus custos, da restrição do seu acesso a factores de produção essenciais ou do aumento de outros obstáculos à entrada; e
 - 3) Redução da concorrência intratecnologia entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia.
142. Os acordos de transferência de tecnologia podem reduzir a concorrência intertecnologias, isto é, a concorrência entre as empresas que concedem licenças ou fabricam produtos com base em tecnologias substituíveis. É nomeadamente o que acontece quando são impostas obrigações recíprocas. Por exemplo, quando concorrentes transferem entre si tecnologias concorrentes e impõem uma obrigação recíproca de se fornecerem mutuamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respectivas 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 208).
143. A concessão de licenças 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 devem funcionar. Para que a colusão funcione, as empresas devem também poder controlar o comportamento de mercado umas das outras e devem existir elementos dissuasores para impedir desvios das políticas comuns no mercado, embora os obstáculos à entrada devam ser suficientemente elevados para limitar a entrada ou expansão de estranhos. Os acordos podem facilitar a colusão reforçando a transparência do mercado, controlando certos comportamentos e aumentando os obstáculos à entrada. Acordos de licença que dêem 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 susceptíveis de ter pontos de vista semelhantes relativamente às condições de coordenação ⁽⁵⁵⁾.

144. Os acordos de licença podem igualmente ter uma incidência sobre a concorrência intertecnologias, criando obstáculos que impedem a entrada de concorrentes ou a sua expansão no mercado. Tais efeitos de encerramento podem ser produzidos por restrições que impedem os licenciados de conceder licenças a terceiros ou dissuadindo-os de o fazer. Por exemplo, terceiros podem ser impedidos de entrar no mercado quando os licenciantes existentes impõem aos licenciados obrigações de não concorrência numa medida tal que os terceiros dispõem de um número insuficiente de licenciados e quando é difícil a entrada a nível dos licenciados. Os fornecedores de tecnologias de substituição podem igualmente ser excluídos quando um licenciante com um grau suficiente de poder de mercado associa diferentes partes de uma tecnologia e concede uma licença globalmente num pacote, enquanto apenas uma parte desse conjunto é necessária para fabricar um determinado produto.
145. Os acordos de licença podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia, isto é, a concorrência entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia. Um acordo que impõe restrições territoriais aos licenciados, impedindo-os de venderem nos territórios uns dos outros, reduz a concorrência recíproca. Os acordos de licença podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia facilitando a colusão entre os licenciados. Além disso, os acordos de licença que reduzem a concorrência intratecnologia podem facilitar a colusão entre os proprietários de tecnologias concorrentes ou reduzir a concorrência intratecnologia aumentando os obstáculos à entrada no mercado.
- 1.3. Efeitos positivos dos acordos de licença e quadro para a análise desses efeitos**
146. Os acordos de licença restritivos também podem principalmente ter efeitos pró-concorrenciais, sob a forma de ganhos de eficiência, susceptíveis de compensar os seus efeitos anticoncorrenciais. A apreciação efectuar-se-á ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º, que prevê uma derrogação à regra de proibição constante do n.º 1 do artigo 81.º Para que esta derrogação seja aplicável, o acordo de licença deve apresentar vantagens económicas objectivas, as restrições da concorrência devem ser indispensáveis para atingir esses ganhos de eficiência, os consumidores devem obter uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e o acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.
147. A apreciação de acordos restritivos ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º é efectuada no contexto real em que ocorrem⁽⁵⁶⁾, e com base nos factos existentes a qualquer momento. A apreciação poderá ser alterada em caso de evolução significativa da situação. A derrogação prevista no n.º 3 do artigo 81.º é aplicável, desde que estejam preenchidas as quatro condições e deixa de ser aplicável quando tal já não acontecer⁽⁵⁷⁾. Contudo, ao aplicar o n.º 3 do artigo 81.º em conformidade com estes princípios, é necessário tomar em consideração os investimentos não recuperáveis 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 81.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 não recuperáveis que devem ser realizados para aplicar o acordo, podem assim conduzir a que o acordo não seja abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º ou que satisfaça as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, consoante o caso, durante o tempo necessário para a recuperação do investimento.
148. A primeira condição do n.º 3 do artigo 81.º exige uma apreciação dos benefícios objectivos em termos de eficiências produzidas pelo acordo. Relativamente a este aspecto, os acordos de licença podem permitir reunir as tecnologias e outros activos complementares, o que permitirá colocar no mercado produtos novos ou melhorados ou ainda fabricar produtos existentes a custos inferiores. À excepção do caso dos cartéis mais graves, a concessão de licenças é frequente, uma vez que é mais racional para o licenciante conceder a sua tecnologia do que explorá-la ele próprio. Tal pode nomeadamente acontecer quando o licenciado tem já acesso aos activos de produção necessários. O acordo permite então ao licenciado aceder a uma tecnologia que pode ser combinada com esses activos, o que lhe permite explorar tecnologias novas ou melhoradas. Um outro caso em que a concessão de uma licença pode potencialmente favorecer os ganhos de eficiência é o caso em que o licenciado possui já uma tecnologia e em que a combinação desta tecnologia com a do licenciante dá origem a sinergias. Quando as duas tecnologias são combinadas, o licenciado pode então obter uma relação custos/produção que não poderia atingir de outra forma. Os acordos de licença podem igualmente criar ganhos de eficiência na fase da distribuição, tal como os acordos de distribuição vertical. Pode tratar-se de redução de custos ou do fornecimento de serviços de melhor qualidade aos consumidores. Os efeitos positivos dos acordos verticais são descritos nas orientações relativas às restrições verticais⁽⁵⁸⁾. Um outro exemplo de eventuais ganhos de eficiência são os acordos através dos quais os proprietários de tecnologia reúnem um pacote de tecnologia para a concessão de licenças a terceiros. Tais acordos de agrupamento podem, em especial, reduzir os custos de transacção, uma vez que os licenciados não têm de concluir acordos de licença distintos com cada licenciante. A concessão de licenças pró-concorrenciais pode igualmente verificar-se para garantir a liberdade de concepção. Em sectores 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 licença, através dos quais as partes acordam em não utilizar os seus direitos de propriedade intelectual uma contra a outra, são muitas vezes favoráveis à concorrência, uma vez que permitem às partes desenvolverem as suas tecnologias respectivas sem o risco de posteriores alegações de infracção.
149. Para se assegurar que as restrições são indispensáveis, tal como exigido no n.º 3 do artigo 81.º, a Comissão examinará nomeadamente se cada restrição permite realizar a actividade em causa da forma mais eficaz do que se a restrição em causa não tivesse existido. Ao efectuar esta 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 invoquem o benefício do n.º 3 do artigo 81.º tenham em conta alternativas hipotéticas e teóricas. Devem, contudo, explicar e demonstrar a razão pela qual alternativas aparentemente realistas e em grande medida menos restriti-

vas seriam significativamente menos eficientes. Se o recurso a uma possibilidade que pareceria comercialmente realista e menos restritiva viesse dar origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa será considerada indispensável. Em certos casos, pode igualmente revelar-se necessário analisar se o acordo, enquanto tal, é indispensável para obter os ganhos de eficiência. Tal pode por exemplo acontecer em relação aos acordos de agrupamento de tecnologias que incluem tecnologias complementares mas não essenciais⁽⁵⁹⁾, caso em que é necessário examinar em que medida a inclusão dessas tecnologias dá origem a ganhos de eficiência específicos ou se o acordo de agrupamento podia ser limitado a tecnologias para as quais não existe qualquer substituto e isto sem perda significativa de eficiência. No caso de uma simples concessão de licença entre duas partes, não é geralmente necessário ir além de uma análise do carácter indispensável das diferentes restrições. Normalmente, não existem soluções menos restritivas em relação ao acordo de licença.

