



Bruksela, dnia XXX
C(2013) 924 draft

PROJEKT KOMUNIKAT KOMISJI

**Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
do porozumień o transferze technologii**

PROJEKT KOMUNIKAT KOMISJI

Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii

SPIS TREŚCI

I. WPROWADZENIE	3
II. ZASADY OGÓLNE.....	3
1. Artykuł 101 a prawa własności intelektualnej	3
2. Ogólne zasady ramowe stosowania art. 101	5
3. Definicja rynku.....	9
4. Różnice między konkurentami a podmiotami niebędącymi konkurentami	11
III. STOSOWANIE TTBER	14
1. Skutki rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	14
2. Zakres TTBER i okres jego obowiązywania	15
2.1. Porozumienia między dwiema stronami	15
2.2. Porozumienia dotyczące wytwarzania produktów objętych umową	15
2.3. Pojęcie porozumienia o transferze technologii	17
2.4. Czas trwania	20
2.5. Związki z innymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych	20
2.5.1. Rozporządzenia o wyłączeniach grupowych względem porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych.....	21
2.5.2. Rozporządzenie o wyłączeniu grupowym względem porozumień wertykalnych	22
3. Progi udziału w rynku określające obszar „bezpiecznej przystani”	23
4. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych	29
4.1. Zasady ogólne	29
4.2. Porozumienia między konkurentami.....	30
4.3. Porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami	37
5. Wykluczone ograniczenia	41
6. Cofnięcie przywileju wyłączenia grupowego i niestosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym	45
6.1. Procedura cofnięcia	45
6.2. Niestosowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych	46
IV. Stosowanie art. 101 ust. 1 i art. 101 ust. 3 poza zakresem stosowania rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.....	48
1. Ogólne ramy analizy	48

1.1. Istotne czynniki	48
1.2. Negatywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję.....	51
1.3. Pozytywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję i ramy analizy ich oddziaływania	52
2. Stosowanie art. 101 do różnego rodzaju ograniczeń licencyjnych	55
2.1. Opłaty licencyjne.....	55
2.2. Wyłączność porozumień licencyjnych i ograniczenia sprzedaży	57
2.2.1. Licencje wyłączne i licencje jedyne	57
2.2.2. Ograniczenia sprzedaży.....	58
2.3. Ograniczenia produkcji	60
2.4. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań.....	61
2.5. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek	64
2.6. Wiązanie i łączenie.....	65
2.7. Zakaz konkurowania	67
3. Porozumienia o rozstrzyganiu sporów	69
4. Grupy technologii.....	71
4.1. Ocena utworzenia i funkcjonowania grup technologii.....	72
Wybór i rodzaj technologii wchodzących w skład grupy	72
4.2. Ocena poszczególnych ograniczeń w porozumieniach między grupami a ich licencjobiorcami	76

I. WPROWADZENIE

- (1) Niniejsze wytyczne określają zasady oceny porozumień o transferze technologii na podstawie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹ („art. 101”). Porozumienia o transferze technologii dotyczą udzielania licencji na korzystanie z technologii, w ramach których licencjodawca zezwala licencjobiorcy na używanie licencjonowanej technologii do wytwarzania produktów lub świadczenia usług zgodnie z definicją zawartą w art. 2 rozporządzenia Komisji (UE) nr [...] /2014 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii („TTBER”)².
- (2) Celem niniejszych wytycznych jest określenie zasad stosowania TTBER, a także stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („Traktatu”) do porozumień o transferze technologii, które wykraczają poza zakres TTBER. TTBER oraz wytyczne pozostają bez uszczerbku dla potencjalnego równoległego stosowania art. 102 Traktatu do porozumień licencyjnych³.
- (3) Standardy ustanowione w niniejszych wytycznych należy stosować, uwzględniając specyfikę każdego przypadku. Wyklucza to ich mechaniczne stosowanie. Każdy przypadek wymaga oceny na podstawie faktów, a wytyczne powinny być stosowane w sposób rozsądny i elastyczny. Podane przykłady służą jedynie celom ilustracyjnym i nie są zatem wyczerpujące.
- (4) Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wykładni art. 101 oraz TTBER, którą może wydać Trybunał Sprawiedliwości i Sąd.

II. ZASADY OGÓLNE

1. ARTYKUŁ 101 A PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

- (5) Celem ogólnym art. 101 jest ochrona konkurencji na rynku zmierzająca do promowania interesów konsumentów i efektywnej alokacji zasobów. Artykuł 101 ust. 1 zakazuje wszelkich porozumień i praktyk uzgodnionych między przedsiębiorstwami oraz decyzji podejmowanych przez związki przedsiębiorstw⁴, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi⁵ i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji⁶. W drodze wyjątku od tej reguły art. 101 ust. 3 stanowi, że zakaz, o którym mowa w art. 101

¹ Ze skutkiem od dnia 1 grudnia 2009 r. art. 81 i 82 Traktatu WE stały się odpowiednio art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”). Treść tych dwóch grup postanowień jest zasadniczo identyczna. Dla celów niniejszych wytycznych odniesienia do art. 101 i 102 TFUE należy, tam gdzie to stosowne, rozumieć jako odniesienia odpowiednio do art. 81 i 82 Traktatu WE. W TFUE wprowadzono także pewne zmiany terminologiczne, takie jak zastąpienie „Wspólnoty” przez „Unię” i „wspólnego rynku” przez „rynek wewnętrzny”. W niniejszych wytycznych posłużono się terminologią stosowaną w TFUE.

² Dz.U. L [...] TTBER zastępuje rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz.U. L 123 z 27.4.2004, s. 11).

³ Zob. sprawy połączone C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, [2000] Rec. I-1365, pkt 130, oraz pkt 106 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97.

⁴ Dalej pojęcie „porozumienie” obejmuje praktyki uzgodnione i decyzje związków przedsiębiorstw.

⁵ Zob. Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel, o którym mowa w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 81.

⁶ Dalej pojęcie „ograniczenie” obejmuje zapobieganie i zakłócanie konkurencji.

ust. 1, może zostać uznany za niemający zastosowania do porozumień między przedsiębiorstwami, które przyczyniają się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów oraz nie dają tym przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

- (6) Przepisy dotyczące praw własności intelektualnej przyznają wyłączne prawa do dysponowania nimi właścicielom patentów, praw autorskich, praw do wzorów przemysłowych, znaków towarowych i innych praw chronionych. Zgodnie z tymi przepisami właściciel praw własności intelektualnej jest uprawniony do ochrony swojej własności intelektualnej przed jej bezprawnym użytkowaniem oraz do korzystania z niej, między innymi poprzez udzielanie licencji osobom trzecim. Z chwilą wprowadzenia, przez właściciela lub za jego zgodą, do obrotu na rynku na terenie EOG produktu, w którym wykorzystano prawo własności intelektualnej, prawo to jest wyczerpane w takim rozumieniu, że właściciel traci możliwość powoływania się na nie w celu kontrolowania sprzedaży produktu⁷ (zasada wyczerpania prawa na terenie Unii). Właściciel praw nie ma – na mocy przepisów dotyczących praw własności intelektualnej – prawa uniemożliwić sprzedaży przez licencjobiorców lub nabywców takich produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia⁸. Zasada wyczerpania prawa na terenie Unii jest zgodna z podstawową funkcją, jaką pełnić mają prawa własności intelektualnej, polegającą na przyznaniu właścicielowi prawa do pozbawienia innych podmiotów możliwości korzystania bez jego zgody z należących do niego praw własności intelektualnej.
- (7) Fakt, że przepisy dotyczące własności intelektualnej przyznają wyłączne prawa korzystania z tej własności, nie oznacza, że prawa własności intelektualnej nie podlegają prawu konkurencji. Artykuły 101 i 102 mają zastosowanie zwłaszcza do porozumień, w których właściciel udziela innemu przedsiębiorstwu licencji na korzystanie z należących do niego praw własności intelektualnej⁹. Nie oznacza on także nieodłącznego konfliktu między prawami własności intelektualnej a unijnymi regułami konkurencji. W rzeczywistości obu obszarom prawa przyświeca ten sam podstawowy cel ochrony interesów konsumentów i efektywnej alokacji zasobów. Innowacyjność stanowi istotny i dynamiczny element otwartej i konkurencyjnej gospodarki rynkowej. Prawa własności intelektualnej promują dynamiczną

⁷ Zasada wyczerpania prawa Unii jest zapisana przykładowo w art. 7 ust. 1 dyrektywy 2008/95/WE mającej na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (wersja skodyfikowana) (Dz.U. L 299 z 8.11.2008, s. 25), który stanowi, że znak towarowy nie uprawnia właściciela do zakazania używania tego znaku w odniesieniu do towarów, które zostały wprowadzone do obrotu na terytorium Unii pod tym znakiem towarowym przez właściciela lub za jego zgodą, a także w art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.U. L 111 z 5.5.2009. s. 16), który stanowi, że pierwsza sprzedaż na terytorium Unii kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji na terytorium Unii tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń programu lub jego kopii. Zob. w tym względzie C-128/11, *UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp.*, [2012] Zb. Orz. XXX.

⁸ Z drugiej strony, sprzedaż kopii utworów chronionych prawem nie prowadzi do wyczerpania praw do publicznego odtwarzania, w tym także praw do wypożyczania, związanych z tym utworem; zobacz w tym względzie: sprawa 158/86, *Warner Brothers i Metronome Video*, [1988] Rec. 2605, oraz sprawa C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, [1998] Rec. I-5171.

⁹ Zob. np.: sprawy połączone 56/64 i 58/64, *Consten i Grundig*, [1966] Rec. 429.

konkurencję, zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w opracowywanie nowych lub ulepszonych produktów i procesów. Podobną rolę pełni konkurencja, wywierając na przedsiębiorstwa nacisk w zakresie podejmowania działań innowacyjnych. Zatem zarówno prawa własności intelektualnej, jak i konkurencja są niezbędne do promowania innowacyjności i zapewnienia jej konkurencyjnego wykorzystania.

- (8) Przy ocenie porozumień licencyjnych na podstawie art. 101 należy pamiętać, że tworzenie praw własności intelektualnej często wiąże się z poważną inwestycją, a nierzadko także z ryzykiem. Aby uniknąć ograniczenia dynamicznej konkurencji oraz zachęcać do podejmowania działań innowacyjnych, nie można innowacyjnego podmiotu nadmiernie ograniczać w korzystaniu z praw własności intelektualnej, które okazują się wartościowe. Dlatego też innowacyjny podmiot winien zasadniczo dysponować swobodą w zakresie żądania stosownego wynagrodzenia za udane projekty, która – uwzględniając nieudane projekty – będzie wystarczająca do utrzymania zachęt inwestycyjnych. Licencjonowanie technologii może również wymagać od licencjobiorcy dokonania znacznych inwestycji utopionych w licencjonowaną technologię oraz w aktywa produkcyjne niezbędne do korzystania z tej technologii. Przy stosowaniu art. 101 należy uwzględnić takie inwestycje wstępne oraz związane z nimi ryzyko. Ryzyko, które ponoszą strony, oraz wartość inwestycji zamrożonych, które muszą wykonać, mogą zatem stać się podstawą wyłączenia porozumienia z zakresu art. 101 ust. 1 lub – zależnie od przypadku – zwolnienia go z obowiązku spełnienia warunków określonych w art. 101 ust. 3 na okres potrzebny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych.
- (9) Dla potrzeb oceny porozumień licencyjnych na podstawie art. 101 istniejące ramy analityczne są wystarczająco elastyczne, aby odpowiednio uwzględnić dynamiczne aspekty licencjonowania technologii. Nie istnieje domniemanie, że prawa własności intelektualnej oraz porozumienia licencyjne jako takie wywołują problemy w zakresie konkurencji. Większość porozumień licencyjnych nie ogranicza konkurencji i niesie ze sobą skutki jej sprzyjające. Udzielanie licencji samo w sobie wywiera pozytywny wpływ na konkurencję, ponieważ prowadzi do rozpowszechnienia technologii i promuje innowacyjność (kolejne przedsięwzięcia innowacyjne). Ponadto nawet porozumienia licencyjne ograniczające konkurencję często mogą przyczyniać się do wystąpienia pozytywnych skutków dla konkurencji, które należy rozpatrywać na podstawie art. 101 ust. 3 i przeciwstawiać negatywnemu wpływowi na konkurencję¹⁰. Większość porozumień licencyjnych jest zatem zgodna z art. 101.

2. OGÓLNE ZASADY RAMOWE STOSOWANIA ART. 101

- (10) Artykuł 101 ust. 1 zakazuje wszelkich porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Artykuł 101 ust. 1 stosuje się zarówno do przypadków ograniczania konkurencji między stronami porozumienia, jak i do przypadków ograniczania konkurencji między jedną ze stron porozumienia a osobą trzecią.
- (11) Oceny tego, czy porozumienie licencyjne ogranicza konkurencję, dokonać należy w odniesieniu do rzeczywistej sytuacji, w której konkurencja wystąpiłaby przy braku porozumienia skutkującego rzekomymi ograniczeniami¹¹. W ramach takiej oceny

¹⁰ Metody stosowania art. 101 ust. 3 określono w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

¹¹ Zob. sprawa 56/65, *Société Technique Minière*, [1966] Rec. 337, oraz sprawa C-7/95 P, *John Deere*, [1998] Rec. I-3111, pkt 76.

konieczne jest uwzględnienie prawdopodobnego wpływu porozumienia na konkurencję „międzytechnologiczną” (to znaczy konkurencję między przedsiębiorstwami korzystającymi z konkurencyjnych technologii) i konkurencję „wewnątrztechnologiczną” (to znaczy konkurencję między przedsiębiorstwami korzystającymi z tej samej technologii)¹². Artykuł 101 ust. 1 zakazuje ograniczania zarówno konkurencji „między-”, jak i „wewnątrztechnologicznej”. Konieczna jest zatem ocena, jaki wpływ porozumienie wywiera bądź może wywierać na oba wyżej wymienione aspekty konkurencji na rynku.

(12) Za ramy ułatwiające przeprowadzanie oceny posłużyć mogą dwa pytania. Pierwsze z nich odnosi się do wpływu porozumienia na konkurencję „międzytechnologiczną”, a drugie – do wpływu na konkurencję „wewnątrztechnologiczną”. Ograniczenia mogą dotyczyć równolegle obu tych rodzajów konkurencji, dlatego przed rozstrzygnięciem, czy doszło, czy nie doszło do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1, konieczne może być przeanalizowanie danego przypadku w świetle odpowiedzi na oba pytania:

- a) Czy porozumienie licencyjne ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, która istniałaby, gdyby takiego porozumienia nie było? Jeżeli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 101 ust. 1. Dokonując oceny, należy uwzględnić konkurencję między stronami oraz konkurencję, jaką stanowią osoby trzecie. Przykładowo, jeżeli dwa przedsiębiorstwa posiadające siedziby w państwach członkowskich udzielają sobie licencji wzajemnych na konkurencyjne technologie i zobowiązują się nie sprzedawać swoich produktów na rynku rodzimym dla drugiej strony, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka istniała przed zawarciem takiego porozumienia. Podobnie, jeżeli licencjodawca zobowiązuje swoich licencjobjorców do niekorzystania z konkurencyjnych technologii, zamykając dostęp do rynku technologiom osób trzecich, ograniczona zostaje rzeczywista lub potencjalna konkurencja, która istniałaby przy braku takiego porozumienia.
- b) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby, gdyby nie było ograniczenia(-eń) umownego(-ych)? Jeżeli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 101 ust. 1. Przykładowo, jeżeli licencjodawca ogranicza swoim licencjobjorcom możliwość konkurowania ze sobą, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka mogłaby istnieć między licencjobjorcami przy braku jakichkolwiek ograniczeń umownych. Do ograniczeń takich należą wertykalne ustalanie cen oraz uzgadnianie między licencjobjorcami ograniczenia sprzedaży ze względu na zasięg terytorialny lub rodzaj klientów. Niektóre ograniczenia można jednak w określonych przypadkach uznać za wyłączone z zakresu art. 101 ust. 1. Dzieje się tak wówczas, gdy dane ograniczenie jest obiektywnie niezbędne dla zawarcia porozumienia takiego rodzaju lub o takim charakterze¹³. Wspomnianego wyłączenia, dotyczącego zastosowania art. 101 ust. 1, można dokonać jedynie na podstawie obiektywnych, niezależnych od umawiających się stron czynników, nie zaś na podstawie subiektywnych poglądów czy cech charakterystycznych stron. Nie chodzi o to, czy w danej sytuacji strony nie zawarłyby porozumienia w mniejszym stopniu ograniczającego konkurencję, lecz o to, czy – wzięwszy pod uwagę charakter porozumienia i cechy

¹² Zob. w tym względzie np. wyrok w sprawie *Consten i Grundig*, przytoczonej w przypisie 9.

¹³ Zob. w tym względzie wyrok w sprawie *Société Technique Minière*, przytoczonej w przypisie 11 i w sprawie 258/78, *Nungesser*, [1982] Rec. 2015.

charakterystyczne rynku – mniej ograniczające porozumienie nie zostałyby zawarte przez przedsiębiorstwa będące w podobnej sytuacji¹⁴. Do podważenia tej zasady nie wystarczy twierdzenie, że przy braku ograniczenia dostawca mógłby uciec się do integracji wertykalnej. Decyzje o ewentualnym zastosowaniu integracji wertykalnej zależą bowiem od bardzo wielu złożonych czynników ekonomicznych, z których część to czynniki wewnętrzne danego przedsiębiorstwa.

- (13) Stosując ramy analityczne określone w poprzednim punkcie, należy wziąć pod uwagę, że w art. 101 ust. 1 wyróżnia się porozumienia, w których przypadku ograniczenie konkurencji jest celem, oraz porozumienia, w których przypadku ograniczenie konkurencji jest skutkiem. Porozumienie lub ograniczenie umowne jest zabronione z mocy art. 101 ust. 1 jedynie wówczas, gdy jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji „międzytechnologicznej” lub „wewnątrztechnologicznej”.
- (14) Ograniczenia konkurencji wynikające z celu porozumienia to takie, które same w sobie stanowią ograniczenie konkurencji. Są to w świetle celów unijnych reguł konkurencji ograniczenia o tak wysokim potencjale negatywnych skutków dla konkurencji, że do celów stosowania art. 101 ust. 1 nie ma potrzeby udowadniać ich faktycznych skutków rynkowych¹⁵. Ponadto spełnienie warunków, o których mowa w art. 101 ust. 3, w przypadku ograniczenia wynikającego z celu jest mało prawdopodobne. Ocena tego, czy celem danego porozumienia jest ograniczenie konkurencji, czy nie, opiera się na szeregu czynników. Obejmują one w szczególności treść porozumienia oraz jego główne cele. Konieczne może być także uwzględnienie kontekstu, w jakim stosowane jest (będzie) dane porozumienie, lub faktycznych działań lub zachowań na rynku umawiających się stron¹⁶. Innymi słowy, do stwierdzenia, czy rozpatrywane ograniczenie stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, wymagane może być zbadanie faktów leżących u podstaw takiego porozumienia oraz konkretnych okoliczności jego stosowania. Sposób, w jaki praktycznie wprowadza się w życie porozumienie, może świadczyć o tym, że jego celem jest ograniczenie konkurencji, nawet jeżeli formalne porozumienie nie zawiera zapisów, które bezpośrednio by na to wskazywały. Dowód potwierdzający, że strony mają subiektywny zamiar ograniczenia konkurencji jest czynnikiem istotnym, ale nie warunkiem koniecznym. W odniesieniu do porozumień licencyjnych Komisja uważa, że ograniczenia ujęte w wykazie najpoważniejszych ograniczeń konkurencji zawartym w art. 4 rozporządzenia TTBER ograniczają konkurencję z uwagi na sam swój cel¹⁷.
- (15) Jeżeli ograniczenie konkurencji nie jest celem porozumienia, należy zbadać, czy porozumienie takie nie ma skutków ograniczających konkurencję. Konieczne jest wzięcie pod uwagę zarówno skutków rzeczywistych, jak i potencjalnych¹⁸. Innymi słowy, dane porozumienie musi powodować prawdopodobieństwo negatywnego

¹⁴ Zob. na przykład pkt 116-117.

¹⁵ Zob. w tym względzie np. sprawa C-49/92 P, *Anic Participazioni*, [1999] Rec. I-4125, pkt 99.

¹⁶ Zob. sprawy połączone 29/83 i 30/83, *CRAM i Rheinzink*, [1984] Rec. 1679, pkt 26 i sprawy połączone 96/82 i inne, *ANSEAU-NAVEWA*, [1983] Rec. 3369, pkt 23-25.

¹⁷ Dalsze wskazówki dotyczące pojęcia ograniczenia konkurencji wynikające z celu porozumienia można znaleźć w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3. Zob. również sprawa C-209/07 *Beef Industry Development Society oraz Barry Brothers* [2008] Zb.Orz. I 8637, pkt 21-39, sprawa C-8/08 *T-Mobile Netherlands i inni* [2009] Zb.Orz. I-4529, pkt 31 i 36-39 oraz sprawy połączone C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i inni przeciwko Komisji i in.* [2009] Zb.Orz. I-9291, pkt 59-64.

¹⁸ Zobacz wyrok w sprawie *John Deere*, [1998], przytoczonej w przypisie 11.

oddziaływania na konkurencję. Aby porozumienia licencyjne można było uznać za ograniczające konkurencję ze względu na skutki, muszą one w takim stopniu wpływać na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, aby na rynku właściwym z dużym prawdopodobieństwem można było oczekiwać pogorszenia sytuacji w zakresie cen, wielkości produkcji, innowacyjności, zróżnicowania lub jakości towarów i usług. Prawdopodobny negatywny wpływ na konkurencję musi być odczuwalny¹⁹. Odczuwalne negatywne skutki dla konkurencji mogą powstać wówczas, gdy przynajmniej jedna ze stron porozumienia ma lub uzyskuje określony poziom władzy rynkowej, a porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia takiej władzy rynkowej bądź pozwala stronom z tej władzy korzystać. Władza rynkowa to zdolność do utrzymania cen powyżej konkurencyjnego poziomu lub też utrzymania produkcji pod względem ilości produktów, jakości i zróżnicowania produktów oraz innowacyjności poniżej poziomu konkurencyjnego przez znaczący okres²⁰. Władza rynkowa konieczna zazwyczaj do ustalenia naruszenia na podstawie art. 101 ust. 1 jest mniejsza, niż władza rynkowa konieczna do ustalenia dominacji na podstawie art. 102²¹.

- (16) W celu dokonania analizy ograniczeń konkurencji z uwagi na skutek zazwyczaj należy zdefiniować rynek właściwy oraz zbadać i ocenić, między innymi, charakter danych produktów i technologii, pozycję rynkową stron porozumienia, pozycję rynkową konkurentów, pozycję rynkową nabywców, istnienie potencjalnych konkurentów i wysokość barier wejścia. W niektórych przypadkach negatywne skutki dla konkurencji można wykazać bezpośrednio na podstawie analizy działań rynkowych uczestników porozumienia. Możliwe jest na przykład stwierdzenie, że porozumienie doprowadziło do wzrostu cen.
- (17) Porozumienia licencyjne mają jednak również dla konkurencji istotne skutki pozytywne. W rzeczywistości konkurencji sprzyja ich przeważająca większość. Porozumienia licencyjne mogą promować innowacyjność, pozwalając innowacyjnym przedsiębiorstwom na generowanie przychodów w celu pokrycia przynajmniej części kosztów prac badawczo-rozwojowych. Porozumienia licencyjne przyczyniają się także do rozpowszechniania technologii, co może być cenne, ponieważ technologie mogą obniżać koszty produkcji licencjobiorcy lub umożliwiać mu wytwarzanie nowych lub ulepszonych produktów. Korzyści ekonomiczne dla licencjobiorcy często wynikają z połączenia technologii licencjodawcy z aktywami i technologiami licencjobiorcy. Takie połączenie uzupełniających się aktywów i technologii może prowadzić do uzyskania nieosiągalnego w innym wypadku stosunku kosztów do wielkości produkcji. Przykładowo, połączenie usprawnionej technologii licencjodawcy z bardziej efektywnymi aktywami produkcyjnymi lub dystrybucyjnymi licencjobiorcy może obniżyć koszty produkcji lub spowodować wytwarzanie produktów wyższej jakości. Udzielanie licencji może także służyć usuwaniu przeszkód związanych z rozwojem własnej technologii licencjobiorcy oraz korzystaniem z niej, a tym samym wywierać pozytywny wpływ na konkurencję. Zwłaszcza w sektorach charakteryzujących się dużą liczbą patentów, udzielanie licencji występuje często i służy zapewnieniu swobody projektowania, ponieważ

¹⁹ Wskazówki w kwestii odczuwalności można znaleźć w Obwieszczeniu Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu (Dz.U. C 368 z 22.12.2001, s. 13). W obwieszczeniu definiuje się odczuwalność w sposób negatywny. Porozumienia, które wykraczają poza zakres obwieszczenia *de minimis*, niekoniecznie mają odczuwalne skutki ograniczające. Konieczna jest ich indywidualna ocena.

²⁰ Sprawa T-321/05 *Astra Zeneca przeciwko Komisji* [2010] Zb.Orz. II-2805, pkt 267.

²¹ Wytoczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczone w przypisie 3, pkt 26.

likwiduje zagrożenie związane ze skargami o naruszenie praw ze strony licencjodawcy. Jeżeli licencjodawca wyraża zgodę na rezygnację z dochodzenia należących do niego praw własności intelektualnej, co uniemożliwiłoby licencjobiorcy sprzedaż jego produktów, porozumienie likwiduje przeszkodę na drodze do sprzedaży produktów licencjobiorcy i tym samym ogólnie sprzyja konkurencji.

- (18) W przypadkach, w których porozumienie licencyjne jest objęte art. 101 ust. 1, pozytywne skutki porozumienia pod względem jego wpływu na konkurencję należy przeciwstawić skutkom ograniczającym konkurencję w kontekście art. 101 ust. 3. Jeżeli wszystkie cztery warunki, o których mowa w art. 101 ust. 3, są spełnione, rozpatrywane porozumienie licencyjne o skutkach ograniczających konkurencję jest ważne i wykonalne z mocy prawa i nie wymaga w tym względzie uprzedniej decyzji²². Jest jednak mało prawdopodobne, by najpoważniejsze ograniczenia konkurencji spełniały warunki określone w art. 101 ust. 3. Porozumienia tego typu na ogół nie spełniają (co najmniej) jednego z dwóch pierwszych warunków wymienionych w art. 101 ust. 3, nie generują one bowiem obiektywnych korzyści ekonomicznych ani nie przynoszą korzyści konsumentom. Porozumienia takie na ogół nie spełniają także kryterium niezbędności, o którym mowa w trzecim warunku. Przykładowo, fakt ustalenia przez strony ceny, po której muszą być sprzedawane produkty wytwarzane na licencji, będzie z reguły prowadził do obniżenia produkcji, niewłaściwej alokacji zasobów i wyższych cen dla konsumentów. Ograniczenie cenowe nie jest także niezbędne do osiągnięcia potencjalnych korzyści wynikających z dostępności obu technologii dla obu konkurentów.

3. DEFINICJA RYNKU

- (19) Podejście Komisji do zdefiniowania rynku właściwego jest określone w jej wytycznych w sprawie definicji rynku²³. Niniejsze wytyczne odnoszą się jedynie do aspektów definicji rynku, które mają szczególne znaczenie w obszarze licencjonowania technologii.
- (20) Technologia stanowi nakład zintegrowany z produktem lub procesem produkcyjnym. Licencjonowanie technologii może zatem wpływać na konkurencję zarówno na rynkach czynników produkcji wyższego szczebla, jak i na rynkach produktów końcowych niższego szczebla. Przykładowo, porozumienie między dwiema stronami sprzedającymi konkurencyjne produkty na rynku niższego szczebla oraz udzielającymi sobie licencji wzajemnych na technologie dotyczące wytwarzania tych produktów na rynku wyższego szczebla może ograniczać konkurencję na danym rynku niższego szczebla, na którym oferowane są produkty lub usługi. Udzielanie sobie licencji wzajemnych może również wpłynąć na ograniczenie konkurencji na rynku wyższego szczebla, na którym oferowane są technologie, a także na innych rynkach czynników produkcji wyższego szczebla. Do celów oceny skutków

²² Zob. art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu („rozporządzenie nr 1/2003”) (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1), ostatnio zmienione rozporządzeniem Rady nr 1419/2006 z dnia 25 września 2006 r. (Dz.U. L 269 z 28.9.2006, s. 1).

²³ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5).

porozumień licencyjnych dla konkurencji może być zatem konieczne zdefiniowanie właściwych rynków produktowych oraz właściwych rynków technologicznych²⁴.

- (21) Właściwy rynek produktowy obejmuje produkty objęte umową (w których wykorzystywana jest licencjonowana technologia) oraz produkty uznawane przez nabywcę za takie, które z uwagi na ich właściwości, cenę i przeznaczenie można stosować wymiennie z produktami objętymi umową lub którymi można je zastąpić. Produkty objęte umową mogą stanowić część rynku produktów końcowych lub rynku produktów pośrednich.
- (22) Właściwe rynki technologii obejmują licencjonowaną technologię oraz jej substytuty, to znaczy inne technologie uznawane przez licencjobiorców za technologie, które można stosować wymiennie z licencjonowaną technologią lub którymi można ją zastąpić z uwagi na właściwości tych technologii, opłaty licencyjne z nimi związane i ich przeznaczenie. Wychodząc od technologii wprowadzanej do obrotu przez licencjodawcę, należy ustalić inne technologie, na które mogliby przejść licencjobiorcy w odpowiedzi na niewielki lecz stały wzrost cen względnych, to znaczy opłat licencyjnych. Innym podejściem jest przyjrzenie się rynkowi produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia (por. pkt 25 poniżej).
- (23) Pojęcie „rynku właściwego” zastosowane w art. 3 TTBER oraz zdefiniowane w art. 1 ust. 1 lit. m) odnosi się do właściwego rynku produktowego oraz właściwego rynku technologicznego, zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym.
- (24) „Właściwy rynek geograficzny” jest zdefiniowany w art. 1 ust. 1 lit. l) TTBER i obejmuje obszar, na którym przedmiotowe przedsiębiorstwa prowadzą działalność w zakresie dostawy produktów lub udzielania licencji na technologie oraz popytu na produkty lub udzielania licencji na technologie, na którym warunki konkurencji są w dostatecznym stopniu jednolite, oraz który może zostać wyodrębniony od obszarów sąsiadujących, ponieważ warunki konkurencji różnią się na tych obszarach w sposób odczuwalny. Rynek geograficzny właściwego(-ych) rynku(-ów) technologii może różnić się od rynku geograficznego właściwych rynków produktowych.
- (25) Z chwilą zdefiniowania właściwych rynków udział w rynku można przyporządkować do różnych źródeł konkurencji na rynku i wykorzystać jako wskaźnik względnej siły uczestników rynku. W przypadku rynków technologicznych jedną z możliwości postępowania jest obliczenie udziałów w rynku na podstawie udziału każdej technologii w całkowitych wpływach z tytułu opłat licencyjnych, reprezentującego udział technologii w rynku, na którym licencjonowane są konkurencyjne technologie. Może być to jednak nierzadko raczej teoretyczna niż praktyczna metoda postępowania, ze względu na brak przejrzystych informacji o opłatach licencyjnych itp. Inną możliwość stanowi sposób wykorzystywany na potrzeby obliczenia tzw. obszaru „bezpiecznej przystani”, wyjaśniony w art. 8 lit. d) TTBER, polegający na obliczeniu udziałów w rynku technologicznym w oparciu o sprzedaż produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, na

²⁴ Zob. np. decyzja Komisji COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto*, w której Komisja przeanalizowała połączenie dwóch zintegrowanych wertykalnie hodowców słonecznika poprzez sprawdzenie zarówno (i) rynku wyższego szczebla, na którym ma miejsce obrót handlowy (zwłaszcza wymiana i licencjonowanie) odmianami (rośliny rodzicielskie i hybrydowe), jak również (ii) rynku niższego szczebla, na którym miało miejsce rozpowszechnianie odmian hybrydowych. W sprawie COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG* Komisja zdefiniowała obok rynku produkcji wysokogatunkowej melaminy również rynek technologiczny wyższego szczebla, na którym oferowane są technologie do produkcji melaminy. Zob. również COMP/M.269, *Shell/Montecatini*.

rynkach produktowych niższego szczebla (więcej szczegółów w pkt 76 i kolejnych). W indywidualnych przypadkach poza obszarem „bezpiecznej przystani” TTBER konieczne może okazać się – tam, gdzie jest to możliwe w praktyce – zastosowanie obu przytoczonych sposobów podejścia w celu dokładniejszej oceny władzy rynkowej licencjodawcy, jak również uwzględnienie innych dostępnych czynników, które są miarodajnym wskaźnikiem względnej siły dostępnych technologii (więcej czynników w pkt 144 oraz 146 i kolejnych)²⁵.

- (26) Niektóre porozumienia licencyjne mogą wpływać na konkurencję w obszarze innowacyjności. Dokonując analizy takich skutków, Komisja zasadniczo będzie się jednak ograniczać do zbadania wpływu porozumienia na konkurencję w zakresie istniejących rynków produktowych i technologicznych²⁶. Na wspomnianych rynkach wpływ na konkurencję mogą wywierać porozumienia opóźniające wprowadzenie ulepszonych lub nowych produktów, które z czasem zastąpią istniejące. W takich przypadkach działalność innowacyjna jest źródłem potencjalnej konkurencji, które należy uwzględnić przy ocenie wpływu porozumienia na rynki produktowe i technologiczne. W ograniczonej liczbie przypadków pożyteczne i konieczne może być jednak także oddzielne przeanalizowanie wpływu na konkurencję w obszarze innowacyjności. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których porozumienie wpływa na działalność innowacyjną, której celem jest opracowywanie nowych produktów oraz w których na wczesnym etapie można zidentyfikować bieguny badań i rozwoju²⁷. W przypadkach tych przeanalizować można, czy po porozumieniu pozostanie wystarczająca liczba konkurencyjnych biegunów badań i rozwoju pozwalająca na utrzymanie konkurencji w obszarze innowacyjności.

4. RÓZNICE MIĘDZY KONKURENTAMI A PODMIOTAMI NIEBĘDĄCYMI KONKURENTAMI

- (27) Porozumienia między konkurentami stanowią zazwyczaj większe zagrożenie dla konkurencji niż porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami. Konkurencja między przedsiębiorstwami korzystającymi z tej samej technologii (konkurencja „wewnątrztechnologiczna” między licencjobiorcami) stanowi jednak istotne uzupełnienie konkurencji między przedsiębiorstwami korzystającymi z konkurencyjnych technologii (konkurencja „międzytechnologiczna”). Przykładowo konkurencja „wewnątrztechnologiczna” może skutkować niższymi cenami produktów, w których wykorzystana jest dana technologia, co może nie tylko przynieść bezpośrednie i natychmiastowe korzyści dla konsumentów tych produktów, lecz również pobudzić konkurencję między przedsiębiorstwami korzystającymi z konkurencyjnych technologii. W kontekście udzielania licencji uwzględnić należy również fakt, że licencjobiorcy sprzedają swój własny produkt, a nie odsprzedają produktu dostarczonego przez inne przedsiębiorstwo. Zatem możliwość różnicowania produktów oraz opartej na kryterium jakości konkurencji między licencjobiorcami może być większa niż w przypadku porozumień wertykalnych dotyczących odsprzedaży produktów.
- (28) W celu określenia relacji konkurencyjnych między stronami konieczne jest zbadanie, czy strony stanowiłyby względem siebie rzeczywistą lub potencjalną konkurencję

²⁵ Zob. również decyzja Komisji COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto* i decyzja COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

²⁶ Zob. również pkt 119-122 Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych („Wytyczne horyzontalne”), Dz.U. C 11 z 14.1.2011, s. 1.

²⁷ Jw., pkt 144.

w przypadku braku porozumienia. Jeżeli w przypadku braku porozumienia nie stanowiłyby one względem siebie ani rzeczywistej ani potencjalnej konkurencji na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie, uznaje się je za podmioty niebędące konkurentami.