150. A condição de que os consumidores devem receber uma parte equitativa dos benefícios significa que os consumidores dos produtos fabricados no quadro da licença devem beneficiar de compensações pelo menos em relação aos efeitos negativos do acordo⁽⁶⁰⁾. Tal significa que os ganhos de eficiência devem compensar inteiramente o eventual impacto negativo do acordo sobre os preços, a produção e outros factores relevantes. Podem concretizar-se através dos efeitos na estrutura de custos da empresa em causa que lhe dará um incentivo para reduzir os preços ou permitindo que os consumidores tenham acesso a produtos novos ou melhorados, compensando-os por quaisquer eventuais aumentos de preços⁽⁶¹⁾.
151. A última condição enunciada no n.º 3 do artigo 81.º, segundo a qual um acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, pressupõe uma análise das pressões concorrenciais que subsistem no mercado e do impacto do acordo sobre essas fontes de concorrência. Aquando da aplicação da última condição prevista no n.º 3 do artigo 81.º, é conveniente ter em conta a relação entre o n.º 3 do artigo 81.º e o artigo 82.º Segundo jurisprudência constante, a aplicação do n.º 2 do artigo 81.º não pode impedir a aplicação do artigo 82.º do Tratado⁽⁶²⁾. Além disso, como os artigos 81.º e 82.º têm ambos por objectivo a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o n.º 3 do artigo 81.º seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos restritivos que constituem um abuso de posição dominante⁽⁶³⁾.
152. O facto de o acordo reduzir substancialmente uma das dimensões da concorrência não significa necessariamente que toda a concorrência seja eliminada na acepção do n.º 3 do artigo 81.º Um acordo de agrupamento de tecnologias, por exemplo, pode dar origem à criação de

uma norma industrial, que conduzirá a uma situação em que a concorrência é reduzida em termos de formato tecnológico. A partir do momento em que os principais operadores do mercado tiverem adoptado um determinado formato, os efeitos de rede podem dificultar a sobrevivência de formatos alternativos. Tal não significa contudo que a criação de uma norma industrial elimina sempre de facto a concorrência na acepção da última condição do n.º 3 do artigo 81.º No quadro desta norma, os fornecedores podem com efeito estar em concorrência a nível dos preços, da qualidade e das características dos produtos. Todavia, para que o n.º 3 do artigo 81.º seja respeitado, deve garantir-se que o acordo não restringe indevidamente a concorrência nem restringe indevidamente qualquer futura inovação.

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

153. A presente secção aborda os diferentes tipos de restrições normalmente incluídas nos acordos de licença. Dada a sua importância, é útil proporcionar uma orientação quanto à forma como são apreciadas fora da zona de protecção do RICTT. As restrições que foram já abordadas em precedentes partes das presentes orientações, nomeadamente nas Secções III.4 e III.5, só serão abordadas de forma limitada na presente secção.
154. Esta secção abrange simultaneamente os acordos entre não concorrentes e os acordos entre concorrentes. No que diz respeito a estes últimos, é estabelecida uma distinção, se for caso disso, entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos. Essa distinção não é necessária no caso de acordos entre não concorrentes. Quando as empresas não são nem concorrentes reais nem concorrentes potenciais num mercado da tecnologia relevante ou num mercado de produtos que incorporam a tecnologia licenciada, a concessão de licenças recíprocas não diverge, a nível prático, da concessão de duas licenças distintas. Os acordos através dos quais as partes reúnem um pacote tecnológico, que é então licenciado a terceiros, são acordos de agrupamento de tecnologias, abordados na Secção 4.
155. A presente secção não aborda as obrigações incluídas nos acordos de licença que não restringem geralmente a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º Estas obrigações incluem, nomeadamente:
- Obrigações de confidencialidade;
 - Obrigações impostas ao licenciado de não conceder sublicenças;
 - Obrigações de não utilizar a tecnologia licenciada após o termo do acordo, desde que a tecnologia licenciada permaneça válida e em vigor;
 - Obrigações de prestar assistência ao licenciante na aplicação dos direitos de propriedade intelectual licenciados;

- e) Obrigações de pagar *royalties* mínimas ou de fabricar uma quantidade mínima de produtos que incorporam a tecnologia licenciada, e
- f) Obrigações de utilizar a marca do licenciante ou de indicar a designação do licenciante no produto.

2.1. Obrigações em matéria de *royalties*

156. As partes num acordo de licença têm normalmente a liberdade, sem que o acordo seja abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, de determinar as *royalties* a pagar pelo licenciado, bem como o modo de pagamento. Este princípio é aplicável simultaneamente aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes. As obrigações em matéria de *royalties* podem, por exemplo, assumir a forma de pagamentos de montantes fixos, de uma percentagem sobre o preço de venda ou de um montante fixo por cada produto que incorpora a tecnologia licenciada. Quando a tecnologia licenciada diz respeito a um factor de produção integrado seguidamente num produto final, o facto de as *royalties* serem calculadas com base no preço do produto final não dá geralmente origem a restrições da concorrência, desde que esse produto incorpore a tecnologia licenciada. No caso das *royalties* relativas à concessão de licenças de *software* com base no número de utilizadores e *royalties* calculadas com base em unidades de equipamento, estas são regra geral compatíveis com o n.º 1 do artigo 81.º

157. No caso de acordos de licença entre concorrentes, recorda-se, ver pontos 80 e 81, que num número limitado de circunstâncias, as obrigações relativas às *royalties* podem constituir uma fixação de preços, que é uma restrição grave [ver alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º]. Constituirá uma restrição grave, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, se os concorrentes previrem *royalties* recíprocas em circunstâncias em que a licença é fictícia, na medida em que o seu objectivo não é permitir uma integração de tecnologias complementares, nem atingir um outro objectivo pró-concorrencial. Constituirá também uma restrição grave, nos termos das alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 4.º, se as *royalties* abrangerem também os produtos fabricados unicamente com a própria tecnologia do licenciado.

158. Outros tipos de acordos de *royalties* entre concorrentes são objecto de isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 20 %, ainda que restrinjam a concorrência. Fora da zona de protecção da isenção por categoria, o n.º 1 do artigo 81.º pode ser aplicável, quando os concorrentes concedem licenças cruzadas e impõem *royalties* claramente desproporcionadas em comparação com o valor de mercado da licença e quando tais *royalties* têm um impacto significativo nos preços de mercado. Ao apreciar se as *royalties* são desproporcionadas, é relevante tomar em consideração as *royalties* pagas por outros licenciados no mercado do produto para as mesmas tecnologias ou para tecnologias de substituição. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º O n.º 1 do artigo 81.º pode ser igualmente aplicável quando as *royalties* recíprocas por unidade aumentam à medida que aumenta a produção. Se as partes dispõem de um poder de

mercado significativo, essas *royalties* podem ter o efeito de limitar a produção.

159. Independentemente do facto de a isenção por categoria só se aplicar se a tecnologia for válida e aplicável, 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 n.º 1 do artigo 81.º Quando esses direitos terminarem, os terceiros podem legalmente explorar a tecnologia em questão e entrar em concorrência com as partes no acordo. Esta concorrência real e potencial será normalmente suficiente para garantir que as obrigações em questão não terão qualquer efeito anticoncorrencial significativo.

160. 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 por terceiros. Tais acordos podem facilitar o cálculo das *royalties*. Contudo, podem igualmente dar origem a um encerramento do mercado aumentando o custo da utilização dos factores de produção de terceiros e podem ter assim efeitos semelhantes aos de uma obrigação de não concorrência. Se 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, nesse caso as *royalties* aumentarão os custos destes últimos produtos e reduzirão a procura da tecnologia de terceiros. Fora do âmbito da isenção por categoria, deve por conseguinte ser analisado se a restrição tem efeitos de exclusão. Para esse fim, afigura-se apropriado utilizar o quadro analítico definido na Secção 2.7. No caso de efeitos de exclusão significativos, tais acordos são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º e é pouco provável que satisfaçam as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º, a não ser que não exista qualquer outro método prático de calcular e controlar o pagamento das *royalties*.

2.2. Acordos de licença exclusivos e restrições das vendas

161. Para os presentes efeitos, 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).

2.2.1. Licenças exclusivas e licenças únicas

162. Uma licença é considerada exclusiva se o licenciado for o único autorizado a produzir com base na tecnologia licenciada num determinado território. O licenciante compromete-se assim a não produzir ele próprio nem a conceder licenças a outros para produzir num determinado território. Este território pode abranger todo o mundo. Quando o licenciante se compromete apenas a não conceder licenças a terceiros para produzirem num determinado território, a licença é uma licença única. Muitas vezes a concessão de licenças exclusivas ou únicas são acompanhadas de restrições de vendas, que limitam as partes na medida em que podem vender produtos que incorporam a tecnologia licenciada.

163. A concessão de licenças exclusivas recíprocas entre concorrentes é abrangida pela alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º, que considera a partilha de mercado entre concorrentes uma restrição grave. A concessão de licenças únicas recíprocas entre concorrentes é objecto de isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 20 %. No âmbito de um acordo desse tipo, as partes comprometem-se mutuamente a não conceder licenças das 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.
164. A concessão de licenças exclusivas não recíprocas entre concorrentes é objecto de isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 20 %. Acima do limiar da 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 n.º 1 do artigo 81.º, deve em especial apreciar-se qual a importância competitiva do licenciante. Se o licenciante dispõe de uma posição de mercado limitada, no mercado do produto ou não tem capacidade para explorar eficazmente a tecnologia no território do licenciado, não é provável que o acordo seja abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º Trata-se de um caso especial quando o licenciante e o licenciado apenas estão em concorrência no mercado da tecnologia e o licenciante, por exemplo, sendo um instituto de investigação ou uma pequena empresa com base na investigação não dispõe de activos de produção e distribuição para introduzir efectivamente no mercado produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Nesses casos, não é provável que haja infracção ao n.º 1 do artigo 81.º
165. A concessão exclusiva de licenças entre não concorrentes — na medida em que seja abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º (64) — é susceptível de satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º 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 acontece 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 excepcionalmente em relação a acordos de licenças exclusivas em acordos entre não concorrentes, independentemente do âmbito territorial da licença.
166. A principal situação em que a intervenção pode estar garantida é quando um licenciado em posição dominante obtém uma licença exclusiva de uma ou mais tecnologias concorrentes. Estes acordos são susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º e têm poucas possibilidades de satisfazer as condições constantes do n.º 3 do artigo 81.º Contudo, é uma condição que a entrada no mercado da tecnologia seja difícil e a tecnologia licenciada constitua uma fonte efectiva de concorrência no mercado. Nesse caso, uma licença exclusiva pode excluir terceiros licenciados do mercado e permitir ao licenciado conservar o seu poder de mercado.
167. 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 conjunto das tecnologias licenciadas desta forma cria uma norma industrial *de facto* a que terceiros devem ter acesso para se tornarem concorrentes efectivos no mercado. Nesses casos, o acordo cria uma norma fechada reservada às partes. A Comissão apreciará esses acordos com base nos mesmos princípios do que os aplicados aos acordos de agrupamento de tecnologias (ver Secção 4). Exigirá normalmente que as tecnologias na base dessa norma sejam licenciadas a terceiros em condições justas, razoáveis e não discriminatórias (65). Quando as partes no acordo estão em concorrência com terceiros num mercado do produto existente e os acordos incidem sobre esse mercado do produto, uma norma fechada ameaça ter efeitos de exclusão importantes. A incidência negativa sobre a concorrência só pode ser evitada concedendo igualmente licenças a terceiros.
- #### 2.2.2. Restrições das vendas
168. Também no que diz respeito às restrições das vendas, deve ser estabelecida uma importante distinção entre acordos de licença entre concorrentes e entre não concorrentes.
169. As restrições relativas às vendas activas e passivas efectuadas por uma ou por ambas as partes num acordo recíproco entre concorrentes são restrições graves da concorrência nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º As restrições das vendas em relação a cada uma das partes num acordo recíproco entre concorrentes são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º e não é provável que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. Considera-se em geral que tais restrições constituem uma partilha de mercados, uma vez que impedem a parte afectada de vender activa e passivamente em territórios e a grupos de clientes que abastecem efectivamente ou que poderia ter razoavelmente abastecido na ausência do acordo.
170. No caso de acordos não recíprocos entre concorrentes, a isenção por categoria é aplicável a restrições relativas às vendas activas e passivas por parte do licenciado ou do licenciante no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte [ver ponto iv) da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º]. Acima do limiar da quota de mercado de 20 %, as restrições de vendas entre licenciante e licenciado são abrangidas pelo n.º 1 do

- artigo 81.º, quando uma ou ambas as partes dispõem de um poder de mercado significativo. Contudo, tais restrições podem ser indispensáveis para a divulgação de tecnologias valiosas e, por conseguinte, satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º 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, as restrições de vendas activas, em especial, podem ser indispensáveis para induzir o licenciante a conceder a licença. Na sua ausência, o licenciante arriscar-se-ia a ser confrontado com uma concorrência activa na sua principal área de actividade. Do mesmo modo, as restrições de vendas activas 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.
171. A isenção por categoria abrange também as restrições das vendas activas 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 licença com o licenciante. Contudo, é uma condição que o acordo entre as partes em questão seja não recíproco. Acima do limiar da quota de mercado, tais restrições de vendas activas são susceptíveis de serem abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando as partes dispõem de um poder de mercado significativo. Todavia, é provável que a restrição seja indispensável, na acepção do n.º 3 do artigo 81.º, durante o tempo necessário para que o licenciado protegido penetre num novo mercado e estabeleça uma presença no mercado no território atribuído ou face ao grupo de clientes atribuído. Esta protecção contra vendas activas permite ao licenciado ultrapassar assimetrias, com que se confronta devido ao facto de alguns dos licenciados serem empresas concorrentes e, portanto, já estabelecidas no mercado. As restrições de vendas passivas por parte de licenciados num território ou a um grupo de clientes exclusivo atribuídos a um outro licenciado são restrições graves nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º do RICTT.
172. No caso de acordos entre não concorrentes, as restrições das vendas entre o licenciante e um licenciado podem beneficiar de uma isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 30 %. Acima deste, as restrições de vendas activas e passivas efectuadas por licenciados em territórios ou a grupos de clientes reservados ao licenciante podem não ser abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando, com base em factores objectivos, se puder concluir que na ausência das restrições de vendas a licença não teria sido concedida. O proprietário de uma tecnologia não entrará normalmente em concorrência directa com ele próprio com base na sua própria tecnologia. Noutros casos, as restrições impostas às vendas do licenciado podem ser abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, quer quando o licenciante individualmente dispõe de um poder de mercado significativo, quer no caso de um efeito cumulativo de acordos semelhantes concluídos por licenciantes, que em conjunto detêm uma posição forte no mercado.
173. As restrições impostas às vendas do licenciante, quando são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, satisfazem normalmente as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, a menos que não existam alternativas reais para a tecnologia do licenciante no mercado ou que tais alternativas sejam licenciadas pelo licenciado de terceiros. Tais restrições, nomeadamente, as relativas às vendas activas, são frequentemente indispensáveis, na acepção do n.º 3 do artigo 81.º, para incentivar o licenciado a investir na produção, na comercialização e na venda dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada. É provável que o licenciado tivesse nitidamente menos incentivos para investir se viesse a confrontar-se com a concorrência directa do licenciante, cujos custos de produção não são agravados pelas *royalties* a pagar, conduzindo eventualmente a níveis suboptimizados de investimento.
174. No que diz respeito às restrições de vendas entre licenciados em acordos entre não concorrentes, o RICTT concede uma isenção por categoria às restrições de vendas activas entre territórios ou grupos de clientes. Acima do limiar de quotas de mercado, a restrição das vendas activas entre territórios e grupos de clientes exclusivos dos licenciados limita a concorrência intratecnologia e é susceptível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, se um licenciado detiver um grau significativo de poder de mercado. Todavia, este tipo de restrições pode satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, quando estas são necessárias para impedir qualquer parasitismo e incentivar o licenciado a realizar os investimentos necessários para uma exploração eficiente da tecnologia licenciada no âmbito do seu território, bem como para promover as vendas dos produtos fabricados sob licença. As restrições relativas às vendas passivas constam da lista das restrições graves referida no n.º 2, alínea b), do artigo 4.º (ver ponto 101), quando ultrapassam dois anos a contar da data em que o produto que incorpora a tecnologia licenciada foi pela primeira vez colocado no mercado no território exclusivo pelo licenciado que beneficia das restrições. As restrições impostas às vendas passivas, que excedam este período de dois anos, têm pouca possibilidade de satisfazer as condições constantes do n.º 3 do artigo 81.º
- ### 2.3. Restrições relativas à produção
175. As restrições recíprocas da produção no âmbito de acordos de licença entre concorrentes constituem uma restrição grave abrangida pelo n.º 1, alínea b), do artigo 4.º do RICTT (ver ponto 82). O n.º 1, alínea b), do artigo 4.º não abrange restrições da produção impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou a um dos licenciados num acordo recíproco. Tais restrições são objecto de uma isenção por categoria até ao limiar da quota de mercado de 20 %. Para além deste limiar, as restrições de produção impostas ao licenciado podem restringir a concorrência, em casos em que as partes dispõem de um significativo poder de mercado. Contudo, é provável que o n.º 3 do artigo 81.º seja aplicável em casos em que a tecnologia do licenciante é substancialmente melhor do que a tec-

nologia do licenciado e a limitação da produção ultrapassa significativamente a produção do licenciado antes da conclusão do acordo. Nesse caso, o efeito da limitação relativa à produção é limitado mesmo em mercados em que a procura é crescente. Na aplicação do n.º 3 do artigo 81.º deve igualmente tomar-se em consideração que tais restrições podem ser necessárias para induzir o licenciante a divulgar a sua tecnologia o mais amplamente possível. Um licenciante poderia, por exemplo, hesitar em conceder uma licença da sua tecnologia aos seus concorrentes se não tiver a possibilidade de limitar a licença a um local de produção específico com uma determinada capacidade (licença para uma determinada instalação). Se o acordo de licença der origem a uma real integração de activos complementares, a limitação da produção do licenciado pode satisfazer as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º Todavia, tal é pouco provável quando as partes dispõem de um poder de mercado significativo.