- (29) Jeżeli licencjodawca i licencjobiorca działają na tym samym właściwym rynku produktowym lub tym samym właściwym rynku technologicznym, a żadna ze stron nie narusza praw własności intelektualnej drugiej strony, są oni rzeczywistymi konkurentami na danym rynku. Strony są rzeczywistymi konkurentami na rynku technologicznym, jeżeli licencjobiorca udziela już licencji na swoją własną technologię, a licencjodawca wchodzi na ten rynek, oferując licencję na technologię konkurującą z technologią licencjobiorcy.
- (30) Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku produktowym, jeżeli prawdopodobne jest, że – przy braku porozumienia oraz bez naruszania praw własności intelektualnej drugiej strony²⁸ – w odpowiedzi na niewielki, lecz stały wzrost cen produktów dokonałyby one dodatkowych inwestycji niezbędnych do wejścia na rynek właściwy. Prawdopodobieństwo wejścia powinno być oceniane w oparciu o realistyczne przesłanki, tj. na podstawie okoliczności danej sprawy, nie zaś jedynie w oparciu o istnienie teoretycznej możliwości wejścia na rynek. Jest to tym bardziej prawdopodobne, jeżeli potencjalny konkurent dysponuje aktywami, które mógłby z łatwością wykorzystać do wejścia na rynek bez powodowania znaczących kosztów utopionych, lub jeżeli plan wejścia na rynek został już przez niego opracowany. Jeżeli wejście na rynek miałoby stanowić rzeczywiste ograniczenie konkurencji, musiałyby ono nastąpić w krótkim czasie. Zwykle odpowiedni jest okres jednego roku do dwóch lat, chociaż w indywidualnych przypadkach można uwzględnić okres dłuższy. Za podstawę do wyznaczenia tego okresu posłużyć może czas potrzebny przedsiębiorstwom będącym już na rynku do dostosowania zdolności produkcyjnych. Przykładowo strony mogą zostać uznane za potencjalnych konkurentów na rynku produktowym, na którym licencjobiorca prowadzi produkcję w oparciu o własną technologię na jednym rynku geograficznym i rozpoczyna produkcję na innym rynku geograficznym w oparciu o licencjonowaną technologię konkurencyjną. W takiej sytuacji prawdopodobne jest, że licencjobiorca byłby w stanie wejść na drugi rynek geograficzny, opierając się na własnej technologii, chyba że byłoby to wykluczone z uwagi na obiektywne czynniki, w tym istnienie blokujących praw własności intelektualnej (zob. pkt (33)).
- (31) Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku technologicznym, na którym są właścicielami technologii możliwych do zastąpienia, jeżeli w konkretnym przypadku licencjobiorca nie udziela licencji na własną technologię, pod warunkiem że byłby skłonny to zrobić w przypadku niewielkiego lecz stałego wzrostu cen technologii. W przypadku rynków technologicznych ocena tego, czy strony są potencjalnymi konkurentami, jest – ogólnie rzecz biorąc – trudniejsza. Z tego powodu potencjalna konkurencja na rynku technologicznym nie jest uwzględniana w przypadku stosowania TTBER (zob. pkt (71) poniżej), zaś strony są w tym kontekście traktowane jako podmioty niebędące konkurentami.
- (32) W niektórych przypadkach strony mogą stać się konkurentami po zawarciu porozumienia, ponieważ licencjobiorca opracowuje lub nabywa konkurencyjną technologię i zaczyna z niej korzystać. Wówczas należy uwzględnić, że strony nie były konkurentami w chwili zawierania porozumienia, a porozumienie zostało

²⁸ Jedno- lub dwustronny charakter blokujący, zob. pkt 33.

zawarte w takiej właśnie sytuacji. Komisja skupi się zatem przede wszystkim na skutkach porozumienia dla zdolności licencjobiorcy do korzystania z własnej (konkurencyjnej) technologii. W szczególności, do porozumień takich nie będzie miał zastosowania wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między konkurentami, chyba że treść porozumienia ulegnie istotnej zmianie później, gdy strony będą już stanowiły wobec siebie konkurencję (por. art. 4 ust. 3 TTBER). Przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia mogą stać się konkurentami także po jego zawarciu w przypadku, gdy licencjobiorca działał na rynku właściwym, na którym produkt objęty umową jest sprzedawany, przed uzyskaniem licencji, a licencjodawca wszedł następnie na rynek właściwy w oparciu o licencjonowaną lub nową technologię. Również w tym przypadku do porozumienia nadal będzie miał zastosowanie wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami, chyba że treść porozumienia ulegnie później istotnej zmianie (por. art. 4 ust. 3 TTBER). Istotna zmiana obejmuje zawarcie przez strony nowego porozumienia o transferze technologii w zakresie konkurencyjnych technologii, które mogą być wykorzystywane do wytwarzania produktów konkurencyjnych w stosunku do produktów objętych umową.

- (33) Jeżeli strony są właścicielami technologii, które mogą mieć jedno- lub dwustronny charakter blokujący, uznaje się je za podmioty niebędące konkurentami na rynku produktowym. Z jednostronnym charakterem blokującym mamy do czynienia wówczas, gdy niemożliwe jest korzystanie z danej technologii bez konieczności naruszenia praw do innej technologii lub gdy jedna strona nie może prowadzić działalności na rynku właściwym bez naruszania technologii innych stron. Ma to przykładowo miejsce, gdy jeden patent obejmuje usprawienie technologii objętej innym patentem. W takim przypadku korzystanie z patentu obejmującego usprawienie zakłada, że właściciel uzyska licencję na korzystanie z patentu podstawowego. Z dwustronnym charakterem blokującym mamy do czynienia wówczas, gdy niemożliwe jest korzystanie z żadnej technologii bez naruszenia praw do innej technologii, oraz gdy właściciele muszą udzielić sobie nawzajem licencji lub zwolnić się z obowiązku jej posiadania. Rozpatrując fakt występowania bądź niewystępowania charakteru blokującego, Komisja opierać się będzie na obiektywnych czynnikach, a nie zdawać się na subiektywne opinie stron. Szczególnie przekonujące dowody na istnienie charakteru blokującego wymagane są, gdy strony mogą, kierując się wspólnym interesem, powoływać się na istnienie charakteru blokującego w celu zakwalifikowania ich jako podmiotów niebędących konkurentami, na przykład gdy przywołany dwustronny charakter blokujący dotyczy technologii będących technologicznymi substytutami. Miarodajne dowody obejmują orzeczenia sądowe, w tym także nakazy, oraz opinie niezależnych ekspertów. Sposób ich wyboru będzie uważnie badany przez Komisję. Dla uzasadnienia istnienia charakteru blokującego istotne mogą być jednak również inne przekonujące dowody, w tym opinie ekspertów stron, z których wynika, że mają one lub miały słuszne i ważne powody, aby przyjąć fakt występowania charakteru blokującego teraz lub w przeszłości.
- (34) W niektórych przypadkach może być również możliwe ustalenie, że licencjodawca i licencjobiorca wytwarzają wprawdzie konkurencyjne produkty, ale nie konkurują ze sobą na właściwych rynkach produktowych i technologicznych, ponieważ licencjonowana technologia jest innowacyjna w sposób tak radykalny, że technologia licencjobiorcy stała się przestarzała lub niekonkurencyjna. W takich wypadkach technologia licencjodawcy tworzy nowy rynek technologiczny lub wyklucza z rynku

technologię licencjobiorcy. Często jednak nie da się tego stwierdzić w chwili zawierania porozumienia. Zwykle dopiero wtedy, kiedy technologia lub produkty, w których jest ona wykorzystana, są dostępne przez pewien czas dla konsumentów, oczywiste staje się, że starsza technologia stała się przestarzała lub niekonkurencyjna. Przykładowo, z chwilą opracowania technologii CD oraz wprowadzenia do obrotu odtwarzaczy i płyt CD nie było oczywiste, że technologia ta zastąpi technologię płyt długogrających; okazało się to dopiero kilka lat później. Strony będą zatem uznawane za konkurentów, jeżeli w chwili zawierania porozumienia nie jest oczywiste, że technologia licencjobiorcy jest przestarzała lub niekonkurencyjna. Przyjmując jednak, że zarówno art. 101 ust. 1, jak i art. 101 ust. 3 wymagają stosowania w rzeczywistym kontekście, w jakim występują porozumienia, w ocenie uwzględnia się istotne zmiany faktów. Jeżeli zatem w późniejszym czasie technologia licencjobiorcy stanie się przestarzała lub niekonkurencyjna na rynku, klasyfikacja relacji między stronami zmieni się na relację między podmiotami niebędącymi konkurentami.

III. STOSOWANIE TTBER

1. SKUTKI ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE WYŁĄCZEŃ GRUPOWYCH

- (35) Kategorie porozumień o transferze technologii spełniające warunki określone w TTBER podlegają wyłączeniu grupowemu spod zakazu, o którym mowa w art. 101 ust. 1. Porozumienia objęte wyłączeniem grupowym są prawomocne i wykonalne. Porozumienia takie mogą być zakazane jedynie ze skutkiem przyszłym i tylko w przypadku, gdy przepisy o wyłączeniu grupowym zostaną uchylone przez Komisję lub organ ds. konkurencji państwa członkowskiego. Na podstawie art. 101 sądy krajowe nie mogą zakazać porozumień objętych wyłączeniem grupowym w związku z procesem z powództwa prywatnego.
- (36) Wyłączenie grupowe kategorii porozumień o transferze technologii opiera się na założeniu, że porozumienia takie – w stopniu, w jakim objęte są art. 101 ust. 1 – spełniają cztery warunki zapisane w art. 101 ust. 3. Przyjmuje się zatem, że porozumienia niosą ze sobą korzyści ekonomiczne, że ograniczenia w nich zawarte są niezbędne do osiągnięcia tych korzyści, a konsumenci w ramach rynków, na które mają one wpływ, zyskują znaczny udział w tych korzyściach, a ponadto, że porozumienia nie pozwalają przedmiotowym przedsiębiorstwom na eliminowanie konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów. Progi udziału w rynku (art. 3), wykaz najpoważniejszych ograniczeń (art. 4) i ograniczenia wykluczone (art. 5) określone w TTBER mają stanowić gwarancję tego, że wyłączeniu grupowemu podlegać będą jedynie porozumienia ograniczające, co do których można z wystarczającą pewnością przyjąć, że spełniają cztery warunki określone w art. 101 ust. 3.
- (37) Jak stwierdzono w części IV, wiele porozumień licencyjnych nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1, ponieważ w ogóle nie powodują one ograniczenia konkurencji lub ograniczenie to jest w ich przypadku nieduże²⁹. W stopniu, w jakim porozumienia

²⁹ Zob. w tym względzie obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu przytoczone w przypisie 19.

takie w jakikolwiek sposób wchodziłyby w zakres TTBER, nie ma potrzeby określania, czy są one objęte art. 101 ust. 1 czy też nie³⁰.

- (38) Poza zakresem wyłączenia grupowego istotne jest zbadanie, czy porozumienie w indywidualnym przypadku jest objęte art. 101 ust. 1, a jeżeli tak, czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Nie istnieje domniemanie, że porozumienia o transferze technologii nieobjęte wyłączeniem grupowym wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 lub nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. W szczególności sam fakt, że udziały stron w rynku przewyższają progi udziałów w rynku określone w art. 3 TTBER, nie jest wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że porozumienie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1. Wymagana jest indywidualna ocena prawdopodobnych skutków porozumienia. Jedynie, gdy porozumienia zawierają najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, można zazwyczaj przyjąć, że są one zakazane przepisami art. 101.

2. ZAKRES TTBER I OKRES JEGO OBOWIĄZYWANIA

2.1. Porozumienia między dwiema stronami

- (39) Zgodnie z art. 2 TTBER rozporządzenie ma zastosowanie do porozumień o transferze technologii „między dwoma przedsiębiorstwami”. Porozumienia o transferze technologii między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami nie są objęte TTBER³¹. O odróżnieniu porozumień między dwoma przedsiębiorstwami od porozumień wielostronnych decyduje fakt, czy dane porozumienie zostało zawarte między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami³².
- (40) Porozumienia zawarte między dwoma przedsiębiorstwami wchodzi w zakres TTBER, nawet jeżeli porozumienie określa warunki dla więcej niż jednego szczebla handlu. Przykładowo TTBER stosuje się do porozumienia licencyjnego dotyczącego nie tylko etapu produkcji, ale również etapu dystrybucji, określającego zobowiązania, które licencjobiorca musi lub może nałożyć na odsprzedawców produktów wytwarzanych na licencji³³.
- (41) Porozumienia licencyjne zawarte między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami często wiążą się z tymi samymi kwestiami, co porozumienia licencyjne o takim samym charakterze zawarte między dwoma przedsiębiorstwami. Dokonując indywidualnej oceny porozumień licencyjnych o takim samym charakterze, jak porozumienia objęte wyłączeniem grupowym, ale zawartych między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami, Komisja stosować będzie przez analogię zasady określone w TTBER.

2.2. Porozumienia dotyczące wytwarzania produktów objętych umową

- (42) Z art. 2 wynika, że aby porozumienia licencyjne wchodziły w zakres TTBER, muszą być zawarte „w celu wytwarzania produktów objętych umową”, to znaczy

³⁰ Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 krajowe prawo konkurencji nie może zakazać porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, ale nie są zakazane przepisami art. 81.

³¹ Zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 19/65 (Wydanie Specjalne Dziennika Urzędowego seria I 1965-1966, s. 35) Komisja nie posiada uprawnień do obejmowania wyłączeniem grupowym porozumień o transferze technologii między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami.

³² Porozumienia ustanawiające grupy technologii oraz określające warunki udzielania licencji podmiotom spoza przez grupy są, ogólnie rzecz biorąc, uznawane za porozumienia wielostronne. Zob. szczegóły w pkt 231.

³³ Zob. motyw 7 TTBER i część 2.5 poniżej.

produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia lub które produkowane są w oparciu o taką technologię. Innymi słowy, aby wejść w zakres TTBER, dana licencja musi zezwalać licencjobiorcy lub jego podwykonawcy(-om) na wykorzystanie licencjonowanej technologii do wytwarzania towarów lub świadczenia usług (patrz motyw 7 TTBER). TTBER nie obejmuje grup technologii. Pojęcie „grupy technologii” odnosi się do porozumień, w których co najmniej dwie strony wyrażają zgodę na połączenie swoich technologii i udzielanie na nie licencji w postaci pakietu. Pojęcie „grupy technologii” odnosi się także do porozumień, w których co najmniej dwa przedsiębiorstwa wyrażają zgodę na udzielenie licencji osobie trzeciej oraz upoważnienie jej do udzielania dalszych licencji na pakiet technologii. Grupom technologii poświęcono część IV.4.

- (43) TTBER stosuje się do porozumień licencyjnych zawieranych w celu wytwarzania przez licencjobiorcę lub jego podwykonawcę(-ów) produktów objętych umową. W związku z powyższym TTBER nie stosuje się do (tych części) porozumień o transferze technologii, które pozwalają na udzielanie sublicencji. Przez analogię Komisja będzie jednak stosować zasady określone w TTBER oraz niniejsze wytyczne do porozumień typu „master licence” zawartych między licencjodawcą a licencjobiorcą. Porozumienia między licencjobiorcą a sublicencjobiorcami dotyczące wytwarzania produktów objętych umową są objęte TTBER.
- (44) Pojęcie „produkty objęte umową” obejmuje towary i usługi wytwarzane lub świadczone w oparciu o licencjonowaną technologię. Dotyczy to zarówno przypadków, w których licencjonowana technologia stosowana jest w procesie produkcji, jak i tych, w których jest ona wykorzystana w samym produkcie. W niniejszych wytycznych pojęcie „produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia” obejmuje oba wspomniane przypadki. TTBER stosuje się we wszystkich przypadkach, w których celem licencjonowania technologii jest wytwarzanie towarów i świadczenie usług. W tym kontekście wystarczy, aby licencjodawca zobowiązał się nie dochodzić przysługujących mu praw własności intelektualnej wobec licencjobiorcy. Istotą czystej licencji na korzystanie z patentu jest prawo do działania w zakresie objętym wyłącznym prawem do patentu. Wynika z tego, że TTBER obejmuje także tzw. porozumienia o zrzeczeniu się roszczeń i porozumienia o rozstrzyganiu sporów, w których licencjodawca zezwala licencjobiorcy na prowadzenie produkcji w zakresie objętym patentem³⁴.
- (45) TTBER obejmuje także „podwykonawstwo”, w ramach którego licencjodawca udziela licencjobiorcy licencji na korzystanie z technologii, a licencjobiorca zobowiązuje się do wytwarzania w oparciu o nią określonych produktów wyłącznie dla licencjodawcy. Podwykonawstwo może również dotyczyć dostarczania przez licencjodawcę wyposażenia do wytwarzania towarów i świadczenia usług objętych porozumieniem. W przypadku tego ostatniego rodzaju podwykonawstwa dostarczone wyposażenie musi być bezpośrednio i wyłącznie powiązane z wytwarzaniem produktów objętych umową, aby podwykonawstwo mogło zostać objęte TTBER w ramach porozumienia o transferze technologii. Podwykonawstwo jest również objęte obwieszczeniem Komisji z dnia 18 grudnia 1978 r. w sprawie dokonywania przez nią oceny niektórych umów o podwykonawstwo w odniesieniu do art. 85 ust. 1 Traktatu EWG³⁵. Zgodnie z przytoczonym obwieszczeniem, które nadal obowiązuje, umowy o podwykonawstwo, w których podwykonawca

³⁴ Odnośnie do porozumień o zrzeczeniu się roszczeń i porozumień o rozstrzyganiu sporów zob. również pkt 219 i następne.

³⁵ Dz.U. C 1 z 3.1.1979, s. 2.

zobowiązuje się wytwarzać określone produkty wyłącznie dla wykonawcy, zazwyczaj wykraczają poza zakres art. 101 ust. 1. Również umowy o podwykonawstwo, zgodnie z którymi wykonawca określa cenę transferową pośredniego produktu objętego umową obowiązującą między podwykonawcami w łańcuchu wartości podwykonawstwa, zasadniczo wykraczają poza zakres art. 101 ust. 1, pod warunkiem że produkty objęte umową są wytwarzane wyłącznie dla wykonawcy. Jednak inne ograniczenia nałożone na podwykonawcę, jak np. zakaz prowadzenia prac badawczo-rozwojowych lub korzystania z ich wyników, mogą wchodzić w zakres art. 101³⁶.