176. As restrições da produção nos acordos de licença entre não concorrentes beneficiam da isenção por categoria até ao limiar de quotas de mercado de 30. O principal risco anticoncorrencial associado às restrições da produção dos licenciados nos acordos entre não concorrentes é uma redução da concorrência intratecnologia entre licenciados. O significado de tais efeitos anticoncorreciais depende da posição do licenciante e dos licenciados no mercado e da medida em que a limitação da produção impede o licenciado de satisfazer a procura relativamente aos produtos que incorporam a tecnologia licenciada.
177. Quando as restrições da produção são combinadas com territórios exclusivos ou grupos de clientes exclusivos, os efeitos restritivos aumentam. A combinação destes dois tipos de restrições aumenta a probabilidade de um acordo ter por objectivo o encerramento do mercado.
178. As limitações de produção impostas aos licenciados em acordos entre não concorrentes podem igualmente ter efeitos pró-concorreciais, quando favorecem a divulgação de uma tecnologia. O licenciante, enquanto fornecedor de tecnologia, deve normalmente ter a liberdade de determinar a produção fabricada pelo licenciado com a tecnologia. Se o licenciante não tivesse a liberdade de determinar a produção do licenciado, um certo número de acordos de licença poderia nunca ter existido, o que teria uma incidência negativa sobre a divulgação das tecnologias novas. Tal poderá nomeadamente acontecer quando o licenciante é igualmente um produtor, uma vez que a produção dos licenciados pode então encontrar-se no território principal de actividade do licenciante, tendo assim uma incidência directa sobre as suas actividades. Por outro lado, a limitação da produção é sem dúvida menos necessária para garantir a divulgação da tecnologia do licenciante, quando combinada com uma restrição de vendas do licenciado proibindo-o de vender no território ou a um grupo de clientes reservado ao licenciante.

2.4. Restrições do domínio de utilização

179. 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. Existem inúmeros casos em que uma mesma

tecnologia pode ser utilizada para fabricar diferentes produtos ou pode ser incorporada em produtos que pertencem a diferentes mercados do produto. Uma nova tecnologia de moldagem pode por exemplo ser utilizada para fabricar garrafas e copos de plástico, pertencendo cada produto a mercados do produto distintos. 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 (*chipssets*) pode ser utilizada para fabricar conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com quatro e mais unidades centrais de processamento (CPU). Uma licença que limite a utilização da tecnologia licenciada para o fabrico de, digamos, motores de quatro cilindros e conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com um máximo de quatro CPU constitui uma restrição do domínio técnico de utilização.

180. Dado que as restrições do domínio de utilização são objecto de isenção por categoria e que certas restrições associadas aos clientes são restrições graves nos termos da alínea c) do n.º 1 e da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º do RICTT, é importante estabelecer uma distinção entre as duas categorias de restrições. Uma restrição relativamente aos clientes pressupõe que são identificados grupos de clientes específicos e que as partes são 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 que é 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 objectivamente por referência a características técnicas identificadas e significativas do produto licenciado.
181. 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 possibilidade de o licenciante explorar a tecnologia licenciada. Além disso, tal como acontece com os territórios, estes domínios de utilização podem ser concedidos 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 possibilidade 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 2.2.1. Em especial no que se refere aos acordos de licença entre concorrentes, isto significa que a concessão de licenças exclusivas recíprocas é uma restrição grave nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º

182. As restrições relativas ao domínio de utilização podem ter efeitos favoráveis à concorrência, incentivando o licenciante a conceder licenças da sua tecnologia para aplicações que não são abrangidas pelo seu domínio principal de actividade. Se um licenciante não puder 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 estabelecida, o licenciante poderia não ter qualquer incentivo para conceder licenças ou teria de cobrar uma *royalty* mais elevada. Deve igualmente tomar-se em consideração o facto de em certos sectores a concessão de licenças ocorrer frequentemente a fim de garantir liberdade de concepção, suprimindo o risco de alegações de infracção. Dentro do âmbito da licença, o licenciado pode desenvolver a sua própria tecnologia sem temer alegações de infracção por parte do licenciante.
183. As restrições do domínio de utilização impostas aos licenciados em acordos entre concorrentes reais ou potenciais são objecto de uma isenção por categoria até ao limiar da 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 de concessão de licenças cruzadas entre concorrentes, em que o acordo prevê restrições do domínio de utilização assimétricas. Uma restrição do domínio de utilização é assimétrica, quando uma parte é autorizada a utilizar a tecnologia licenciada num mercado do produto ou domínio técnico de utilização e a outra parte é autorizada a utilizar a outra tecnologia licenciada num outro mercado do produto ou domínio técnico de utilização. Podem surgir em especial problemas de concorrência, quando as instalações de produção do licenciado, que está equipado para utilizar a tecnologia licenciada, são igualmente utilizadas para fabricar produtos com a sua própria tecnologia fora do domínio de utilização licenciado. Se o acordo for susceptível de levar o licenciado a reduzir a produção fora do domínio de utilização licenciado, é provável que seja abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º É pouco provável que restrições do domínio de utilização simétricas, isto é, 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 n.º 1 do artigo 81.º É improvável que tais acordos restrinjam a concorrência que existiria na ausência do acordo. É também pouco provável que o n.º 1 do artigo 81.º 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 infracção por parte do licenciante. Nessas circunstâncias, as restrições relativas ao 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 infracção fora do âmbito do domínio de utilização licenciado. No entanto, se o licenciado, sem qualquer justificação comercial cessar ou diminuir as suas actividades na área fora do domínio de utilização licenciada, tal pode constituir uma indicação de um acordo subjacente de partilha de mercados equivalente a uma restrição grave abrangida pelo n.º 1, alínea c), do artigo 4.º do RICTT.
184. As restrições do domínio de utilização impostas ao licenciado e ao licenciante em acordos entre não concorrentes

são objecto 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 propícios 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 poderia não ter qualquer incentivo para conceder licenças.

185. Em acordos entre não concorrentes, o licenciante pode também 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 2.2.1).

2.5. Restrições de utilização cativa

186. Uma restrição de utilização cativa é uma obrigação imposta ao licenciado de limitar o seu fabrico dos produtos licenciados às quantidades exigidas para o fabrico dos seus próprios produtos, bem como para a manutenção e reparação dos seus próprios produtos. Por outras palavras, este tipo de restrição da utilização traduz-se na obrigação imposta ao licenciado de só utilizar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada como factor de produção destinado a ser integrado nos seus próprios produtos; não abrange a venda dos produtos destinados a serem integrados nos produtos de outros produtores. As restrições de utilização cativa beneficiam da isenção por categoria até aos limiares das quotas de mercado de 20 % e 30 %. Quando os acordos em causa não podem beneficiar da isenção por categoria, é necessário examinar quais os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais das restrições em causa. Relativamente a esse aspecto, é necessário estabelecer uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.
187. No caso dos acordos de licença entre concorrentes, uma restrição que imponha ao licenciado fabricar os produtos objecto da licença apenas para os incorporar nos seus próprios produtos não o impede de fornecer as componentes em questão a produtores terceiros. Se antes da conclusão do acordo o licenciado não era um fornecedor real ou potencial dessas componentes a outros produtores, a obrigação de utilização cativa em nada alterará a situação. Nesse caso, a restrição será apreciada da mesma forma que no caso dos acordos entre não concorrentes. Se, em contrapartida, o licenciado é um fornecedor real ou potencial de componentes, é necessário analisar qual o impacto do acordo nesta actividade. 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 de ser um fornecedor de componentes, o acordo restringe a concorrência que existia antes de ter sido concluído. Pode ter graves efeitos negativos no mercado, quando o licenciante dispõe de um significativo de poder no mercado de componentes.

188. No que diz respeito aos acordos de licença entre não concorrentes, as restrições de utilização cativa apresentam dois grandes riscos para a concorrência: a) uma restrição da concorrência intratecnologia no mercado do fornecimento dos factores de produção e b) uma exclusão da arbitragem entre licenciados, que confere aos licenciados uma maior possibilidade de imporem aos licenciados *royalties* discriminatórias.
189. Contudo, as restrições de utilização cativa podem igualmente favorecer a concorrência. Se um licenciante for um fornecedor de componentes, a restrição pode ser necessária para que a tecnologia seja divulgada 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 directa para si no mercado das componentes. Nesses casos, uma restrição de utilização cativa é normalmente ou não restritiva da concorrência ou abrangida pelo n.º 3 do artigo 81.º Todavia, é necessário que o licenciado tenha toda a liberdade de vender os produtos licenciados enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos. Deve estar em condições de assegurar o serviço pós-venda para os seus próprios produtos, incluindo através de empresas de serviço pós-venda independentes que asseguram a manutenção e a reparação dos produtos por ele fabricados.
190. Quando o licenciante não for um fornecedor de componentes no mercado relevante, a razão que justifica a aplicação de restrições de utilização cativa mencionada anteriormente não é aplicável. Em tais casos, uma restrição de utilização cativa pode em princípio favorecer a divulgação da tecnologia, garantindo que os licenciados não venderão a produtores que se encontram em concorrência com o licenciante noutros mercados. No entanto, existe uma outra solução menos restritiva, que consiste em impor ao licenciado que não venda a determinados grupos de clientes reservados ao licenciante. Por conseguinte, em tais casos, não é normalmente necessária uma restrição de utilização cativa para que a tecnologia possa ser divulgada.

2.6. Subordinação e agrupamento

191. No domínio da concessão de licenças de tecnologia, considera-se que existe subordinação quando o licenciante subordina a concessão de uma tecnologia (o produto subordinante) ao facto de o licenciado adquirir igualmente uma licença para uma outra tecnologia ou comprar um produto ao licenciante ou a uma pessoa por este designada (o produto subordinado). Verifica-se agrupamento quando duas tecnologias ou uma tecnologia e um produto são apenas vendidos em conjunto como um pacote. Em ambos os casos, contudo, é uma condição que os produtos e tecnologias em causa sejam distintos no sentido em que exista uma procura distinta para cada produto e cada tecnologia que constitui parte da subordinação ou agrupamento. Não é normalmente o que acontece 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.
192. O artigo 3.º do RICTT, que limita a aplicação da isenção por categoria aos limiares de quotas de mercado, garante que a subordinação e o agrupamento não beneficiarão da

isenção por categoria para além dos limiares das quotas de mercado de 20 %, no caso de acordos entre concorrentes e 30 %, no caso de acordos entre não concorrentes. Os limiares são aplicáveis a qualquer mercado da tecnologia ou do produto relevante afectado pelo acordo de licença, incluindo o mercado do produto subordinado. Para além desses limiares, será necessário ponderar os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais da subordinação.

193. 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 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 produtos de substituição quando as *royalties* aumentam relativamente ao produto subordinado. Estes problemas de concorrência são independentes do facto de as partes no acordo serem ou não concorrentes. Para que a subordinação possa ter efeitos anticoncorrenciais, o licenciante deve dispor de um grau significativo de poder de mercado relativamente aos produtos subordinantes para poder restringir a concorrência relativamente aos produtos subordinados. Na ausência de poder de mercado relativamente ao produto subordinante, o licenciante não pode utilizar a sua tecnologia com um objectivo anticoncorrencial e excluir os fornecedores do produto subordinado. Para além disso, tal como no caso das obrigações de não concorrência, a subordinação deve cobrir uma certa proporção do mercado do produto subordinado para que possam existir efeitos de encerramento significativos do mercado. Quando o licenciante se encontra melhor posicionado no mercado do produto subordinado do que no do produto subordinante, a restrição é considerada uma cláusula de não concorrência ou uma obrigação quantitativa, devido ao facto de qualquer problema de concorrência ter a sua origem no mercado do produto «subordinado» e não no do produto «subordinante»⁽⁶⁶⁾.
194. A subordinação pode igualmente dar origem a ganhos de eficiência. É por exemplo o que acontece quando o produto subordinado é necessário para que a tecnologia licenciada possa ser explorada de forma tecnicamente satisfatória ou para garantir a conformidade da produção com as normas de qualidade observadas pelo licenciante e pelos outros licenciados. Nesses casos, as licenças subordinadas são geralmente ou não restritivas da concorrência ou abrangidas pelo n.º 3 do artigo 81.º Quando os licenciados utilizam a marca ou o nome do licenciante ou quando é evidente, para os consumidores, que existe uma subordinação entre o produto que incorpora a tecnologia licenciada e o licenciante, o licenciante tem um interesse legítimo em se assegurar de que a qualidade dos produtos não prejudica a sua tecnologia e a sua reputação enquanto operador económico. Além disso, 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 uma forma tecnicamente satisfatória.

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

2.7. Obrigações de não concorrência

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

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

198. O principal risco que as obrigações de não concorrência colocam para a concorrência é a exclusão das tecnologias pertencentes a terceiros. Podem igualmente facilitar a colusão entre licenciantes, quando existe utilização cumulativa. A exclusão de tecnologias concorrentes reduz as pressões concorrenciais que se exercem sobre as *royalties* facturadas pelo licenciante e reduz também a concorrência entre as tecnologias existentes, limitando as possibilidades dos licenciados de proceder a substituições entre tecnologias concorrentes. A análise pode, em geral, ser a mesma no caso de acordos entre concorrentes e de acordos entre não concorrentes, na medida em que em ambos os casos é a exclusão das outras tecnologias que constitui o principal problema. No entanto, no caso de um acordo de licenças cruzadas entre concorrentes em que as duas partes acordam em não utilizar tecnologias pertencentes a terceiros, o acordo pode facilitar uma colusão entre si no mercado do produto, o que justifica a fixação de um limiar de quotas de mercado mais reduzido de 20 %.

199. Pode verificar-se encerramento do mercado quando uma parte importante dos licenciados potenciais estão já subordinados a uma ou, no caso de efeitos cumulativos, a várias fontes tecnológicas e não têm a possibilidade de explorar tecnologias concorrentes. Um encerramento pode ser provocado por acordos concluídos por um único licenciante com um grau significativo de poder

de mercado ou pelo efeito cumulativo de acordos concluídos por vários licenciantes, mesmo quando cada acordo individual ou rede individual de acordos é abrangida pelo RICTT. Neste último caso, contudo, não é provável que se registre um efeito cumulativo grave enquanto a proporção do mercado subordinado pelos acordos for inferior a 50 %. Para além desse limiar, os riscos de existência de um encerramento importante do mercado, quando existem obstáculos à entrada de novos licenciados, são relativamente elevados. Se esses obstáculos são reduzidos, novos licenciados poderão penetrar no mercado e explorar comercialmente tecnologias atractivas detidas por terceiros, constituindo desta forma uma real alternativa aos licenciados existentes. A fim de determinar quais as possibilidades reais de entrada e de extensão de que os terceiros dispõem, é 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 activos de produção e de distribuição necessários. Por outras palavras, a facilidade de acesso depende não apenas da existência de um número suficiente de licenciados, mas igualmente da medida em que estes têm acesso à distribuição. Para apreciar os efeitos de encerramento a nível da distribuição, a Comissão utilizará o quadro analítico exposto na Secção IV.2.1 das Orientações relativas às restrições verticais⁽⁶⁷⁾.

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

201. As obrigações de não concorrência podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais. Em primeiro lugar, podem favorecer a divulgação das tecnologias, reduzindo o risco de apropriação fraudulenta da tecnologia licenciada, nomeadamente do saber-fazer. Se um licenciante for autorizado a obter licenças relativamente a tecnologias concorrentes pertencentes a terceiros, existe o risco de um saber-fazer específico obtido sob licença ser utilizado para a exploração de tecnologias concorrentes, beneficiando desta forma os concorrentes. Quando um licenciado explora igualmente tecnologias concorrentes, normalmente tal dificulta também o controlo do pagamento de *royalties*, o que poderia incentivar os licenciantes a não concederem licenças.
202. Em segundo lugar, as obrigações de não concorrência eventualmente em combinação com 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 n.º 1 do artigo 81.º devido a um efeito de encerramento considerável, pode afigurar-se necessário para beneficiar do n.º 3 do artigo 81.º, a escolha de uma alternativa menos restritiva, por exemplo, impor uma produção mínima ou o pagamento de *royalties*, o que normalmente apresenta um menor potencial de exclusão das tecnologias concorrentes.
203. Em terceiro lugar, quando o licenciante se compromete a realizar investimentos importantes a favor do cliente, por exemplo, em acções de formação ou numa adaptação da tecnologia licenciada às necessidades do licenciado, as obrigações de não concorrência ou, alternativamente, uma obrigação de produção mínima ou de *royalties* mínimas, podem revelar-se necessárias para incentivar o licenciante a realizar esses investimentos e a evitar problemas de catividade. Contudo, o licenciante terá normalmente a possibilidade de facturar directamente os seus investimentos sob a forma de pagamento de um montante fixo, o que demonstra que existem alternativas menos restritivas.
- ### 3. Acordos de resolução de litígios e de não reivindicação
204. A concessão de licenças pode 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 a sua própria tecnologia. A concessão de licenças, incluindo as licenças cruzadas no contexto de acordos de resolução de litígios e de acordos de não reivindicação não constitui em si uma restrição da concorrência, uma vez que permite às partes explorar as suas tecnologias após o acordo. Contudo, as modalidades e condições individuais de tais acordos podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º A concessão de licenças no contexto de acordos de resolução de litígios é tratado como outros acordos de licença. No caso de tecnologias que de um ponto de vista técnico são substitutos é, por conseguinte, necessário apreciar em que medida é provável que as tecnologias em questão se encontrem numa posição de bloqueio unidireccional ou bidireccional (ver ponto 32). Em caso afirmativo, as partes não são consideradas concorrentes.
205. A isenção por categoria é aplicável desde que o acordo não contenha quaisquer restrições graves da concorrência, tal como definido no artigo 4.º do RICTT. A lista de restrições graves constante do n.º 1 do artigo 4.º pode, nomeadamente, ser aplicável, quando for evidente para as partes que não existe qualquer posição de bloqueio e que, por conseguinte, são realmente concorrentes. Nesses casos, a resolução do litígio constitui um simples meio para restringir a concorrência que existiria na ausência do acordo.
206. Nos casos em que é provável que sem a licença o licenciado fosse excluído do mercado, o acordo é em geral favorável à concorrência. As restrições que limitam a concorrência intratecnologia entre o licenciante e o licenciado são frequentemente compatíveis com o artigo 81.º (ver Secção 2).
207. Os acordos através dos quais as partes se concedem mutuamente licenças cruzadas e impõem restrições à utilização das suas tecnologias, incluindo restrições à concessão de licenças a terceiros, podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º Quando as partes dispõem de um poder de mercado significativo e o acordo impõe restrições que ultrapassam claramente o necessário para eliminar o bloqueio, o acordo é susceptível de ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, ainda que seja provável a existência de uma posição de bloqueio mútua. É particularmente provável que o n.º 1 do artigo 81.º seja aplicável, quando as partes partilham mercados ou fixam *royalties* recíprocas com um impacto significativo no mercado.
208. Quando no âmbito do acordo as partes têm o direito de utilizar a tecnologia uma da outra e o acordo se estende a futuros desenvolvimentos, é necessário apreciar qual o impacto do acordo no incentivo que as partes têm para inovar. Em casos em que as partes possuem um grau significativo de poder de mercado, o acordo é susceptível de ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, 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 para inovação e afectam, portanto, negativamente uma parte essencial do processo competitivo. É também pouco provável que tais acordos satisfaçam as condições do n.º 3 do artigo 81.º É particularmente pouco provável que a restrição possa ser considerada indispensável na aceção da terceira condição do