- (46) TTBER stosuje się również do porozumień, zgodnie z którymi licencjobiorca musi wykonać prace rozwojowe, zanim uzyska produkt lub proces gotowy do wykorzystania w celach komercyjnych, pod warunkiem że produkt objęty umową został określony. Nawet jeżeli wymagane są takie dalsze prace i inwestycje, przedmiotem porozumienia jest wytwarzanie określonego produktu objętego umową, to znaczy produktów wytwarzanych w oparciu o licencjonowaną technologię. Z drugiej strony, TTBER oraz wytyczne nie obejmują porozumień, w których udziela się licencji na korzystanie z technologii w celu umożliwienia licencjobiorcy prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych w różnych dziedzinach, w tym dalszego rozwijania produktu powstałego w wyniku takich prac badawczo-rozwojowych³⁷. TTBER oraz wytyczne nie obejmują na przykład udzielania licencji na korzystanie z narzędzi badawczych używanych w procesie dalszej działalności badawczej. W wymienionych regulacjach przyjmuje się, że istnieje bezpośredni związek między licencjonowaną technologią a określonym produktem objętym umową. W razie braku takiego związku głównym przedmiotem porozumienia są prace badawczo-rozwojowe, a nie wprowadzenie danego produktu na rynek. W takim wypadku ramy analityczne TTBER i wytycznych mogą być niewłaściwe. Z tych samych powodów TTBER i wytyczne nie obejmują podwykonawstwa prac badawczo-rozwojowych, w ramach którego licencjobiorca zobowiązuje się do przeprowadzenia prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie, której dotyczy licencjonowana technologia, oraz zwrócenia licencjodawcy pakietu technologii zawierającego usprawienie. Głównym przedmiotem takich porozumień jest świadczenie usług badawczo-rozwojowych mających na celu usprawienie technologii, w przeciwieństwie do wytwarzania towarów i świadczenia usług w oparciu o licencjonowaną technologię.

2.3. Pojęcie porozumienia o transferze technologii

- (47) TTBER i niniejsze wytyczne dotyczą porozumień o transferze technologii. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b) TTBER pojęcie „technologia” obejmuje patenty, wzory użytkowe, prawa do wzorów przemysłowych, topografie układów scalonych, dodatkowe świadectwa ochronne dla produktów leczniczych lub innych produktów, w odniesieniu do których można uzyskać tego rodzaju dodatkowe świadectwa ochronne, prawa do ochrony odmian roślin, *know-how* i prawa autorskie do oprogramowania lub połączenie takich praw, jak również wnioski o przyznanie lub zarejestrowanie takich praw. Licencjonowana technologia winna pozwolić licencjobiorcy – z pomocą innych środków lub bez takiej pomocy – wytwarzać produkty objęte umową. TTBER stosuje się jedynie w tych państwach członkowskich UE, w których licencjodawca posiada stosowną technologię; w

³⁶ Zob. ust. 3 obwieszczenia w sprawie podwykonawstwa.

³⁷ Zob. również część 2.5.1.

przeciwnym przypadku nie istnieje technologia podlegająca transferowi w rozumieniu TTBER.

- (48) W art. 1 ust. 1 lit. i) TTBER *know-how* zdefiniowane jest jako pakiet informacji praktycznych, które wynikają z doświadczenia i badań i są niejawne, istotne i zidentyfikowane. „Niejawne” oznacza, że *know-how* nie jest powszechnie znane lub łatwo dostępne. „Istotne” oznacza, że *know-how* obejmuje informacje ważne i przydatne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych porozumieniem licencyjnym lub stosowania procesu objętego takim porozumieniem. Innymi słowy, informacje muszą istotnie przyczyniać się do wytwarzania produktów objętych umową lub je ułatwiać. W przypadkach, w których licencjonowane *know-how* dotyczy produktu, a nie procesu, warunek ten oznacza, że *know-how* jest przydatne do wytwarzania produktu objętego umową. Warunek ten nie jest spełniony, gdy produkt objęty umową może być wytwarzany w oparciu o ogólnie dostępną technologię. Warunek ten nie wymaga jednak, aby produkt objęty umową miał większą wartość niż ten wytwarzany w oparciu o ogólnie dostępną technologię. W przypadku technologii procesowych oznacza on, że *know-how* jest przydatne w takim sensie, że w chwili zawarcia porozumienia można przyjąć, że może ono znacznie poprawić pozycję konkurencyjną licencjobiorcy, przykładowo poprzez obniżenie jego kosztów produkcji. „Zidentyfikowane” oznacza, że można sprawdzić, czy licencjonowane *know-how* spełnia kryteria niejawności i istotności. Warunek ten jest spełniony, gdy licencjonowane *know-how* jest opisane w podręcznikach lub w innej formie. W niektórych przypadkach może to być jednak niemożliwe. Licencjonowane *know-how* może obejmować wiedzę praktyczną posiadaną przez pracowników licencjodawcy. Przykładowo, pracownicy licencjodawcy mogą posiadać niejawną i istotną wiedzę o określonym procesie produkcji, która zostanie przekazana licencjobiorcy w drodze przeszkolenia jego pracowników. Wówczas wystarczające jest opisanie w porozumieniu ogólnego charakteru *know-how* oraz wymienienie pracowników, którzy będą lub byli zaangażowani w przekazanie go licencjobiorcy.
- (49) Pojęcie „transferu” oznacza, że technologia musi zostać przekazana przez jedno przedsiębiorstwo drugiemu. Takie transfery przybierają zwykle postać licencji, na mocy której licencjodawca przyznaje licencjobiorcy prawo korzystania ze swojej technologii w zamian za opłaty licencyjne. Mogą one przyjąć również postać sublicencji, na mocy której licencjobiorca, otrzymawszy na to zgodę licencjodawcy, udziela licencji na korzystanie z technologii osobom trzecim (sublicencjobiorcom).
- (50) Postanowienia zawarte w porozumieniach o transferze technologii dotyczące nabywania produktów przez licencjobiorców są objęte TTBER jedynie w takim zakresie, w jakim są one bezpośrednio i wyłącznie powiązane z wytwarzaniem produktów objętych umową. TTBER nie stosuje się zatem do (tych części) porozumienia o transferze technologii, które dotyczy(-ą) wkładu lub wyposażenia stosowanego do innych celów niż wytwarzanie produktów objętych umową. Jeżeli na przykład mleko sprzedawane jest wraz z licencją na technologię produkcji sera, TTBER obejmuje jedynie to mleko, które wykorzystywane jest w produkcji sera opartej na licencjonowanej technologii.
- (51) TTBER obejmuje jedynie licencjonowanie innych rodzajów własności intelektualnej, takich jak znaki towarowe i prawa autorskie inne niż prawa autorskie do oprogramowania, w zakresie, w jakim są one bezpośrednio i wyłącznie powiązane z wytwarzaniem produktów objętych umową. Warunek ten zapewnia, że porozumienia obejmujące inne rodzaje praw własności intelektualnej podlegają wyłączeniu

grupowemu jedynie w stopniu, w jakim te inne rodzaje praw własności intelektualnej umożliwiają licencjodawcy lepsze wykorzystanie licencjonowanej technologii. Licencjodawca może przykładowo upoważnić licencjodawcę do korzystania z należącego do niego znaku towarowego w odniesieniu do produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Licencja na korzystanie ze znaku towarowego może pozwalać licencjodawcy na lepsze wykorzystanie licencjonowanej technologii: dzięki temu konsumenci mogą w sposób bezpośredni powiązać produkt z właściwościami, jakie zawdzięcza on licencjonowanej technologii. Zobowiązanie licencjodawcy do korzystania ze znaku towarowego licencjodawcy może również sprzyjać rozpowszechnianiu technologii, umożliwiając licencjodawcy podawanie się za źródło danej technologii. Przy założeniu, że te inne prawa własności intelektualnej pozwalają licencjodawcy na lepsze wykorzystanie licencjonowanej technologii, TTBER obejmuje porozumienia o transferze technologii również wtedy, gdy strony są przede wszystkim zainteresowane wykorzystaniem tych pierwszych, nie zaś tych drugich³⁸.

- (52) TTBER obejmuje licencjonowanie jedynie na potrzeby wytwarzania produktów objętych umową. Udzielanie licencji na prawa autorskie do oprogramowania w celu samego tylko powielania i dystrybucji utworu chronionego prawem, to znaczy produkowania kopii do odsprzedaży, nie jest uznawane za „wytwarzanie” w rozumieniu TTBER, a tym samym nie wchodzi w zakres TTBER oraz niniejszych wytycznych. Takie powielanie na potrzeby dystrybucji jest natomiast objęte rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych³⁹. Chodzi raczej o powielanie oprogramowania na potrzeby dystrybucji, w przypadku którego udziela się licencji na powielanie oprogramowania na nośniku, niezależnie od środków technicznych, za pomocą których następuje dystrybucja oprogramowania. Na przykład ani TTBER ani niniejsze wytyczne nie obejmują udzielania licencji na korzystanie z praw autorskich do oprogramowania, na podstawie których to licencji licencjodawca otrzymuje kopię wzorcową oprogramowania na potrzeby jej powielania oraz sprzedawania oprogramowania użytkownikom końcowym. Nie obejmują one także licencjonowania praw autorskich do oprogramowania oraz dystrybucji oprogramowania za pośrednictwem tzw. licencji „z półki”, to znaczy zestawu warunków dołączonych do opakowania trwałej kopii, które użytkownik końcowy zobowiązany jest zaakceptować poprzez otwarcie zewnętrznego opakowania, czy też licencjonowania praw autorskich do oprogramowania oraz dystrybucji oprogramowania za pośrednictwem pobierania go z internetu. Z drugiej strony, jeżeli licencjonowane oprogramowanie jest przez licencjodawcę włączone do produktu objętego umową, nie mamy do czynienia jedynie z powielaniem, lecz z wytwarzaniem. Na przykład TTBER oraz wytyczne obejmują licencjonowanie praw autorskich do oprogramowania w przypadku, gdy licencjodawca ma prawo do powielania oprogramowania poprzez dołączanie go do urządzenia, z którym współdziała oprogramowanie. Mimo że TTBER nie obejmuje praw autorskich innych niż prawa autorskie do oprogramowania, Komisja, dokonując oceny takiego licencjonowania praw autorskich na podstawie art. 101, zasadniczo stosować będzie zasady określone w TTBER i niniejszych wytycznych.

³⁸ TTBER mogłoby obecnie obejmować porozumienia o transferze technologii, które Komisja poddała ocenie w swojej decyzji w sprawie *Moosehead/Whitbread* (Dz.U. L 100 z 20.4.1990, s. 32), zob. przede wszystkim pkt 16.

³⁹ Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s.1.

- (53) Z drugiej strony uznaje się, że licencjonowanie praw do wypożyczania oraz publicznego odtwarzania chronionego prawami autorskimi, zwłaszcza w odniesieniu do filmów czy muzyki, wiąże się ze szczególnymi kwestiami i ocena takich czynności na podstawie zasad opracowanych w ramach niniejszych wytycznych może nie być uzasadniona. W przypadku publicznego odtwarzania wartość powstaje w oparciu o każde indywidualne odtworzenie utworu chronionego. Przy stosowaniu art. 101 konieczne jest uwzględnienie specyfiki utworu oraz sposobu jego wykorzystania⁴⁰. Komisja nie będzie zatem stosować TTBER i niniejszych wytycznych na zasadzie analogii do licencjonowania tych innych praw.
- (54) Komisja nie rozszerzy również zakresu stosowania zasad określonych w TTBER oraz niniejszych wytycznych na licencjonowanie znaków towarowych. Licencjonowanie znaków towarowych często ma miejsce w związku z dystrybucją i odsprzedażą towarów i usług i jest, ogólnie rzecz biorąc, bliższe porozumieniom dystrybucyjnym niż licencjonowaniu technologii. W przypadku gdy licencja na znak towarowy jest bezpośrednio związana z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów i usług i nie stanowi podstawowego przedmiotu porozumienia, porozumienie licencyjne jest objęte rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010⁴¹.

2.4. Czas trwania

- (55) Wyłączenie grupowe obowiązuje w ramach okresu obowiązywania TTBER, które wygasa dnia 30 kwietnia 2026 r., do czasu upływu ważności, wygaśnięcia lub unieważnienia licencjonowanych praw własności intelektualnej. W przypadku *know-how* wyłączenie grupowe stosuje się do czasu zachowania niejawności licencjonowanego *know-how*, z wyjątkiem przypadków, w których licencjonowane *know-how* stanie się jawne wskutek działań licencjobiorcy i w których wyłączenie stosuje się przez okres obowiązywania porozumienia (por. art. 2 TTBER).
- (56) Wyłączenie grupowe stosuje się do każdej licencjonowanej technologii, która jest objęta porozumieniem, a przestaje ono obowiązywać z dniem wygaśnięcia lub utraty ważności ostatniej „technologii” w rozumieniu TTBER lub wraz ze znalezieniem się tej technologii w domenie publicznej (por. pkt 47).

2.5. Związki z innymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych

- (57) TTBER obejmuje porozumienia między dwoma przedsiębiorstwami dotyczące licencjonowania technologii, zawarte w celu wytwarzania produktów objętych umową. Technologia może jednak stanowić również element innego rodzaju porozumień. Ponadto produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, są następnie sprzedawane na rynku. Konieczne jest zatem podjęcie kwestii relacji między TTBER a rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych⁴², rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych⁴³ oraz rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010⁴⁴.

⁴⁰ Zob. w tym względzie sprawa 262/81, *Coditel (II)*, [1982] Rec. 3381.

⁴¹ Przytoczone w przypisie 39.

⁴² Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 43.

⁴³ Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 36.

⁴⁴ Zob. przypis 39.

2.5.1. Rozporządzenia o wyłączeniach grupowych względem porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych

- (58) TTBER nie stosuje się do licencjonowania w kontekście porozumień specjalizacyjnych objętych rozporządzeniem (UE) nr 1218/2010 lub licencjonowania w kontekście porozumień badawczo-rozwojowych objętych rozporządzeniem (UE) nr 1217/2010 (zob. motyw 7 TTBER).
- (59) Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia (UE) nr 1218/2010 w sprawie porozumień specjalizacyjnych obejmuje ono, między innymi, porozumienia o wspólnej produkcji, w których co najmniej dwie strony zgadzają się wspólnie wytwarzać niektóre produkty. Rozporządzenie obowiązuje także w odniesieniu do przepisów dotyczących przyznawania praw własności intelektualnej lub korzystania z nich, pod warunkiem że nie stanowią one podstawowego przedmiotu porozumienia, lecz są bezpośrednio związane z jego wdrażaniem i niezbędne do tego celu.
- (60) W przypadku gdy przedsiębiorstwa zakładają wspólne przedsiębiorstwo produkcyjne i udzielają mu licencji na korzystanie z technologii stosowanej w procesie produkcyjnym produktów przez nie wytwarzanych, tego rodzaju licencjonowanie podlega rozporządzeniu (UE) nr 1218/2010 w sprawie porozumień specjalizacyjnych, a nie TTBER. Zatem licencjonowanie w kontekście wspólnego przedsiębiorstwa produkcyjnego rozpatrywane jest zwykle na podstawie rozporządzenia (UE) nr 1218/2010. Jednak w sytuacji, w której wspólne przedsiębiorstwo angażuje się w licencjonowanie technologii na rzecz osób trzecich, działalność taka nie jest związana z produkcją prowadzoną przez wspólne przedsiębiorstwo, a zatem nie jest objęta wspomnianym rozporządzeniem. Tego rodzaju porozumienia licencyjne, które łączą technologie stron, stanowią grupy technologii, którym poświęcono część IV.4.
- (61) Rozporządzenie (UE) nr 1217/2010 w sprawie porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje porozumienia, w których co najmniej dwa przedsiębiorstwa wyrażają zgodę na wspólne prowadzenie prac badawczo-rozwojowych oraz wspólne korzystanie z ich wyników. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. m) prace badawczo-rozwojowe, a także korzystanie z ich wyników, realizowane są „wspólnie”, jeżeli są wykonywane wspólnie przez zespół, organizację lub przedsiębiorstwo, wspólnie powierzone osobie trzeciej lub rozdzielone między strony w formie specjalizacji w kontekście prac badawczo-rozwojowych, produkcji i dystrybucji, w tym licencjonowania. Rozporządzenie to obejmuje również porozumienia dotyczące opłacanych prac badawczo-rozwojowych, na podstawie których co najmniej dwa przedsiębiorstwa wyrażają zgodę na to, aby prace badawczo-rozwojowe były prowadzone przez jedną stronę, zaś finansowane przez drugą stronę, niezależnie od tego, czy wyniki tych prac są wykorzystywane wspólnie czy nie (por. art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (vi) rozporządzenia (UE) nr 1217/2010).
- (62) Z powyższego wynika, że rozporządzenie (UE) nr 1217/2010 w sprawie porozumień badawczo-rozwojowych obejmuje wzajemne udzielanie licencji oraz udzielanie licencji przez strony na rzecz wspólnego przedsiębiorstwa w związku z porozumieniem badawczo-rozwojowym. Takie udzielanie licencji jest przedmiotem jedynie rozporządzenia (UE) nr 1217/2010, nie zaś TTBER. W kontekście takich porozumień strony mogą także określić warunki licencjonowania wyników porozumienia badawczo-rozwojowego na rzecz osób trzecich. Jednak z uwagi na fakt, że licencjodawcy będący osobami trzecimi nie są stroną porozumienia

badawczo-rozwojowego, indywidualne porozumienie licencyjne zawarte z osobami trzecimi nie jest objęte rozporządzeniem (UE) nr 1217/2010. Takie porozumienia licencyjne podlegają wyłączeniu grupowemu na mocy TTBER, jeżeli spełniają warunki w nim określone.