n.º 3 do artigo 81.º A realização do objectivo do acordo, nomeadamente, garantir que as partes podem continuar a explorar a sua própria tecnologia sem serem objecto de um bloqueio pela outra parte, não exige que as partes acordem em partilhar futuras inovações. Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de adquirir uma liderança competitiva em relação umas às outras, quando o objectivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as suas respectivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar as mesmas soluções tecnológicas. Tais acordos limitam-se a criar liberdade de concepção, impedindo futuras alegações de infracção pela outra parte.

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

4. Acordos de agrupamento de tecnologias

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

211. Não existe qualquer ligação sistemática entre os acordos de agrupamento de tecnologia e as normas, mas em certos casos, as tecnologias em causa abrangem (totalmente ou em parte) uma norma industrial *de facto* ou *de jure*. Quando tais acordos abrangem normas industriais, não se trata necessariamente de uma norma única. Os acordos de agrupamento de tecnologias diferentes podem abranger normas concorrentes ⁽⁶⁸⁾.

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

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

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

4.1. Natureza das tecnologias agrupadas

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

216. Duas tecnologias ⁽⁶⁹⁾ constituem complementos, mas não substitutos, quando são ambas necessárias para fabricar o produto ou realizar o processo a que as tecnologias se aplicam. Inversamente, duas tecnologias constituem substitutos quando cada uma delas permite ao licenciado fabricar o produto ou realizar o processo a que as tecnologias se aplicam. Uma tecnologia é considerada essencial por oposição a não essencial, se não existir qualquer substituto para esta tecnologia entre as tecnologias agrupadas e entre as outras e se a tecnologia em questão constitui uma parte necessária do conjunto das tecnologias agrupadas para fabricar o ou os produtos ou realizar o ou os processos a que o agrupamento se aplica. Uma tecnologia para a qual não existe substituto, permanece essencial, enquanto a tecnologia for abrangida por pelo menos um direito de propriedade intelectual válido. As tecnologias essenciais são necessariamente também complementos.

217. Quando as tecnologias agrupadas são substitutos, as *royalties* são susceptíveis de ser mais elevadas, uma vez que a ausência de concorrência entre as tecnologias em questão não constitui uma vantagem para os licenciados. Quando as tecnologias agrupadas são complementos o acordo reduz os custos da transacção e pode dar origem a *royalties* globalmente mais reduzidas, uma vez que as partes estão em condições de fixar as *royalties* comuns para o conjunto das tecnologias, em vez de fixar cada uma das *royalties* não tendo em conta a *royalty* fixada pelos outros.
218. A distinção entre tecnologias complementares e tecnologias substitutos nem sempre é bem definida em todos os casos, uma vez que as tecnologias podem ser em parte substitutos e em parte complementos. Quando, devido a ganhos de eficiência que resultarão da integração de duas tecnologias, os licenciados são susceptíveis de pretender utilizá-las ambas, as tecnologias são tratadas como complementos, mesmo que sejam parcialmente substituíveis entre si. Em tais casos, é provável que na ausência do agrupamento de tecnologias, os licenciados procurassem obter licenças para as duas tecnologias devido às vantagens económicas suplementares decorrentes da utilização de ambas em oposição à utilização de uma delas.
219. A inclusão de tecnologias substitutas no acordo de agrupamento restringe a concorrência intertecnologias e equivale a um agrupamento colectivo. Além disso, quando o agrupamento é principalmente composto por tecnologias substitutas, o acordo equivale a um acordo de fixação de preços entre concorrentes. De uma forma geral, a Comissão considera que a inclusão de substitutos em tecnologias agrupadas constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º e que é pouco provável que as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º sejam preenchidas no caso de agrupamentos que incluem numa medida significativa tecnologias substitutas. Dado que as tecnologias em questão se podem substituir entre si, a inclusão de ambas não dá origem a qualquer redução dos custos da operação. Na ausência do agrupamento, os licenciados não teriam solicitado as duas tecnologias. Não é suficiente que as partes continuem a ter a liberdade de conceder licenças de forma independente. A fim de não prejudicar os efeitos do agrupamento, que lhes permite exercer conjuntamente o seu poder de mercado, as partes terão pouco incentivo para o fazer.
220. Quando o acordo só inclui tecnologias que são essenciais e que são por conseguinte necessariamente também complementares, não é geralmente abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, independentemente da posição das partes no mercado. Todavia, as condições em que as licenças são concedidas podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da referida disposição.
221. Quando o acordo diz respeito a patentes não essenciais, mas complementares, existe um risco de exclusão da tecnologia de terceiros. Por conseguinte, quando uma tecnologia é abrangida pelo acordo e licenciada enquanto parte do conjunto das tecnologias agrupadas, os licenciados terão provavelmente poucos incentivos para adquirir uma licença para uma tecnologia concorrente, uma vez que a *royalty* paga pelas tecnologias agrupadas cobre já um substituto. Além disso, a inclusão de tecnologias, que não são necessárias para fabricar o(s) produto(s) ou realizar o(s) processo(s) a que se aplicam as tecnologias agrupadas, obriga igualmente os licenciados a pagar por tecnologias de que provavelmente não têm necessidade. A inclusão de patentes complementares equivale por conseguinte ao agrupamento colectivo. Quando o agrupamento inclui tecnologias não essenciais, o acordo é susceptível de ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, na medida em que o agrupamento tenha uma posição significativa em qualquer mercado relevante.
222. Uma vez que podem ser desenvolvidas tecnologias complementares e tecnologias de substituição após a criação do agrupamento, a apreciação do carácter essencial é um procedimento contínuo. Uma tecnologia pode, por conseguinte, tornar-se não essencial após a criação do agrupamento devido ao aparecimento de novas tecnologias de terceiros. Uma forma de garantir que essas tecnologias de terceiros não são excluídas é excluir do agrupamento tecnologias que se tornaram não essenciais. Contudo, podem existir outros meios para garantir que as tecnologias de terceiros não são excluídas. Na apreciação de agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias não essenciais, isto é, tecnologias relativamente às quais existem substitutos fora do agrupamento ou que não são necessárias para fabricar um ou vários dos produtos a que o agrupamento diz respeito, a Comissão terá, por conseguinte, nomeadamente em conta na sua apreciação global, os seguintes factores:
- O facto de existirem razões pró-concorrenciais para incluir as tecnologias não essenciais no agrupamento;
 - O facto de os licenciados manterem a liberdade de conceder licenças relativamente às suas tecnologias respectivas de forma independente. Quando o acordo inclui um número limitado de tecnologias e existem tecnologias de substituição fora do agrupamento, os licenciados podem 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) O facto de, em casos em que as tecnologias agrupadas têm diferentes aplicações, algumas das quais não exigem a utilização de todas as tecnologias agrupadas, o acordo de agrupamento oferecer as tecnologias apenas enquanto pacote único ou oferecer pacotes separados para aplicações distintas. Neste último caso, evita-se que as tecnologias que não são essenciais para um determinado produto ou processo estejam associadas a tecnologias essenciais;
- d) O facto de as tecnologias agrupadas estarem apenas disponível enquanto pacote único ou de os licenciados terem a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties*. A possibilidade de obter uma licença para apenas parte do pacote pode reduzir o risco de exclusão do mercado de tecnologias pertencentes a terceiros e que não são abrangidas pelo agrupamento, em especial se o licenciado obtiver uma redução correspondente das *royalties*, o que exige que uma parte das *royalties* globais tenha sido afectada a cada uma das tecnologias abrangidas pelo acordo de agrupamento. Se os acordos de licença concluídos entre o agrupamento e os licenciados individuais tiverem uma duração relativamente longa e a tecnologia agrupada suportar uma norma industrial *de facto*, deve igualmente tomar-se em consideração o facto de o agrupamento poder excluir o acesso ao mercado por parte de novas tecnologias de substituição. Ao apreciar o risco de exclusão em tais casos, afigura-se relevante ter em conta se os licenciados podem pôr termo, mediante um pré-aviso razoável, a parte da licença e obter uma correspondente redução das *royalties*.
- 3) Os agrupamentos não devem excluir indevidamente tecnologias pertencentes a terceiros nem limitar a criação de outros agrupamentos.
225. As empresas que criam um agrupamento de tecnologias compatível com o artigo 81.º e qualquer norma industrial que possa abranger, têm normalmente a liberdade de negociar e fixar as *royalties* do pacote de tecnologia e de cada parte da tecnologia nas *royalties* totais antes ou depois da criação da norma. Tal acordo é inerente à criação da norma ou do agrupamento e não pode em si mesmo ser considerado restritivo da concorrência, podendo em certas circunstâncias conduzir a resultados mais eficazes. Em certas circunstâncias, pode revelar-se mais eficaz, se as *royalties* forem acordadas antes e não depois da escolha da norma, a fim de evitar que a escolha da norma confira um poder de mercado significativo a uma ou mais tecnologias essenciais. Por outro lado, os licenciados devem continuar a ter liberdade para determinar os preços dos produtos fabricados sob licença. Quando a selecção de tecnologias a incluir no agrupamento é realizada por um perito independente, a concorrência entre soluções tecnológicas disponíveis pode ser reforçada.
226. Quando o agrupamento tem uma posição dominante no mercado, as *royalties* e outras condições de concessão de licenças devem ser justas e não discriminatórias e as licenças não exclusivas. Estas condições são necessárias para garantir que o agrupamento é aberto e não conduz a um encerramento do mercado nem a outros efeitos anticoncorrenciais nos mercados a jusante. Estas condições, contudo, não excluem a aplicação de diferentes *royalties* para diferentes utilizações. Em geral, não é considerada restritiva da concorrência a aplicação de *royalties* diferentes a mercados de produtos diferentes, embora não devesse existir qualquer discriminação no âmbito dos mercados do produto. Em especial, o tratamento dos licenciados não deve depender do facto de serem ou não licenciantes. A Comissão tomará, por conseguinte, em consideração o facto de os licenciantes estarem também sujeitos a obrigações de pagamento de *royalties*.