2.5.2. Rozporządzenie o wyłączeniu grupowym względem porozumień wertykalnych

- (63) Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych obejmuje porozumienia zawarte między co najmniej dwoma przedsiębiorstwami działającymi, do celów realizacji porozumienia, na różnych etapach produkcji lub dystrybucji oraz określające warunki, na jakich strony mogą nabywać, sprzedawać lub odsprzedawać określone towary lub usługi. Obowiązuje ono zatem w odniesieniu do porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji⁴⁵.
- (64) Zważywszy, że TTBER obejmuje jedynie porozumienia między dwiema stronami oraz że licencjodawca sprzedający produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jest dostawcą w rozumieniu rozporządzenia (UE) nr 330/2010, oba te rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych są ze sobą ściśle powiązane. Porozumienie między licencjodawcą a licencjodawcą podlega TTBER, podczas gdy porozumienia zawarte między licencjodawcą a nabywcami produktów objętych umową podlegają rozporządzeniu (UE) nr 330/2010 oraz wytycznym w sprawie ograniczeń wertykalnych⁴⁶.
- (65) Na mocy TTBER wyłączeniem grupowym objęte są również porozumienia między licencjodawcą a licencjodawcą, jeżeli porozumienie nakłada na licencjodawcę zobowiązania dotyczące sposobu sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Licencjodawca może być zobowiązany w szczególności do ustanowienia określonego rodzaju systemu dystrybucji, takiego jak dystrybucja wyłączna lub dystrybucja selektywna. Jednak aby porozumienia dystrybucyjne zawarte w celu realizacji wspomnianych zobowiązań podlegały wyłączeniu grupowemu, muszą być one zgodne z rozporządzeniem (UE) nr 330/2010. Przykładowo licencjodawca może zobowiązać licencjodawcę do ustanowienia systemu opartego na dystrybucji wyłącznej zgodnie z określonymi zasadami. Z art. 4 lit. b) rozporządzenia (UE) nr 330/2010 wynika jednak, że dystrybutorzy winni posiadać możliwość dokonywania sprzedaży biernej na terytoriach innych wyłącznych dystrybutorów licencjodawcy.
- (66) Ponadto na podstawie rozporządzenia (UE) nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych dystrybutorzy muszą zasadniczo posiadać swobodę sprzedaży zarówno czynnej, jak i biernej na terytoriach objętych systemem dystrybucji innych dostawców, to znaczy innych licencjodawców wytwarzających własne produkty w oparciu o licencjonowaną technologię. Wynika to z faktu, że dla celów rozporządzenia (UE) nr 330/2010 każdy licencjodawca jest odrębnym dostawcą. Przyczyny leżące u podstaw wyłączenia grupowego ograniczeń dotyczących sprzedaży czynnej w obrębie systemu dystrybucji dostawcy, określone w przytoczonym rozporządzeniu, mogą mieć jednak zastosowanie także w przypadku sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, przez różnych licencjodawców pod wspólną marką należącą do licencjodawcy. Jeżeli produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, sprzedawane są pod wspólną marką, istnieje możliwość uzasadniania ograniczeń między systemami

⁴⁵ Zob. przewodnik „Polityka konkurencji w Europie – reguły konkurencji obowiązujące w odniesieniu do porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji”, 2012 r. (publikacja w przygotowaniu).

⁴⁶ Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1 oraz przypis 39.

dystrybucji licencjobiorców takimi samymi powodami związanymi ze zwiększeniem efektywności jak w ramach jednego systemu dystrybucji wertykalnej. Wówczas mało prawdopodobne jest, aby Komisja kwestionowała ograniczenia w przypadkach, w których przez analogię spełnione są wymagania zawarte w rozporządzeniu (UE) nr 330/2010. Aby stwierdzić istnienie tożsamości wspólnej marki, produkty muszą być sprzedawane i wprowadzane do obrotu pod wspólną marką, która jest dominująca z punktu widzenia informowania konsumenta o jakości i innych stosownych cechach. Nie wystarczy, aby poza markami licencjobiorców produkt był również oznaczony marką licencjodawcy, która identyfikuje go jako źródło licencjonowanej technologii.

3. PROGI UDZIAŁU W RYNKU OKREŚLAJĄCE OBSZAR „BEZPIECZNEJ PRYZYSTANI”

- (67) Zgodnie z art. 3 TTBER wyłączenie grupowe porozumień ograniczających, lub innymi słowy obszar „bezpiecznej przystani” TTBER, uzależnione są od progów udziału w rynku, co powoduje ograniczenie zakresu stosowania wyłączenia grupowego do porozumień, które wprawdzie mogą ograniczać konkurencję, ale pozwalają założyć, że warunki określone w art. 101 ust. 3 są spełnione. Poza obszarem „bezpiecznej przystani” stworzonym przez progi udziału w rynku wymagana jest ocena indywidualna. Fakt, że udział w rynku przekracza progi, nie pozwala domniemywać, że porozumienie objęte jest art. 101 ust. 1 lub że porozumienie nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3. Przy braku najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w art. 4 TTBER, wymagana jest analiza rynku.

Właściwe progi udziału w rynku

- (68) Próg udziału w rynku mający zastosowanie do celów obszaru „bezpiecznej przystani”, o którym mowa w TTBER, zależy od tego, czy porozumienie zawarte zostało między konkurentami, między podmiotami niebędącymi konkurentami posiadającymi technologie zastępcze czy też innymi podmiotami niebędącymi konkurentami.
- (69) Progi udziału w rynku mają zastosowanie zarówno w odniesieniu do rynku(-ów) właściwego(-ych) licencjonowanej technologii, jak również rynku(-ów) właściwego(-ych) produktów objętych umową. Jeżeli obowiązujący próg udziału w rynku zostanie przekroczony na jednym lub kilku rynkach produktowych i technologicznych, w odniesieniu do porozumienia dla tego(tych) rynku(-ów) właściwego(-ych) nie stosuje się wyłączenia grupowego. Przykładowo, jeżeli porozumienie licencyjne dotyczy dwóch odrębnych rynków produktowych, wyłączenie grupowe może mieć zastosowanie tylko do jednego z tych rynków.
- (70) Zgodnie z art. 3 ust. 1 TTBER „bezpieczna przystań”, o której mowa w art. 2 TTBER, ma zastosowanie pod warunkiem, że połączony udział w rynku stron nie przekracza 20 % na żadnym z rynków właściwych. Próg udziału w rynku określony w art. 3 ust. 1 TTBER ma zastosowanie wtedy, gdy strony są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku(-ach) produktowym(-ych) lub rzeczywistymi konkurentami na rynku technologicznym (zob. rozróżnienie na konkurentów i podmioty niebędące konkurentami w pkt 27 i dalej).
- (71) Przy stosowaniu progu udziału w rynku lub wykazu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji nie bierze się pod uwagę potencjalnej konkurencji na rynku technologicznym. Poza obszarem „bezpiecznej przystani” określonym w TTBER uwzględnia się potencjalną konkurencję na rynku technologicznym, lecz nie stosuje

się wykazu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji dotyczącego porozumień między konkurentami (zob. również pkt 31 powyżej).

- (72) Jeżeli chodzi o zastosowanie progu udziału w rynku w odniesieniu do porozumień pomiędzy podmiotami niebędącymi konkurentami, w TTBER rozróżniono sytuację, w której licencjobiorca nie posiada technologii zastępczej, oraz sytuację, w której licencjobiorca posiada już technologię zastępczą, jednak na tę technologię nie jest udzielana licencja i jest ona wykorzystywana jedynie na własny użytek. Jeżeli licencjobiorca posiada już technologię, która może zastąpić licencjonowaną technologię, jest bardziej prawdopodobne, że porozumienie o transferze technologii w negatywny sposób odbije się na konkurencji na rynku produktowym niższego szczebla, jako że licencjobiorca prowadzi już (potencjalnie) działalność na tym rynku bez przedmiotowego porozumienia o transferze technologii. Porozumienie o transferze technologii może zatem dodatkowo umocnić już ugruntowaną pozycję licencjobiorcy na rynku niższego szczebla lub ewentualnie osłabić bieżących lub potencjalnych konkurentów na rynku niższego szczebla (na przykład zamykając im dostęp to rynku poprzez zawarcie umowy licencyjnej na wyłączność). W drugim przypadku bardziej prawdopodobne jest także oddziaływanie na konkurencję w obszarze innowacji, jako że licencjodawca i licencjobiorca posiadają technologie zastępcze i mają możliwość ich ulepszenia.
- (73) W związku z powyższym art. 3 ust. 2 TTBER stanowi, że jeżeli strony nie są przedsiębiorstwami konkurującymi, zaś licencjobiorca posiada technologię na własny użytek, która może zastąpić licencjonowaną technologię, zastosowanie ma próg udziału w rynku określony w art. 3 ust. 1 TTBER, to znaczy 20 %. Jednak do takich porozumień nadal ma zastosowanie wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami.
- (74) W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stroną porozumienia licencyjnego nie są konkurentami, stosuje się próg udziału w rynku określony w art. 3 ust. 3 TTBER. Porozumienie jest więc objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli udział w rynku żadnej ze stron nie przekracza 30 % na właściwych rynkach technologicznych i produktowych, których porozumienie dotyczy.
- (75) Jeżeli strony stają się konkurentami w rozumieniu art. 3 ust. 1 w późniejszym czasie, np. jeżeli licencjobiorca był już obecny na rynku właściwym, na którym sprzedawane są produkty objęte umową, przed uzyskaniem licencji, zaś licencjodawca staje się w późniejszym czasie rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na tym samym rynku właściwym, próg udziału w rynku wynoszący 20 % będzie miał zastosowanie od tego późniejszego momentu, w którym strony stają się konkurentami. Jednak w takim przypadku wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami będzie miał nadal zastosowanie do porozumienia, chyba że treść porozumienia ulegnie później istotnej zmianie (zob. art. 4 ust. 3 TTBER i pkt 32).

Obliczanie udziałów w rynku dla rynków technologicznych na potrzeby zastosowania obszaru „bezpiecznej przystani”

- (76) Obliczanie udziałów w rynku na właściwych rynkach, na których udziela się licencji na technologię, na podstawie TTBER odbiega od przyjętej praktyki z przyczyn wyjaśnionych w pkt 77. Jak wynika z art. 8 lit. d) TTBER, w przypadku rynków technologicznych udział licencjodawcy w rynku oblicza się – zarówno w przypadku produktowego, jak i geograficznego wymiaru rynku właściwego – na podstawie

sprzedanych przez licencjodawcę i wszystkich jego licencjobiorców produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. W ramach tego podejścia oblicza się łączną sprzedaż produktów objętych umową, jaką zrealizował licencjodawca i jego licencjobiorcy, jako część łącznej sprzedaży konkurencyjnych produktów, niezależnie od tego, czy te konkurencyjne produkty są wytwarzane w oparciu o technologię będącą przedmiotem licencji czy nie.

- (77) Powyższe podejście, polegające na obliczeniu udziału w rynku, jaki przypada licencjodawcy na rynku technologicznym, jako jego „śladu” na szczeblu produktowym, wybrano ze względu na praktyczne trudności w obliczaniu udziału licencjodawcy w rynku na podstawie wpływów z tytułu opłat licencyjnych (zob. pkt 25). Obok ogólnych trudności w uzyskaniu wiarygodnych danych dotyczących wpływów z tytułu opłat licencyjnych, ocena pozycji technologii na rynku może zostać poważnie zaniżona w związku z bieżącymi wpływami z tytułu opłat licencyjnych w sytuacji, gdy opłaty licencyjne są obniżane ze względu na licencjonowanie wzajemne lub dostawę produktów powiązanych. Jeżeli natomiast udział w rynku, jaki przypada licencjodawcy na rynku technologicznym, oparty jest na produktach wytwarzanych z wykorzystaniem przedmiotowej technologii w porównaniu z produktami wytwarzanymi z wykorzystaniem konkurencyjnych technologii, wspomniane ryzyko nie istnieje. Taki „ślad” na szczeblu produktowym będzie, ogólnie rzecz biorąc, dobrze odzwierciedlać pozycję technologii na rynku.
- (78) Idealnym rozwiązaniem byłoby obliczanie takiego „śladu” poprzez wyłączenie z rynku produktowego produktów wytwarzanych w oparciu o technologie wewnętrzne, na które nie udziela się licencji, jako że takie technologie wewnętrzne stanowią dla licencjonowanej technologii jedynie pośrednie ograniczenie. Jednak w związku z tym, że w praktyce licencjodawca i licencjobiorcy mogą mieć trudności z ustaleniem, czy inne produkty na tym samym rynku produktowym są wytwarzane w oparciu o technologie licencjonowane czy też technologie wewnętrzne, obliczenie udziału w rynku technologicznym opiera się – na potrzeby TTBER – na produktach wytworzonych z wykorzystaniem licencjonowanej technologii stanowiących część wszystkich produktów sprzedawanych na danym rynku produktowym. W przypadku tego podejścia, które opiera się na „śladzie” technologii na ogólnym rynku(-ach) produktowym(-ych), wyliczony udział w rynku jest zazwyczaj niższy w wyniku uwzględnienia produktów wytworzonych w oparciu o technologie wewnętrzne, lecz będzie jednak, ogólnie rzecz biorąc, stanowić dobry wskaźnik siły technologii. Po pierwsze, metoda ta uwzględnia potencjalną konkurencję ze strony przedsiębiorstw produkujących w oparciu o własną technologię, które mogłyby podjąć się udzielania licencji w przypadku niewielkiego, lecz stałego wzrostu opłat licencyjnych. Po drugie, nawet wtedy, gdy prawdopodobieństwo zdecydowania się na udzielanie licencji przez innych właścicieli technologii jest znikome, władza rynkowa licencjodawcy na rynku technologicznym niekoniecznie jest duża, nawet jeżeli posiada on znaczny udział we wpływach z tytułu opłat licencyjnych. Jeżeli rynek produktowy niższego szczebla jest konkurencyjny, konkurencja na tym poziomie może skutecznie ograniczyć licencjodawcę. Wzrost opłat licencyjnych na rynku wyższego szczebla wpływa na koszty licencjobiorcy, czyniąc go mniej konkurencyjnym i powodując obniżenie sprzedaży. Udział technologii w rynku produktowym uwzględnia także ten element, zazwyczaj jest więc dobrym wskaźnikiem władzy rynkowej licencjodawcy na rynku technologicznym.
- (79) Dla oceny siły technologii należy uwzględnić również wymiar geograficzny rynku technologicznego. Może on czasem różnić się od wymiaru geograficznego danego

ryнку produktowego niższego szczebla. Na potrzeby stosowania TTBER wymiar geograficzny właściwego rynku technologicznego jest również określany przez rynek(-i) produktowy(-e). Jednak poza obszarem „bezpiecznej przystani” TTBER stosowne może okazać się uwzględnienie szerszego obszaru geograficznego, na którym licencjodawca i licencjobiorcy konkurencyjnych technologii prowadzą działalność polegającą na udzielaniu licencji na te technologie, oraz na którym warunki konkurencji są dostatecznie jednolite i który może zostać wyodrębniony od obszarów sąsiadujących, jako że warunki konkurencji różnią się na tych obszarach w sposób odczuwalny.

- (80) Nowym technologiom, które nie zostały jeszcze włączone w proces wytwarzania produktów i w związku z tym nie wygenerowały sprzedaży w minionym roku kalendarzowym, przypisuje się udział w rynku równy zeru. Zdobywanie udziału w rynku rozpoczyna się z chwilą podjęcia sprzedaży. Jeżeli następnie udział w rynku wzrośnie powyżej właściwego progu wynoszącego 20 % lub 30 %, obszar „bezpiecznej przystani” będzie w dalszym ciągu stosowany przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po roku, w którym przekroczony został próg (zob. art. 8 lit. e) TTBER).

Obliczanie udziałów w rynku dla rynku(-ów) produktowego(-ych) na potrzeby zastosowania obszaru „bezpiecznej przystani”

- (81) W przypadku rynków właściwych, na których sprzedawane są produkty objęte umową, udział licencjobiorcy w rynku oblicza się na podstawie sprzedaży przez niego produktów, w których wykorzystana jest technologia licencjodawcy, i produktów konkurencyjnych, czyli łącznej sprzedaży licencjobiorcy na danym rynku produktowym. Jeżeli licencjodawca jest równocześnie dostawcą produktów na rynek właściwy, uwzględnić należy również sprzedaż licencjodawcy na danym rynku produktowym. Przy obliczaniu udziałów w rynku dla rynków produktowych nie bierze się jednak pod uwagę – obliczając udział w rynku licencjobiorcy lub licencjodawcy – sprzedaży innych licencjobiorców.
- (82) Udziały w rynku winny być obliczane na podstawie danych dotyczących wartości sprzedaży w roku poprzedzającym, o ile są one dostępne. Zazwyczaj takie dane stanowią dokładniejszy wskaźnik siły danej technologii niż dane dotyczące wielkości sprzedaży. Jeżeli jednak dane dotyczące wartości sprzedaży nie są dostępne, można posłużyć się wartościami szacunkowymi, opartymi na wiarygodnych informacjach rynkowych, łącznie z danymi dotyczącymi wielkości sprzedaży.
- (83) Wyżej opisane zasady można zilustrować za pomocą następujących przykładów:

Licencjonowanie między podmiotami niebędącymi konkurentami

Przykład 1

Przedsiębiorstwo A, specjalizujące się w opracowywaniu produktów i technik biotechnologicznych, stworzyło nowy produkt nazwany Xeranem. Nie produkuje ono Xeranu, ponieważ nie dysponuje odpowiednim zapleczem produkcyjnym ani dystrybucyjnym. Przedsiębiorstwo B jest jednym z producentów produktów konkurencyjnych, wytwarzanych w oparciu o ogólnie dostępne, niechronione prawem technologie. W roku 1 B uzyskuje 25 mln EUR ze sprzedaży produktów wytwarzanych w oparciu o ogólnie dostępne technologie. W roku 2 A udziela B licencji na produkcję Xeranu. W tym samym roku obroty B z tytułu sprzedaży produktów wytwarzanych w oparciu o ogólnie dostępne technologie wynoszą 15 mln EUR, a Xeranu – kolejne 15 mln EUR. W roku 3 i w kolejnych latach B produkuje i sprzedaje jedynie Xeran o wartości 40 mln EUR rocznie. Dodatkowo w roku 2 A udziela

również licencji przedsiębiorstwu C, które nie było dotąd aktywne na tym rynku produktowym. C produkuje i sprzedaje wyłącznie Xeran, a jego roczne obroty z tego tytułu wynoszą 10 mln EUR w roku 2, a w roku 3 i w latach następnych – 15 mln EUR. Całkowita wartość rynku Xeranu i jego substytutów, na którym działają B i C, wynosi 200 mln EUR w skali każdego roku.

W roku 2, w którym zawarto porozumienie licencyjne, udział A w rynku technologicznym wynosi 0 %, ponieważ jego udział w rynku należy obliczyć na podstawie całkowitej sprzedaży Xeranu w roku poprzednim. W roku 3 udział A w rynku technologicznym wzrasta do 12,5 %, odzwierciedlając wartość Xeranu wyprodukowanego przez B i C w poprzednim roku – roku 2. W roku 4 i w latach następnych udział A w rynku technologicznym zwiększa się do 27,5 %, odzwierciedlając wartość Xeranu wyprodukowanego przez B i C każdorazowo w roku poprzednim.

W roku 2 udział B w rynku produktowym wynosi 12,5 % z uwagi na wartość sprzedaży osiągniętą przez B w roku 1, która wyniosła 25 mln EUR. W roku 3 udział B w rynku wynosi 15 % dzięki zwiększeniu sprzedaży w roku 2 do 30 mln EUR. W roku 4 i w latach następnych udział B w rynku odpowiada 20 %, a wartość jego rocznej sprzedaży wynosi 40 mln EUR. Udział C w rynku produktowym równy jest 0 % w roku 1 i w roku 2, 5 % w roku 3 oraz 7,5 % w kolejnych latach.

Jako że porozumienia licencyjne między A i B, a także między A i C to porozumienia zawarte między podmiotami niebędącymi konkurentami, a udział każdego z nich (A, B i C) w rynku w żadnym roku nie przekracza 30 %, każde porozumienie wchodzi w zakres obszaru „bezpiecznej przystani”, o którym mowa w TTBER.

Przykład 2

Sytuacja wygląda tak samo, jak w przykładzie 1, chociaż B i C działają teraz na różnych rynkach geograficznych. Ustalono, że na każdym z tych rynków geograficznych całkowita roczna wartość rynku Xeranu i jego substytutów wynosi 100 mln EUR.

W tym przypadku udział w rynku, jaki przypada A na właściwych rynkach technologicznych, musi zostać obliczony na podstawie danych dotyczących sprzedaży produktów na każdym z dwóch geograficznych rynków produktowych oddzielnie. Na rynku, na którym działa B, udział A w rynku zależy od sprzedaży Xeranu przez B. W niniejszym przykładzie całkowitą wartość rynku ocenia się na 100 mln EUR, czyli połowę wartości rynku z przykładu 1, w związku z czym udział A w rynku w roku 2 wynosi 0 %, w roku 3 – 15 %, a w latach następnych – 40 %. Udział B w rynku jest równy 25 % w roku 2, 30 % w roku 3 i 40 % w latach następnych. W roku 2 i 3 zarówno w przypadku A, jak i B udział w rynku nie przekracza progu wynoszącego 30 %. Próg ten będzie jednak przekroczony począwszy od roku 4, co zgodnie z art. 8 lit. e) TTBER oznacza, że po roku 6 porozumienie licencyjne między A i B nie będzie mogło korzystać z obszaru „bezpiecznej przystani”, lecz będzie wymagało oceny indywidualnej.

Na rynku, na którym działa C, udział A w rynku zależy od sprzedaży Xeranu przez C. Udział A w rynku technologicznym oparty na sprzedaży C w roku poprzednim wynosi zatem 0 % w roku 2, 10 % w roku 3, a w latach następnych – 15 %. Udział C w rynku produktowym jest taki sam: 0 % w roku 2, 10 % w roku 3 i 15 % w latach następnych. Porozumienie licencyjne między A i C wchodzi zatem przez cały okres w zakres obszaru „bezpiecznej przystani”.

Licencjonowanie między podmiotami niebędącymi konkurentami w przypadku gdy licencjodawca posiada technologię zastępczą

Przykład 3

Podobnie jak w przykładzie 1, przedsiębiorstwo A, specjalizujące się w opracowywaniu produktów i technik biotechnologicznych, stworzyło nowy produkt nazwany Xeranem. Nie produkuje ono Xeranu, ponieważ nie dysponuje odpowiednim zapleczem produkcyjnym ani dystrybucyjnym. Przedsiębiorstwo B jest jednym z producentów produktów konkurencyjnych, wytwarzanych w oparciu o technologię własną, wykorzystywaną jedynie wewnątrz (na potrzeby własne). W roku 1 przedsiębiorstwo B uzyskało 28 mln EUR ze sprzedaży produktów wytwarzanych w oparciu o technologię własną. W roku 2 przedsiębiorstwo A udziela B licencji wyłącznej na produkcję Xeranu. W tym samym roku oraz w latach następnych obroty B z tytułu sprzedaży produktów wytwarzanych w oparciu o technologię własną wynoszą 20 mln EUR, a z tytułu sprzedaży Xeranu – 25 mln EUR. Ustalono, że całkowita wartość rynku Xeranu i jego substytutów, na którym działa B, wynosi 100 mln EUR w skali każdego roku.

W roku 2, w którym zawarto porozumienie licencyjne, udział A w rynku technologicznym wynosi 0 %, ponieważ udział w rynku należy obliczyć na podstawie całkowitej sprzedaży Xeranu w roku poprzednim. W roku 3 i w latach następnych udział A w rynku technologicznym zwiększa się do 25 %, odzwierciedlając wartość Xeranu wyprodukowanego przez B w roku poprzednim – roku 2 – oraz w latach następnych.

W roku 2 udział B w rynku produktowym wynosi 28 % z uwagi na wartość sprzedaży osiągniętą przez B w roku 1, która wyniosła 28 mln EUR. W roku 3 i w latach następnych udział B w rynku wynosi 45 % dzięki zwiększeniu sprzedaży w roku 2 i w latach następnych do 45 mln EUR.

Mimo że porozumienie licencyjne zawarto między podmiotami niebędącymi konkurentami, a udział każdego z nich (A i B) w rynku nie przekracza 30 % przynajmniej w przypadku roku 2, porozumienia nie wchodzi w zakres obszaru „bezpiecznej przystani”, o którym mowa w TTBER, począwszy od początku licencjonowania. A i B nie są konkurentami na potrzeby TTBER, a zatem zgodnie z art. 3 ust. 2 TTBER zastosowanie ma niższy próg udziału w rynku wynoszący 20 %, ponieważ B posiada technologię zastępczą wykorzystywaną na potrzeby własne. Porozumienie będzie zatem wymagało indywidualnej oceny.

Licencjonowanie między konkurentami

Przykład 4

Przedsiębiorstwa A i B działają na tym samym właściwym rynku produktowym i rynku geograficznym określonego produktu chemicznego. Każde z nich jest właścicielem patentu na różne technologie wykorzystywane do wytwarzania tego produktu. W roku 1 przedsiębiorstwa A i B podpisują wzajemne porozumienie licencyjne, w którym udzielają sobie licencji wzajemnych na korzystanie z odpowiedniej technologii. W roku 1 przedsiębiorstwa A i B wykorzystują w procesie produkcji jedynie własne technologie, a ich wpływy ze sprzedaży produktu wynoszą w przypadku A – 15 mln EUR, a w przypadku B – 20 mln EUR. Począwszy od roku 2 oba przedsiębiorstwa korzystają zarówno z własnej, jak i z licencjonowanej technologii. Począwszy od tego roku wartość sprzedaży A wynosi 10 mln EUR zarówno w przypadku produktów wytwarzanych w oparciu o własną technologię, jak i w przypadku produktów wytwarzanych w oparciu o technologię B. Od roku 2 wartość sprzedaży B wynosi w przypadku produktów wytwarzanych w oparciu o własną technologię 15 mln EUR, a w przypadku produktów wytwarzanych w oparciu o technologię A – 10 mln EUR. Ustalono, że całkowita wartość rynku produktu i jego substytutów wynosi 100 mln EUR w skali roku.

W celu oceny porozumienia licencyjnego na podstawie TTBER udziały A i B w rynku winny być obliczone zarówno dla rynku technologicznego, jak i dla rynku produktowego. Udział

A w rynku technologicznym zależy od obrotów osiągniętych w roku poprzednim z tytułu sprzedaży produktu wytwarzanego przez A i B w oparciu o technologię A. Dlatego też w roku 2 udział A w rynku technologicznym wynosi 15 %, odzwierciedlając jego własną produkcję i sprzedaż w roku 1 w wysokości 15 mln EUR. Począwszy od roku 3 udział A w rynku technologicznym wynosi 20 %, co odpowiada obrotom A i B z tytułu sprzedaży produktu wytwarzanego w oparciu o technologię A w wysokości 20 mln EUR (każde przedsiębiorstwo po 10 mln EUR). Podobnie w roku 2 udział B w rynku technologicznym wynosi 20 %, a następnie 25 %.

Udział A i B w rynku produktowym zależy od osiągniętej przez każde z tych przedsiębiorstw sprzedaży w poprzednim roku, niezależnie od stosowanej technologii. Udział A w rynku produktowym wynosi 15 % w roku 2, a w latach następnych – 20 %. Udział B w rynku produktowym wynosi 20 % w roku 2, a w latach następnych – 25 %.

Ponieważ porozumienie zostało zawarte między konkurentami, łączny udział obu przedsiębiorstw w rynku, zarówno technologicznym, jak i produktowym, w celu korzystania z obszaru „bezpiecznej przystani” nie może przekraczać progu 20 %. Wyraźnie widać, że w opisanym przypadku jest inaczej. Łączny udział obu przedsiębiorstw w rynku technologicznym i w rynku produktowym wynosi 35 % w roku 2, a w latach następnych – 45 %. Omawiane porozumienie między konkurentami będzie zatem wymagało indywidualnej oceny.

4. NAJPOWAŻNIEJSZE OGRANICZENIA KONKURENCJI NA PODSTAWIE ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH

4.1. Zasady ogólne

- (84) Artykuł 4 TTBER zawiera wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Sklasyfikowanie ograniczenia jako jednego z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji opiera się na jego charakterze i doświadczeniu wskazującym, że tego rodzaju ograniczenia mają niemal bez wyjątku negatywny wpływ na konkurencję. Zgodnie z orzecznictwem sądów unijnych⁴⁷ ograniczenie takie może wynikać z wyraźnego celu porozumienia lub z okoliczności dotyczących indywidualnego przypadku (por. pkt 14). Najpoważniejsze ograniczenia mogą być obiektywnie niezbędne w wyjątkowych przypadkach ze względu na rodzaj lub charakter danego porozumienia⁴⁸ i wykraczać w związku z tym poza zakres art. 101 ust. 1. Ponadto przedsiębiorstwa mogą powołać się w indywidualnych przypadkach na efektywność zgodnie z art. 101 ust. 3⁴⁹.
- (85) Jeżeli porozumienie o transferze technologii zawiera jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, wówczas zgodnie z art. 4 ust. 1 i art. 4 ust. 2 TTBER porozumienie w całości nie podlega wyłączeniu grupowemu. Do celów TTBER najpoważniejsze ograniczenia konkurencji nie mogą być oderwane od reszty porozumienia. Ponadto Komisja uznaje, że w przypadku indywidualnej oceny mało prawdopodobne jest, aby najpoważniejsze ograniczenia konkurencji spełniały cztery warunki określone w art. 101 ust. 3 (por. pkt 18).
- (86) Artykuł 4 TTBER wyróżnia porozumienia między konkurentami i porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami.

⁴⁷ Zob. np. orzecznictwo przytoczone w przypisie 16.

⁴⁸ Zob. pkt 18 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

⁴⁹ Sprawa T-17/93 *Matra* [1994] Rec. II-595, pkt 85

4.2. Porozumienia między konkurentami

- (87) W art. 4 ust. 1 wymieniono najpoważniejsze ograniczenia konkurencji dotyczące udzielania licencji między konkurentami. Zgodnie z art. 4 ust. 1 TTBER nie ma zastosowania do porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, w oderwaniu od innych czynników pod kontrolą stron lub w połączeniu z nimi, mają na celu co najmniej jedno z poniższych:
- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży osobom trzecim;
 - b) ograniczenie produkcji, z wyjątkiem ograniczeń w zakresie wytwarzania produktów objętych umową, nałożone na licencjobiorcę w porozumieniu jednostronnym lub nałożone tylko na jednego z licencjobiorców w porozumieniu wzajemnym;
 - c) podział rynków lub klientów, z wyjątkiem:
 - (i) zobowiązania licencjobiorcy(-ów) do wytwarzania produktów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii tylko w jednej lub kilku technicznych dziedzinach zastosowań lub na jednym lub kilku rynkach produktowych;
 - (ii) zobowiązania licencjodawcy lub licencjobiorcy, w porozumieniu jednostronnym, do niewytwarzania produktów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii w jednej lub kilku technicznych dziedzinach zastosowań lub na jednym lub kilku rynkach produktowych, lub na jednym lub kilku wyłącznych terytoriach zastrzeżonych dla drugiej strony;
 - (iii) zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania licencji na korzystanie z technologii innemu licencjobiorcy na konkretnym terytorium;
 - (iv) nałożonego na licencjobiorcę lub licencjodawcę w porozumieniu jednostronnym ograniczenia sprzedaży czynnej lub biernej na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony lub na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów;
 - (v) nałożonego na licencjobiorcę w porozumieniu jednostronnym ograniczenia sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjobiorcy, o ile ten ostatni nie był przedsiębiorstwem konkurującym z licencjodawcą w chwili zawierania jego własnego porozumienia licencyjnego;
 - (vi) zobowiązania licencjobiorcy do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na jego własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjobiorcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych do jego własnych produktów;
 - (vii) zobowiązania licencjobiorcy w porozumieniu jednostronnym do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;
 - d) ograniczenie zdolności licencjobiorcy do wykorzystywania jego własnej technologii lub ograniczenie zdolności którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju, chyba że to ostatnie ograniczenie jest niezbędne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego *know-how* osobom trzecim.

Rozróżnienie porozumień wzajemnych oraz porozumień jednostronnych między konkurentami

- (88) W przypadku kilku najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w TTBER rozróżnia się porozumienia wzajemne i porozumienia jednostronne. W odniesieniu do porozumień wzajemnych stawiane wymagania są surowsze niż w odniesieniu do porozumień jednostronnych między konkurentami. Porozumienie wzajemne oznacza porozumienie o licencjonowaniu wzajemnym, w którego przypadku licencjonowane technologie są technologiami konkurencyjnymi lub mogą być wykorzystane do wytwarzania produktów konkurencyjnych. Porozumienie jednostronne oznacza porozumienie, w którego przypadku tylko jedna ze stron udziela drugiej stronie licencji na korzystanie z technologii albo w którego przypadku w odniesieniu do licencjonowania wzajemnego licencjonowane technologie nie są technologiami konkurencyjnymi i nie mogą być wykorzystane do wytwarzania produktów konkurencyjnych. Porozumienie ma charakter jednostronny na potrzeby TTBER nie tylko z uwagi na fakt, że zawiera ono zobowiązanie do udzielenia licencji zwrotnej lub że licencjobiorca udziela licencjodawcy licencji na własne usprawienia licencjonowanej technologii. Jeżeli w późniejszym czasie z powodu udzielenia drugiej licencji porozumienie jednostronne stanie się porozumieniem wzajemnym, strony mogą zostać zmuszone do zmiany warunków pierwszej licencji w celu uniknięcia stwierdzenia, że porozumienie zawiera jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Oceniając poszczególne przypadki, Komisja uwzględniac będzie czas, jaki upłynął między udzieleniem pierwszej i drugiej licencji.

Ograniczenia cenowe między konkurentami

- (89) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. a), dotyczy porozumień między konkurentami, których celem jest ustalanie cen produktów sprzedawanych osobom trzecim, w tym produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Ustalanie cen między konkurentami z samego założenia stanowi ograniczenie konkurencji. Ustalanie cen może przykładowo nastąpić w drodze bezpośredniego uzgodnienia dokładnej ceny sprzedaży lub cennika określającego maksymalne dopuszczalne rabaty. Nie ma znaczenia, czy porozumienie dotyczy cen stałych, minimalnych, maksymalnych czy zalecanych. Ustalanie cen może także odbywać się pośrednio poprzez stosowanie czynników zniechęcających do odstąpienia od ustalonego poziomu cen. Przykładowo, można przewidzieć wzrost opłat licencyjnych w przypadku obniżenia cen produktów poniżej określonego poziomu. Zobowiązanie licencjobiorcy do uiszczenia określonej minimalnej opłaty licencyjnej nie jest jednak równoznaczne z ustalaniem cen.
- (90) W przypadku gdy opłaty licencyjne są obliczane na podstawie indywidualnej sprzedaży produktów, wysokość opłaty ma bezpośredni wpływ na koszt końcowy produktu, a tym samym na ceny produktów⁵⁰. Konkurenci mogą zatem posługiwać się licencjami wzajemnymi i wzajemnymi opłatami licencyjnymi w celu koordynowania lub podwyższania cen na rynkach produktowych niższego szczebla⁵¹. Jednak Komisja uzna licencje wzajemne z wzajemnymi opłatami licencyjnymi za ustalanie cen jedynie wtedy, gdy porozumienie jest pozbawione jakiegokolwiek celu sprzyjającego konkurencji i tym samym nie stanowi porozumienia licencyjnego zawartego w dobrej wierze. Jeżeli porozumienie nie

⁵⁰ Zob. w tym względzie pkt 98 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

⁵¹ Ma to również miejsce w przypadku, gdy jedna strona udziela drugiej stronie licencji i wyraża zgodę na zakup wkładu materialnego od licencjobiorcy. Cena zakupu może pełnić tę samą funkcję co opłata licencyjna.

wnosi żadnej wartości i w związku z tym nie posiada ważnego uzasadnienia ekonomicznego, jest pozorowane i równoznaczne z istnieniem porozumienia kartelowego.

- (91) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji zawarte w art. 4 ust. 1 lit. a) również obejmuje porozumienia, zgodnie z którymi opłaty licencyjne oblicza się na podstawie obrotów z tytułu sprzedaży wszystkich produktów niezależnie od tego, czy została w nich wykorzystana licencjonowana technologia. Porozumienia takie wchodzi również w zakres art. 4 ust. 1 lit. d), zgodnie z którym zdolność licencjobiorcy do korzystania z jego własnej technologii nie może być ograniczona (zob. pkt 106 poniżej). Ogólnie rzecz biorąc, tego rodzaju porozumienia ograniczają konkurencję, gdyż porozumienie podwyższa koszt korzystania z własnej konkurencyjnej technologii licencjobiorcy oraz ogranicza konkurencję, która istniała przed zawarciem porozumienia⁵². Dotyczy to zarówno porozumień wzajemnych, jak i porozumień jednostronnych.
- (92) W drodze wyjątku porozumienie, zgodnie z którym opłaty licencyjne są obliczane na podstawie obrotów z tytułu sprzedaży wszystkich produktów, może w indywidualnym przypadku spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3, jeżeli na podstawie obiektywnych czynników można stwierdzić, że ograniczenie jest niezbędne do udzielenia licencji sprzyjającej konkurencji. Może to mieć miejsce, gdy przy braku ograniczenia niemożliwe lub zbyt trudne byłoby obliczanie i monitorowanie opłaty licencyjnej ponoszonej przez licencjobiorcę, na przykład ponieważ technologia licencjodawcy nie pozostawia widocznych śladów na produkcie końcowym, a alternatywne sposoby monitorowania możliwe do zastosowania w praktyce nie są dostępne.