4.2. Apreciação de restrições individuais

223. A presente secção aborda um certo número de restrições que se encontram normalmente, sob uma forma ou outra, em acordos de agrupamento de tecnologias e que devem ser apreciadas no contexto global do acordo. É conveniente recordar (ver ponto 212) que o RICTT é aplicável aos acordos de licença concluídos entre as partes no acordo de agrupamento de tecnologias e terceiros licenciados. A presente secção aborda, por conseguinte, unicamente os aspectos associados à criação do agrupamento e aos problemas específicos da concessão de licenças no âmbito de agrupamentos de tecnologias.
224. Na sua apreciação, a Comissão basear-se-á essencialmente nos seguintes princípios:
- 1) Quanto mais forte for a posição de mercado das partes no acordo de agrupamento, mais elevados são os riscos de existirem efeitos anticoncorrenciais;
 - 2) Os agrupamentos que detêm uma forte posição no mercado devem ser abertos e não discriminatórios;
227. Os licenciantes e os licenciados devem ter a liberdade de desenvolver produtos e normas concorrentes bem como de conceder e obter licenças fora do agrupamento. Estas condições são necessárias a fim de limitar o risco de exclusão do mercado das tecnologias de terceiros e garantir que o agrupamento não limita a inovação nem impede a criação de soluções tecnológicas concorrentes. Quando um agrupamento abrange uma norma industrial (*de facto*) e quando as partes estão sujeitas a obrigações de não concorrência, o agrupamento desenvolve um risco específico de impedir a criação de tecnologias e normas novas e melhoradas.

228. As obrigações de retrocessão de direitos devem ser não exclusivas e limitadas aos desenvolvimentos indispensáveis ou importantes para a utilização das tecnologias agrupadas. O agrupamento poderá então tirar partido e beneficiar de melhoramentos introduzidos na tecnologia agrupada. É legítimo que as partes garantam que a exploração da tecnologia agrupada não possa ser entravada por licenciados que detêm ou estão em vias de obter patentes essenciais.
229. Um dos problemas identificados relativamente aos agrupamentos de patente é o risco de protegerem patentes não válidas. O agrupamento aumenta os custos/riscos de uma contestação eficaz, uma vez que esta não terá êxito se apenas uma patente do agrupamento for válida. A protecção de patentes não válidas no agrupamento pode obrigar os licenciados a pagarem *royalties* mais elevadas e pode igualmente impedir a inovação no domínio abrangido pela patente não válida. A fim de limitar este risco, os direitos de pôr termo a uma licença em caso de contestação devem ser limitados a tecnologias propriedade do licenciante, que é o destinatário da contestação e não se devem estender às tecnologias propriedade dos outros licenciantes no agrupamento.
- 4.3. Enquadramento institucional que rege o acordo de agrupamento**
230. A forma como um agrupamento de tecnologias é criado, organizado e funciona pode reduzir o risco de que este tenha por objecto ou por efeito a restrição da concorrência e dá garantias de que é pró-competitivo.
231. Quando a participação no processo de criação de uma norma ou de um agrupamento é aberta a todas as partes interessadas, que representam diversos interesses, é mais provável que as tecnologias que serão integradas no grupo sejam seleccionadas com base em considerações de preço/qualidade do que quando o agrupamento é criado por um conjunto limitado de proprietários de tecnologia. Do mesmo modo, quando as partes no agrupamento se compõem de pessoas que representam diferentes interesses, é mais provável que as condições de concessão de licenças, incluindo as *royalties*, sejam abertas e não discriminatórias e reflectam o valor da tecnologia licenciada do que quando o agrupamento é controlado por representantes dos licenciantes.
232. Um outro factor relevante é a medida em que os peritos independentes estão envolvidos na criação e funcionamento do agrupamento. Por exemplo, determinar se a tecnologia é ou não essencial para uma norma abrangida por um acordo de agrupamento constitui frequentemente uma questão complexa, que exige uma experiência específica. O envolvimento no processo de selecção de peritos independentes pode contribuir de modo significativo para garantir a aplicação efectiva do compromisso de incluir apenas tecnologias essenciais.
233. A Comissão tomará em consideração a forma como os peritos são seleccionados, bem como a natureza exacta das suas funções. Os peritos devem ser independentes das empresas que constituíram o agrupamento. Se os peritos estiverem ligados aos licenciantes ou de qualquer modo deles dependentes, a sua participação terá menos peso. Os peritos devem também ter a experiência técnica necessária para desempenhar as várias funções que lhes foram confiadas. As funções de peritos independentes podem incluir, nomeadamente, uma apreciação da validade das tecnologias propostas para integração no agrupamento e se são ou não essenciais.
234. É igualmente conveniente tomar em consideração as disposições relativas ao intercâmbio de informações sensíveis entre as partes. Em mercados oligopolistas, o intercâmbio de informações sensíveis, tais como os dados relativos à fixação de preços e à produção, podem facilitar a colusão⁽⁷⁰⁾. Em tais casos, a Comissão tomará em consideração se foram criadas salvaguardas para garantir que não foram trocadas quaisquer informações sensíveis. Um perito independente ou a entidade que concede licenças pode desempenhar um papel importante relativamente a este aspecto garantindo que os dados relativos à produção e às vendas, que podem ser necessários para efeitos de cálculo e de verificação das *royalties*, não são divulgados a empresas que estejam em concorrência nos mercados relevantes.
235. Finalmente, é conveniente examinar os mecanismos de resolução de litígios previstos nos instrumentos de criação do agrupamento. Quanto mais a resolução de litígios for confiada a entidades ou a pessoas independentes do agrupamento ou dos seus membros, mais provável é que a resolução dos litígios funcione de forma neutra.

(1) JO L 123 de 27.4.2004. Este regulamento substitui o Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, (JO L 31 de 9.2.1996, p. 2).

(2) Ver processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, [2000] Col. I-1365, ponto 130, e ponto 106 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ainda não publicadas.

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

(4) Seguidamente, o termo «acordo» inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.

(5) Ver Comunicação da Comissão sobre o conceito de efeito no comércio entre Estados-Membros constante dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, ainda não publicada.

- (6) Seguidamente, o termo «restrição» inclui os actos destinados a impedir e a falsear a concorrência.
- (7) Este princípio do esgotamento de um direito na Comunidade encontra-se, nomeadamente, consagrado no n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 104/89/CEE que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40 de 11.2.1989, p. 1) e estabelece que o direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento.
- (8) Em contrapartida, a venda de cópias de uma obra protegida não provoca o esgotamento dos direitos de execução, incluindo os direitos de locação, desta obra. Ver relativamente a este aspecto, o processo 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video*, [1998] Col. 2605 e processo C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, [1998] Col. I-5171.
- (9) Ver por exemplo os processos apensos 56/64 e 58/64, *Consten and Grundig*, [1966] Col. 429.
- (10) A metodologia para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º é estabelecida nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado referidas na nota 2.
- (11) Ver processo 56/65, *Société Technique Minière*, [1966] Col. 337 e processo C-7/95 P, *John Deere*, [1998] Col. I-3111, ponto 76.
- (12) Ver relativamente a este aspecto, por exemplo, o acórdão proferido no processo *Consten and Grundig* citado na nota 9.
- (13) Ver relativamente a este aspecto, o acórdão proferido no processo *Société Technique Minière* citado na nota 11 e o processo 258/78, *Nungesser*, [1982] Col. 2015.
- (14) Ver relativamente a este aspecto, por exemplo, o processo C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, [1999] Col. I-4125, ponto 99.
- (15) Ver processos apensos 29/83 e 30/83, *CRAM e Rheinzink*, [1984] Col. 1679, ponto 26 e processos apensos 96/82 e outros, *ANSEAU-NAVEWA*, [1983] Col. 3369, pontos 23-25.
- (16) Ver o acórdão proferido no processo *John Deere*, [1998] citado na nota 11.
- (17) Encontram-se orientações sobre a questão do carácter sensível na Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado (JO C 368 de 22.12.2001, p. 13). A Comunicação define o carácter sensível pela negativa. Os acordos, que não são abrangidos pelo âmbito da Comunicação *de minimis*, não têm necessariamente efeitos restritivos significativos, mas é necessária uma apreciação individual.
- (18) Ver n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho referido na nota 3.
- (19) Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 1).
- (20) Quanto a estas distinções ver igualmente as Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal (JO C 3 de 6.1.2001, p. 2, pontos 44 a 52).
- (21) Ver para esse efeito os pontos 50 a 52 das Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal, referidas na nota anterior.
- (22) *Idem*, ponto 51.
- (23) Ver no que se refere a este aspecto a Comunicação relativa aos acordos de pequena importância, citada na nota 17.
- (24) Nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento 1/2003, os acordos susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, mas que não são proibidos pelo artigo 81.º, não podem ser proibidos pela legislação nacional em matéria de concorrência.
- (25) Nos termos do Regulamento 19/65 do Conselho, 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.
- (26) Ver décimo nono considerando do RICTT e ainda a secção 2.5 *infra*.
- (27) Ver JO C 1 de 3.1.1979, p. 2.
- (28) Ver ponto 3 da Comunicação relativa aos contratos de fornecimento.
- (29) Ver relativamente a este aspecto, a decisão da Comissão no processo *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 de 20.4.1990, p. 32).
- (30) Ver relativamente a este aspecto, o processo 262/81, *Coditel* (II), [1982] Col. p. 3381.
- (31) JO L 336 de 29.12.1999, p. 21.
- (32) JO L 304 de 5.12.2000, p. 3.
- (33) JO L 304 de 5.12.2000, p. 7.
- (34) Ver nota 31.
- (35) Ver o guia «Política de concorrência na Europa — As regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição», 2002.
- (36) Ver JO C 291 de 13.10.2000, p. 1 e nota 31.
- (37) Ver ponto 29.

- (38) As razões para esta regra de cálculo são explicadas no ponto 23.
- (39) Ver por exemplo a jurisprudência citada na nota 15.
- (40) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 98 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota 2.
- (41) É igualmente o que acontece quando uma parte concede uma licença a outra parte e acorda em comprar um factor de produção material ao licenciado. O preço pode então ter a mesma função da *royalty*.
- (42) Ver relativamente a este aspecto, o processo 193/83, *Windsurfing International*, [1986] Col. 611, ponto 67.
- (43) Para uma definição geral de vendas activas e passivas, é feita referência ao ponto 50 das Orientações relativas às restrições verticais citadas na nota 36.
- (44) As restrições relativas ao domínio de utilização são ainda abordadas na secção IV.2.4.
- (45) Esta restrição grave é aplicável a acordos de licença relativos ao comércio na Comunidade. No que se refere a acordos relativos a exportações fora da Comunidade ou a importações/reimportações de fora da Comunidade, ver processo C-306/96, *Javico*, [1998] Col. I-1983.
- (46) Ver relativamente a este aspecto o ponto 77 do acórdão *Nungesser*, citado na nota 13.
- (47) Ver relativamente a este aspecto, o processo 26/76, *Metro (I)*, [1977] Col. 1875.
- (48) Se a tecnologia licenciada for obsoleta, não existe qualquer restrição da concorrência; ver relativamente a este aspecto, o processo 65/86, *Bayer/Süßlhofer*, [1988] Col. 5249.
- (49) Relativamente às cláusulas de não contestação no contexto dos acordos de resolução de litígios ver ponto 209.
- (50) Ver ponto 14.
- (51) Ver pontos 66 e 67.
- (52) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 42 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota 2.
- (53) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 8 da Comunicação da Comissão relativa aos acordos de menor importância, citada na nota 17.
- (54) Ver relativamente a este aspecto, o processo T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] Col. p. II-2969, ponto 101.
- (55) Ver relativamente a este aspecto, o ponto 23 das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, citadas na nota 20.
- (56) Ver processos apensos 25/84 e 26/84, *Ford*, [1985] Col. 2725.
- (57) Ver relativamente a este aspecto, por exemplo, a decisão da Comissão no processo TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Do mesmo modo, a proibição do n.º 1 do artigo 81.º também só é aplicável, desde que o acordo tenha um objectivo restritivo ou efeitos restritivos.
- (58) Citado na nota 36. Ver em especial ponto 115 e seguintes.
- (59) Quanto a estas noções, ver secção IV.4.1.
- (60) Ver ponto 85 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, citadas na nota 2.
- (61) Ver pontos 98 e 102.
- (62) Ver ponto 130 do acórdão citado na nota 2. Do mesmo modo, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º não deve impedir a aplicação das disposições do Tratado relativas à livre circulação dos bens, dos serviços, das pessoas e dos capitais. Estas disposições são, em determinadas circunstâncias, aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º; ver relativamente a este aspecto, o processo C-309/99, *Wouters*, [2000] Col. I-1577, ponto 120.
- (63) Ver relativamente a este aspecto, o processo T-51/89, *Tetra Pak (I)*, [1990] Col. II-309. Ver igualmente o ponto 106 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado citadas na nota 2.
- (64) Ver o acórdão no processo *Nungesser* citado na nota 13.
- (65) Ver relativamente a este aspecto, a Comunicação da Comissão no processo Canon/Kodak (JO C 330 de 1.11.1997, p. 10) e o processo IGR Stereo Television citado no XI Relatório sobre a política de concorrência, ponto 94.
- (66) No que diz respeito ao quadro analítico aplicável ver Secção 2.7 e pontos 138 e seguintes das Orientações relativas às restrições verticais citadas na nota 36.
- (67) Ver nota 36.
- (68) Ver relativamente a este aspecto, o comunicado de imprensa IP/02/1651 da Comissão relativo à concessão de patentes para os serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G). Este processo dizia respeito a cinco acordos de agrupamentos de tecnologias com cinco tecnologias diferentes, cada uma das quais pode ser utilizada para fabricar equipamentos 3G.
- (69) A noção de «tecnologia» não se limita às patentes. Abrange igualmente as aplicações de patentes e os direitos de propriedade intelectual que não as patentes.
- (70) Ver relativamente a este aspecto, o acórdão proferido no processo *John Deere* citado na nota 11.