Ograniczenia produkcji między konkurentami

- (93) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. b), dotyczy wzajemnych ograniczeń produkcji nałożonych na strony. Ograniczenie produkcji dyktuje stronie wielkość produkcji i sprzedaży. Artykuł 4 ust. 1 lit. b) nie ma zastosowania do ograniczeń produkcji nałożonych na licencjobiorcę na podstawie porozumień jednostronnych lub ograniczeń produkcji nałożonych na jednego z licencjobiorców na podstawie porozumień wzajemnych, pod warunkiem że ograniczenie takie dotyczy jedynie produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. b) do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji zalicza się wzajemne ograniczenia produkcji nałożone na strony i ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę w odniesieniu do jego własnej technologii. Jeżeli konkurenci wyrażają zgodę na nałożenie wzajemnych ograniczeń produkcji, przedmiotem i prawdopodobnym skutkiem porozumienia jest ograniczenie produkcji na rynku. Tak samo jest w przypadku porozumień, które ograniczają motywację stron do zwiększania produkcji, przykładowo stosując wzajemne opłaty licencyjne za sztukę, które rosną wraz ze wzrostem produkcji, lub zobowiązując je wzajemnie do dokonywania płatności w przypadku przekroczenia określonego poziomu produkcji.
- (94) Bardziej uprzywilejowane traktowanie jednostronnych ograniczeń ilościowych opiera się na przekonaniu, że ograniczenie jednostronne nie musi prowadzić do mniejszej produkcji na rynku. Również zagrożenie, że porozumienie nie jest porozumieniem licencyjnym zawartym w dobrej wierze jest mniejsze, gdy ograniczenie jest jednostronne. Jeżeli licencjobiorca skłonny jest zaakceptować

⁵² Zob. w tym względzie: sprawa 193/83, *Windsurfing International*, [1986] Rec. 611, pkt 67.

ograniczenie jednostronne, prawdopodobnym skutkiem porozumienia będzie rzeczywiste połączenie uzupełniających się technologii lub poprawiające efektywność połączenie lepszej technologii licencjodawcy z aktywami produkcyjnymi licencjobiorcy. W porozumieniu wzajemnym ograniczenie produkcji nałożone na jednego z licencjobiorców z dużym prawdopodobieństwem stanowi wyraz większej wartości technologii licencjonowanej przez jedną ze stron i może służyć promowaniu licencji sprzyjających konkurencji.

Podział rynków i klientów między konkurentami

- (95) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. c), dotyczy podziału rynków i klientów. Celem porozumień, w których konkurenci dzielą się rynkami i klientami, jest ograniczenie konkurencji. Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji występuje wówczas, gdy w porozumieniu wzajemnym konkurenci wyrażają zgodę na nieprowadzenie produkcji na określonych terytoriach lub nieprowadzenie sprzedaży czynnej lub biernej na określonych terytoriach zastrzeżonych dla drugiej strony lub na rzecz zastrzeżonych dla niej określonych klientów.
- (96) Artykuł 4 ust. 1 lit. c) stosuje się niezależnie od tego, czy licencjobiorca może nadal w sposób nieograniczony korzystać z własnej technologii. Z chwilą, gdy licencjobiorca dysponuje wyposażeniem pozwalającym mu korzystać z technologii licencjodawcy w celu wytwarzania danego produktu, utrzymywanie odrębnej linii produkcyjnej z wykorzystaniem innej technologii w celu obsługi klientów objętych ograniczeniami może okazać się kosztowne. Ponadto w świetle potencjału negatywnych skutków ograniczenia dla konkurencji licencjobiorca może mieć niewielką motywację do prowadzenia produkcji w oparciu o własną technologię. Bardzo mało prawdopodobne jest również, aby takie ograniczenia były niezbędne do udzielania licencji o pozytywnym wpływie na konkurencję.
- (97) Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) najpoważniejsze ograniczenie konkurencji nie istnieje, jeżeli licencjodawca w porozumieniu jednostronnym udziela licencjobiorcy wyłącznej licencji na wytwarzanie produktów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii na określonym terytorium, a tym samym zobowiąże się do niewytwarzania produktów objętych umową na tym terytorium lub niedostarczania ich z tego terytorium. Tego rodzaju licencje wyłączne podlegają wyłączeniu grupowemu niezależnie od wielkości wspomnianego terytorium. Jeżeli licencja obejmuje cały świat, wyłączność oznacza, że licencjodawca odstępuje od wchodzenia na rynek lub pozostawania na nim. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie również wtedy, gdy licencja ogranicza się do jednej lub kilku technicznych dziedzin zastosowań albo jednego lub kilku rynków produktowych. Celem porozumień podlegających art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) może być zachęcenie licencjobiorcy do inwestowania w licencjonowaną technologię i jej rozwijania. Przedmiotem porozumienia nie musi zatem być podział rynków.
- (98) Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (iv) i z tego samego powodu wyłączenie grupowe stosuje się także do porozumień jednostronnych, w których strony wyrażają zgodę na nieprowadzenie sprzedaży czynnej ani biernej na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony ani na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów. Na potrzeby stosowania TTBER Komisja interpretuje sprzedaż „czynną” i „bierną” tak, jak zdefiniowano te pojęcia w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁵³. Ograniczenia nałożone na licencjobiorcę lub licencjodawcę

⁵³ Zob. cytat w przypisie 46, pkt 51.

dotyczące czynnej lub biernej sprzedaży na terytorium drugiej strony lub na rzecz danej grupy klientów podlegają wyłączeniu grupowemu jedynie wtedy, gdy dane terytorium lub dana grupa klientów zostały wyłącznie zarezerwowane dla tej drugiej strony, to znaczy żaden z pozostałych licencjobiorców nie ma prawa prowadzić tam (czynnej) sprzedaży. Jednak w pewnych określonych okolicznościach porozumienia zawierające takie ograniczenia dotyczące sprzedaży mogą, w indywidualnych przypadkach, również spełnić warunki zdefiniowane w art. 101 ust. 3, o ile ta wyłączność zostaje uchylona na zasadzie *ad hoc*, na przykład jeżeli konieczne jest wyrównanie przejściowych niedoborów produkcji licencjodawcy lub licencjobiorcy, któremu na wyłączność przydzielono dane terytorium lub daną grupę klientów. W takich przypadkach istnieje prawdopodobieństwo, że licencjodawca lub licencjobiorca będą w dalszym ciągu dostatecznie chronieni przed sprzedażą czynną i bierną, co pozwoli im zachować motywację do udzielania licencji na swoją technologię lub podejmowania inwestycji na rzecz prowadzenia działalności w oparciu o licencjonowaną technologię; tym samym takie ograniczenia, które wprawdzie ograniczają konkurencję, promują sprzyjające konkurencji rozpowszechnianie technologii i integrowanie takiej technologii z aktywami produkcyjnymi licencjobiorcy.

- (99) Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (iii) najpoważniejsze ograniczenie konkurencji nie występuje także w sytuacji, w której licencjodawca wskazuje licencjobiorcę jako swojego jedyne licencjobiorcę na określonym terytorium, sugerując, że na tym terytorium osoby trzecie nie otrzymają licencji na produkcję w oparciu o technologię licencjodawcy. W przypadku licencji jedynych tego rodzaju wyłączenie grupowe stosuje się niezależnie od tego, czy porozumienie jest wzajemne czy też nie, biorąc pod uwagę że porozumienie nie wpływa na zdolność stron do pełnego korzystania z własnych technologii na ich odpowiednich terytoriach.
- (100) Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (v) wyklucza z wykazu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, a tym samym obejmuje wyłączeniem grupowym do wysokości progu udziału w rynku, ograniczenia zawarte w jednostronnych porozumieniach dotyczących sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjobiorcę na terytorium lub na rzecz grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjobiorcy. Warunkiem jest jednak, aby chroniony licencjobiorca nie był konkurentem licencjodawcy w chwili zawierania porozumienia. Uznawanie takich ograniczeń za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji nie jest zasadne. Takie ograniczenia mogą bowiem skłonić licencjobiorcę do efektywniejszego korzystania z licencjonowanej technologii, pozwalając licencjodawcy na ochronę licencjobiorcy nieobecnego dotąd na rynku przed sprzedażą czynną prowadzoną przez licencjobiorców, którzy są konkurentami licencjodawcy i z tego powodu posiadają już pozycję na rynku. Z drugiej strony, jeżeli licencjobiorcy mieliby uzgodnić między sobą, że nie będą prowadzili czynnej ani biernej sprzedaży na określonym terytorium ani na rzecz określonej grupy klientów, porozumienie równoznaczne jest z porozumieniem kartelowym między licencjobiorcami. Ponieważ porozumienia takie nie obejmują transferu technologii, wykraczają one poza zakres rozporządzenia TTBER.
- (101) Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (i) ograniczenia zawarte w porozumieniach między konkurentami, które ograniczają udzielanie licencji do jednego lub kilku rynków produktowych lub technicznych dziedzin zastosowań⁵⁴, nie stanowią

⁵⁴

Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań zostały omówione szerzej w pkt 193 i kolejnych.

najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Podlegają one wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 % niezależnie od tego, czy porozumienie jest wzajemne czy też nie. Zastosowanie wyłączenia grupowego wymaga jednak, aby ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nie wykraczały poza zakres licencjonowanych technologii. Ponadto konieczne jest, aby licencjodawcy nie byli ograniczeni w odniesieniu do korzystania z własnych technologii (zob. art. 4 ust. 1 lit. d)). Jeżeli licencjodawcy nie mogą swobodnie korzystać z własnej technologii, porozumienie jest równoznaczne z podziałem rynku.

- (102) Wyłączenie grupowe stosuje się niezależnie od tego, czy ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań są symetryczne czy też nie. Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań we wzajemnym porozumieniu licencyjnym jest niesymetryczne wówczas, gdy obie strony mogą korzystać z odpowiednich technologii, na które otrzymały licencje, ale tylko w ramach różnych dziedzin zastosowań. Tak długo, jak długo strony nie są ograniczone w korzystaniu z własnych technologii, przyjmuje się, że porozumienie nie skłania ich do zaniechania zajmowania się dziedziną lub dziedzinami objętymi licencją udzieloną innej stronie lub powstrzymania się od tego. Nawet jeżeli licencjodawcy dysponują wyposażeniem pozwalającym im korzystać z licencjonowanej technologii w ramach dziedziny zastosowań objętej licencją, może to nie mieć wpływu na aktywa używane do produkcji nieobjętej licencją. W związku z tym istotne jest, że ograniczenie dotyczy odrębnych rynków produktowych, sektorów przemysłowych lub dziedzin zastosowań, a nie klientów – przyporządkowanych do określonego terytorium bądź określonej grupy, którzy nabywają produkty należące do tego samego rynku produktowego lub do tych samych technicznych dziedzin zastosowań. Zagrożenie podziałem rynku uważa się za zdecydowanie większe w ostatnim z wymienionych przypadków (zob. pkt 96 powyżej). Ponadto ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań może okazać się konieczne do promowania licencji sprzyjających konkurencji (zob. pkt 197 poniżej).
- (103) Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (vi) zawiera kolejny wyjątek, to znaczy ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek, polegający na tym, że licencjodawca może wytwarzać produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jedynie na własny użytek. Jeżeli produkt objęty umową stanowi element większej całości licencjodawca może zostać w ten sposób zobowiązany do wytwarzania tego elementu jedynie w celu stosowania go we własnych produktach i niesprzedawania innym producentom. Licencjodawca musi posiadać jednak możliwość sprzedawania wspomnianych elementów jako części zamiennych do swoich własnych produktów, a tym samym dostarczania ich osobom trzecim prowadzącym serwis posprzedażny tych produktów. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek w przedstawionym rozumieniu mogą być zachętą konieczną do rozpowszechniania technologii, zwłaszcza między konkurentami, i są objęte wyłączeniem grupowym. Takie ograniczenia omówiono także poniżej w części IV.2.5.
- (104) Wreszcie art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (vii) wyklucza z wykazu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji nałożone na licencjodawcę w porozumieniu jednostronnym zobowiązanie do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta w celu stworzenia alternatywnego źródła zaopatrywania tego właśnie klienta. Zatem art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (vii) stosuje się tylko wtedy, gdy licencja ogranicza się do zapewnienia konkretnemu klientowi alternatywnego źródła zaopatrzenia. Nie jest konieczne, aby taka licencja była tylko jedna. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (vii) stosuje się również w sytuacjach, w których licencję na zaopatrywanie jednego i tego

samego klienta posiada więcej niż jedno przedsiębiorstwo. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (vii) stosuje się niezależnie od czasu trwania porozumienia licencyjnego. Na przykład wyjątkiem tym objęte są licencje jednorazowe służące wypełnieniu wymogów związanych z danym projektem na rzecz konkretnego klienta. W przypadku gdy licencja udzielona jest tylko w celu zaopatrywania konkretnego klienta, zdolność takich porozumień do podziału rynku jest ograniczona. W szczególności nie można bowiem uznać, że w takich okolicznościach porozumienie skłoni licencjobiorcę do zaprzestania korzystania z własnej technologii.

Ograniczenia zdolności stron do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych

- (105) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. d), obejmuje przede wszystkim ograniczenia dotyczące zdolności stron do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Obie strony winny posiadać możliwość prowadzenia niezależnych prac badawczo-rozwojowych. Zasadę tę stosuje się bez względu na to, czy ograniczenie dotyczy dziedziny objętej licencją czy innych dziedzin. Sam fakt uzgodnienia przez strony, że w przyszłości będą się wymieniać usprawnieniami odpowiednich technologii, nie jest równoznaczny z ograniczeniem niezależnych prac badawczo-rozwojowych. Wpływ takich porozumień na konkurencję wymaga indywidualnej oceny. Artykuł 4 ust. 1 lit. d) nie dotyczy ponadto ograniczeń nałożonych na jedną ze stron w zakresie prowadzenia prac badawczo-rozwojowych we współpracy z osobami trzecimi, jeżeli takie ograniczenia są niezbędne do ochrony *know-how* licencjodawcy przed ujawnieniem. Aby kwalifikować się do objęcia wyłączeniem, ograniczenia nałożone w celu ochrony *know-how* licencjodawcy przed ujawnieniem muszą być konieczne i proporcjonalne do zapewnienia takiej ochrony. Przykładowo, jeżeli w porozumieniu wyznacza się określonych pracowników licencjobiorcy do przeszkolenia w zakresie korzystania z licencjonowanego *know-how* i przejścia za nie odpowiedzialności, wystarczające może być zobowiązanie licencjobiorcy do nieangażowania tych pracowników w prace badawczo-rozwojowe prowadzone we współpracy z osobami trzecimi. Właściwe mogą być również inne środki zapobiegawcze.

Ograniczenia dotyczące korzystania przez licencjobiorcę z własnej technologii

- (106) Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. d) zdolności licencjobiorcy do korzystania z własnej konkurencyjnej technologii nie mogą być ograniczone, o ile nie korzysta on przy tym z technologii licencjonowanej od licencjodawcy. W odniesieniu do własnej technologii licencjobiorca nie może podlegać ograniczeniom w zakresie miejsca produkcji bądź sprzedaży, wielkości produkcji bądź sprzedaży i cen sprzedaży. Nie może być także zobowiązany do odprowadzania opłat licencyjnych z tytułu produktów wytwarzanych w oparciu o jego własną technologię (zob. pkt 91 powyżej). Ponadto licencjobiorca nie może być ograniczony w zakresie udzielania osobom trzecim licencji na własną technologię. Jeżeli ograniczenia dotyczą korzystania przez licencjobiorcę z własnej technologii lub prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, konkurencyjność technologii licencjobiorcy jest ograniczona. Skutkiem tego jest zmniejszenie konkurencji na istniejących rynkach produktowych i technologicznych oraz ograniczenie motywacji licencjobiorcy do inwestowania w rozwój i usprawnienie własnej technologii. Art. 4 ust. 1 lit. d) nie dotyczy sytuacji, w których ograniczone zostaje korzystanie przez licencjobiorcę z oferowanych przez osoby trzecie technologii konkurujących z technologią licencjonowaną. Zobowiązania do niekonkurowania, o których mowa, mogą mieć wprawdzie efekt utrudniania dostępu do rynku technologiom oferowanym przez osoby trzecie (zob. część IV 2.7 poniżej), jednak nie mają skutku w postaci

ograniczenia motywacji licencjobiorców do inwestowania w rozwój i usprawniania swojej własnej technologii.

4.3. Porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami

- (107) W artykule 4 ust. 2 wymieniono najpoważniejsze ograniczenia dotyczące udzielania licencji między podmiotami niebędącymi konkurentami. Zgodnie z przytoczonym artykułem TTBER nie ma zastosowania do porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, w oderwaniu od innych czynników pod kontrolą stron lub w połączeniu z nimi, mają na celu co najmniej jedno z poniższych:
- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży produktów objętych umową osobom trzecim, bez uszczerbku dla możliwości wyznaczania najwyższej ceny sprzedaży lub zalecania ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie jest to równoznaczne ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży określaną w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub zachęt proponowanych przez którąkolwiek ze stron;
 - b) ograniczenie terytorium, na którym licencjobiorca może biernie sprzedawać produkty objęte umową, lub klientów, którym może je sprzedawać, z wyjątkiem:
 - (i) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego wyłącznej grupy klientów;
 - (ii) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na swój własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjobiorcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów;
 - (iii) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja ta została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;
 - (iv) ograniczenia sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej;
 - (v) ograniczenia sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom przez uczestników systemu selektywnej dystrybucji;
 - c) ograniczenie sprzedaży czynnej lub biernej odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę będącego uczestnikiem systemu selektywnej dystrybucji i działającego na poziomie sprzedaży detalicznej, bez uszczerbku dla możliwości zakazywania uczestnikowi systemu prowadzenia działalności z nieuprawnionego miejsca.

Ustalanie cen

- (108) Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 2 lit. a), dotyczy ustalania cen wymaganych przy sprzedaży produktów osobom trzecim. Przepis ten obejmuje w szczególności ograniczenia, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustalenie stałej lub minimalnej ceny sprzedaży albo też stałego lub minimalnego poziomu cen, których będzie przestrzegać licencjodawca lub licencjobiorca, sprzedając produkty osobom trzecim. Ograniczenie jest oczywiste w przypadku porozumień, w których bezpośrednio określa się cenę sprzedaży. To samo osiągnąć można również w sposób pośredni. Przykładem tego są porozumienia określające marżę lub maksymalny poziom rabatów, wiążące cenę sprzedaży z cenami sprzedaży konkurentów, a także groźby, zastraszanie, ostrzeżenia, kary lub rozwiązywanie umów w związku z nieprzestrzeganiem wyznaczonego poziomu cen. Bezpośrednie lub pośrednie środki służące ustalaniu cen mogą być skuteczniejsze

w połączeniu ze środkami identyfikującymi obniżki cen, takimi jak wdrożenie systemu monitorowania cen lub zobowiązanie licencjobiorców do informowania o odstępstwach cenowych. Podobnie, bezpośrednio lub pośrednio ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi motywację licencjobiorcy do obniżania stosowanych przez niego cen sprzedaży, takimi jak zobowiązanie licencjobiorcy przez licencjodawcę do stosowania wobec klienta klauzuli najwyższego uprzywilejowania, polegającej na przyznaniu klientowi warunków korzystniejszych niż warunki przyznane jakimkolwiek innemu klientowi. Takimi samymi środkami można posłużyć się, aby z cen maksymalnych lub zalecanych uczynić stałe lub minimalne ceny sprzedaży. Przekazanie licencjobiorcy przez licencjodawcę wykazu cen zalecanych lub narzucenie mu ceny maksymalnej samo w sobie nie prowadzi jednak do stałych lub minimalnych cen sprzedaży.

Ograniczenia sprzedaży biernej licencjobiorcy

- (109) Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, o których mowa w art. 4 ust. 2 lit. b), dotyczą porozumień lub praktyk uzgodnionych, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ograniczenie prowadzonej przez licencjobiorców biernej sprzedaży⁵⁵ produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia⁵⁶. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez licencjobiorcę mogą wynikać z bezpośrednich zobowiązań, takich jak zakaz prowadzenia sprzedaży na rzecz określonych klientów lub klientów na określonych terytoriach lub zobowiązanie do przekazywania zamówień od tych klientów innym licencjobiorcom. Mogą one być również wynikiem zastosowania środków pośrednich, których celem jest nakłonienie licencjobiorcy do powstrzymania się od prowadzenia takiej sprzedaży, jak np. zachęty finansowe i wdrożenie systemu monitorowania mającego na celu weryfikację rzeczywistego przeznaczenia licencjonowanych produktów. Środek pośredni służący ograniczeniu sprzedaży biernej mogą stanowić ograniczenia ilościowe. Komisja uzna, że ograniczenia ilościowe same w sobie nie służą wyżej wymienionemu celowi. Inaczej będzie jednak w sytuacji, w której ograniczenia ilościowe stosowane będą w celu wdrożenia leżącego u ich podstaw porozumienia dotyczącego podziału rynku. Na sytuację taką wskazują: dostosowania ilościowe w czasie służące zaspokojeniu jedynie lokalnego popytu, powiązanie ograniczeń ilościowych ze zobowiązaniem do sprzedaży minimalnych ilości na danym terytorium, zobowiązanie do uiszczania minimalnych opłat licencyjnych uzależnionych od sprzedaży na danym terytorium, zróżnicowane opłaty licencyjne uzależnione od miejsca przeznaczenia produktów oraz monitorowanie miejsca przeznaczenia produktów sprzedawanych przez poszczególnych licencjobiorców. Odnośnie do ogólnego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji obejmującego

⁵⁵ Definicja sprzedaży biernej zawarta jest w pkt 98 oraz w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 46, pkt 51.

⁵⁶ Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym tutaj mowa, stosuje się do porozumień o transferze technologii dotyczących wymiany handlowej w Unii. W zakresie, w jakim porozumienia o transferze technologii dotyczą wywozu poza terytorium Unii lub przywozu bądź przywozu powrotnego spoza Unii, zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-306/96, *Javico* przeciwko *Yves Saint Laurent* [1998] Rec. I-1983. W wyroku tym Trybunał stwierdził w pkt 20, że „w przypadku porozumienia, w którym odsprzedający zobowiązuje się wobec producenta, że będzie prowadzić sprzedaż produktów objętych umową na rynku poza Wspólnotą, nie można uznać, że ma ono na celu znaczące ograniczenie konkurencji na wspólnym rynku lub że może ono wpłynąć samo w sobie na wymianę handlową między państwami członkowskimi”.

sprzedaż bierną prowadzoną przez licencjodawców stosuje się szereg wyjątków, o których mowa poniżej.

- (110) Wyjątek 1: Artykuł 4 ust. 2 lit. b) nie obejmuje ograniczeń sprzedaży nałożonych na licencjodawcę. Wszelkie ograniczenia sprzedaży dotyczące licencjodawcy podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Ta sama zasada dotyczy wszystkich ograniczeń sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjodawcę z wyjątkiem tego, co w sprawie sprzedaży czynnej zapisano poniżej w pkt 115. Wyłączenie grupowe ograniczeń sprzedaży czynnej opiera się na założeniu, że ograniczenia takie promują inwestycje, konkurencję niecenową i poprawę jakości usług świadczonych przez licencjodawców poprzez rozwiązanie problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową (ang. *free riding*) i blokowaniem działalności. W przypadku ograniczeń sprzedaży czynnej między terytoriami lub grupami klientów licencjodawców nie jest konieczne przyznanie chronionemu licencjodawcy wyłącznego terytorium lub wyłącznej grupy klientów. Wyłączenie grupowe stosuje się również do ograniczeń sprzedaży czynnej w przypadku, gdy dane terytorium lub grupa klientów zostały przydzielone więcej niż jednemu licencjodawcy. Inwestycji sprzyjających zwiększaniu efektywności spodziewać się można wówczas, gdy licencjodawca może być pewny, że konkurencję z tytułu sprzedaży czynnej napotka ze strony ograniczonej liczby licencjodawców działających na danym terytorium, a nie ze strony licencjodawców działających poza tym terytorium.
- (111) Wyjątek 2: Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjodawców na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego wyłącznej grupy klientów nie stanowią najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (zob. art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (i)). Podlegają one natomiast wyłączeniu grupowemu. Przyjmuje się, że ograniczenia takie do wysokości progu udziału w rynku wprawdzie ograniczają konkurencję, ale działają na rzecz sprzyjającego jej rozpowszechniania technologii i włączenia takiej technologii do aktywów produkcyjnych licencjodawcy. Zastrzeżenie terytorium lub grupy klientów dla licencjodawcy nie wymaga, aby licencjodawca w oparciu o licencjonowaną technologię rzeczywiście produkował na danym terytorium lub dla danej grupy klientów. Dane terytorium lub grupa klientów mogą być również zastrzeżone przez licencjodawcę na potrzeby późniejszego korzystania.
- (112) Wyjątek 3: Zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (ii) wyłączenie grupowe stosuje się wobec ograniczenia, zgodnie z którym licencjodawca zobowiązany jest wytwarzać produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jedynie na swój (własny) użytek. Jeżeli produkt objęty umową stanowi element większej całości licencjodawca może zostać zatem zobowiązany do wykorzystania tego produktu jedynie w celu zastosowania go we własnych produktach i niesprzedawania innym producentom. Licencjodawca musi jednak posiadać możliwość czynnej i biernej sprzedaży produktów jako części zamiennych do swoich własnych produktów, a tym samym dostarczania ich osobom trzecim prowadzącym serwis posprzedażny tych produktów. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek omówiono także poniżej w części IV.2.5.
- (113) Wyjątek 4: Podobnie jak w przypadku porozumień między konkurentami (zob. pkt 104 powyżej) wyłączenie grupowe stosuje się także do porozumień, na podstawie których licencjodawca zobowiązany jest do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta celem zapewnienia mu alternatywnego źródła dostaw, niezależnie od czasu trwania porozumienia licencyjnego (zob. art. 4 ust. 2

lit. b) ppkt (iv)). W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami istnieje niewielkie prawdopodobieństwo, aby ograniczenia takie były objęte art. 101 ust. 1.

- (114) Wyjątek 5: Zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (iv) wyłączeniu grupowemu podlega zobowiązanie licencjodawcy do nieprowadzenia sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych, a zatem prowadzenia jej tylko na rzecz sprzedawców detalicznych. Takie zobowiązanie pozwala licencjodawcy powierzyć licencjodawcy prowadzenie dystrybucji hurtowej i zazwyczaj nie jest objęte art. 101 ust. 1⁵⁷.
- (115) Wyjątek 6: Zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (v) wyłączenie grupowe obejmuje zakaz prowadzenia przez licencjodawcę sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów. Wyjątek ten pozwala licencjodawcy zobowiązać licencjodawców do współtworzenia systemu selektywnej dystrybucji. W takim przypadku licencjodawcy muszą jednak – zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. c) – posiadać zezwolenie na prowadzenie sprzedaży czynnej i biernej na rzecz odbiorców końcowych bez uszczerbku dla możliwości ograniczenia roli licencjodawcy do prowadzenia sprzedaży hurtowej zgodnie z zapisem w art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (iv) (zob. punkt poprzedni). Na terytorium, na którym licencjodawca prowadzi system dystrybucji selektywnej, nie można łączyć tego systemu z wyłącznymi terytoriami lub wyłącznymi grupami klientów, jako że w myśl art. 4 ust. 2 lit. c) prowadziłoby to do najpoważniejszego ograniczenia sprzedaży czynnej lub biernej realizowanej przez licencjodawców, bez uszczerbku dla możliwości zakazania licencjodawcy prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych.
- (116) Ograniczenia sprzedaży biernej realizowanej przez licencjodawców na wyłącznym terytorium przydzielonym innemu licencjodawcy lub na rzecz przydzielonej mu wyłącznej grupy klientów zwykle stanowią wprawdzie najpoważniejsze ograniczenie, mogą jednak przez pewien czas nie wchodzić w zakres art. 101 ust.1, o ile ograniczenia te są chronionemu licencjodawcy obiektywnie niezbędne w celu wejścia na nowy rynek. Takie okoliczności mogą występować, gdy licencjodawca musi dokonać poważnych inwestycji w aktywa produkcyjne i działalność promocyjną, aby móc rozpocząć działalność i rozwinąć nowy rynek. Nowy licencjodawca może zatem ponosić znaczące ryzyko, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że wydatki promocyjne i inwestycje w aktywa wymagane do prowadzenia produkcji w oparciu o daną technologię często przepadają, to znaczy po wycofaniu się przez licencjodawcę z tego konkretnego sektora działalności nie może on wykorzystać takiej inwestycji na potrzeby innej działalności, nie może też jej sprzedać, chyba że ze znaczną stratą. Licencjodawca może być na przykład pierwszym podmiotem wytwarzającym i sprzedającym nowy rodzaj produktu lub pierwszym podmiotem stosującym nową technologię. W takich okolicznościach licencjodawcy nierzadko rezygnują z zawarcia porozumienia licencyjnego, jeżeli nie otrzymają na określony czas ochrony przed sprzedażą (czynną i) bierną realizowaną przez innych licencjodawców na przydzielonym im terytorium lub na rzecz ich grupy klientów. Jeżeli w celu rozpoczęcia działalności i rozwinięcia nowego rynku niezbędne jest podjęcie przez licencjodawcę znaczących inwestycji, ograniczenia sprzedaży biernej realizowanej przez innych licencjodawców na takim terytorium lub na rzecz takiej grupy klientów, które są dla licencjodawcy konieczne dla odzyskania tych inwestycji, zasadniczo nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 przez okres nieprzekraczający dwóch lat od dnia, w którym produkt objęty umową został po raz

⁵⁷ Zob. w tym względzie sprawa 26/76, *Metro (I)*, [1977] Rec. 1875.

pierwszy wprowadzony przez przedmiotowego licencjobiorcę do obrotu na wyłącznym terytorium lub sprzedany na rzecz jego wyłącznej grupy klientów.

- (117) Podobnie narzucenie wszystkim licencjobiorcom zakazu sprzedaży dotyczącego określonej kategorii użytkowników końcowych może nie ograniczać konkurencji, jeżeli jest to obiektywnie konieczne ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych, wynikających z niebezpiecznego charakteru danego produktu.

5. WYKLUCZONE OGRANICZENIA

- (118) W artykule 5 TTBER wymieniono trzy rodzaje ograniczeń niepodlegających wyłączeniu grupowemu, a tym samym wymagających indywidualnej oceny pod względem ich negatywnych i pozytywnych skutków dla konkurencji. Celem art. 5 jest uniknięcie stosowania wyłączenia grupowego do porozumień, które mogą zmniejszyć motywację do prowadzenia działań innowacyjnych. Z przytoczonego artykułu wynika, że wpisanie do porozumienia licencyjnego któregośkolwiek z ograniczeń zawartych w tych przepisach nie stoi w sprzeczności ze stosowaniem wyłączenia grupowego do pozostałej części porozumienia, o ile ta pozostała część może zostać oddzielona od wyłączonego(-ych) ograniczenia(-ń). Wyłączeniu grupowemu nie podlega jedynie omawiane ograniczenie indywidualne, wymagając tym samym indywidualnej oceny.

Wyłączne licencje zwrotne

- (119) Artykuł 5 ust. 1 lit. a) dotyczy wyłącznych licencji zwrotnych lub przeniesienia na licencjodawcę uprawnień licencjonowanej technologii. Zobowiązanie do udzielenia licencjodawcy wyłącznej licencji na usprawnienia licencjonowanej technologii lub przeniesienia takich uprawnień na licencjodawcę powoduje duże prawdopodobieństwo zmniejszenia motywacji licencjobiorcy do prowadzenia prac innowacyjnych z uwagi na fakt, że utrudnia ono licencjobiorcy korzystanie z własnych uprawnień, także w drodze udzielania licencji osobom trzecim. Ma to miejsce zarówno w przypadku, gdy usprawnienia licencjonowanej technologii dotyczą samego stosowania tej technologii, jak i wtedy, gdy licencjobiorca opracowuje jej nowe zastosowania. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) zobowiązania takie nie podlegają wyłączeniu grupowemu.
- (120) Stosowanie art. 5 ust. 1 lit. a) nie zależy od tego, czy licencjodawca płaci wynagrodzenie za otrzymanie usprawnienia lub licencji wyłącznej czy też nie. Kwestia wynagrodzenia i jego wysokości może mieć jednak znaczenie w kontekście oceny indywidualnej na podstawie art. 101. W przypadku wymiany licencji zwrotnej za wynagrodzeniem jest mniej prawdopodobne, aby omawiane zobowiązanie zniechęcało licencjobiorcę do prowadzenia działań innowacyjnych. Przy ocenie wyłącznych licencji zwrotnych poza zakresem stosowania wyłączenia grupowego ważna jest także pozycja rynkowa licencjodawcy na rynku technologicznym. Im jest ona silniejsza, tym bardziej prawdopodobne jest, że zobowiązanie do udzielenia licencji zwrotnej będzie ograniczało konkurencję w zakresie innowacyjności. Im silniejsza natomiast pozycja technologii licencjodawcy, tym ważniejsze, aby licencjobiorca mógł stać się istotnym źródłem innowacyjności i przyszłej konkurencji. Negatywny wpływ zobowiązań do udzielania licencji zwrotnych może także wzrosnąć w przypadku równoległych sieci porozumień licencyjnych zawierających takie zobowiązanie. Jeżeli dostępne technologie są kontrolowane przez ograniczoną liczbę licencjodawców, którzy nakładają na licencjobiorców zobowiązanie do udzielenia licencji zwrotnej, zagrożenie negatywnym wpływem na

konkurencję jest większe niż w przypadku, gdy spośród szeregu technologii jedynie niektóre licencjonowane są na zasadach wyłącznej licencji zwrotnej.

- (121) Zagrożenie negatywnym wpływem na innowacyjność jest większe w przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, w którym to zobowiązanie do udzielenia licencji zwrotnej nałożone na obie strony jest połączone z obustronnym zobowiązaniem do dzielenia się z drugą stroną usprawnieniami własnej technologii. Dzielenie się przez konkurentów wszystkimi usprawnieniami może uniemożliwić każdemu z nich zdobycie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi konkurentami (zob. również pkt 225 poniżej). Uniemożliwienie stronom zdobycia przewagi konkurencyjnej nad sobą nawzajem jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli celem licencji jest pozwolenie im na opracowanie odpowiednich własnych technologii i jeżeli licencja nie powoduje korzystania z tej samej bazy technologicznej podczas projektowania produktów. Ma to miejsce w przypadku, gdy celem licencji jest raczej zapewnienie swobody projektowania niż usprawnienie bazy technologicznej licencjobiorcy.
- (122) Zobowiązania do udzielenia niewyłącznej licencji zwrotnej wchodzą w zakres obszaru „bezpiecznej przystani” TTBER Dotyczy to nawet przypadków, w których zobowiązania te nie mają charakteru wzajemnego, czyli są nałożone tylko na licencjobiorcę, i w których licencjodawca na mocy porozumienia jest uprawniony do przekazywania usprawnień innym licencjobiorcom. Zobowiązanie do udzielenia licencji zwrotnej niemające charakteru wzajemnego może promować rozpowszechnianie nowych technologii, ponieważ pozwala licencjodawcy swobodnie decydować, czy i w jakim zakresie ma on przekazywać własne usprawnienia licencjobiorcom. Klauzula przekazywania (ang. *feed-on clause*) może także sprzyjać rozpowszechnianiu technologii, ponieważ w chwili zawierania porozumienia wszyscy licencjobiorcy mają świadomość działania na jednakowych warunkach pod względem technologii, w oparciu o którą odbywa się produkcja.

Klauzula o niekwestionowaniu ważności praw i klauzula dotycząca rozwiązania porozumienia

- (123) Wykluczone ograniczenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. b), dotyczy klauzul o niekwestionowaniu ważności praw, czyli bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej licencjodawcy. Przyczyną wykluczenia klauzul o niekwestionowaniu ważności praw z zakresu wyłączenia grupowego jest fakt, że zwykle licencjobiorcy mogą najlepiej określić, czy prawo własności intelektualnej jest ważne czy też nie. W interesie niezakłóconej konkurencji oraz w zgodzie z podstawowymi zasadami dotyczącymi ochrony własności intelektualnej eliminować należy nieważne prawa własności intelektualnej. Prawa takie raczej blokują niż promują innowacyjność. Artykuł 101 ust. 1 może mieć zastosowanie do klauzul o niekwestionowaniu ważności praw, jeżeli licencjonowana technologia jest wartościowa, a zatem stawia przedsiębiorstwa, które nie mogą z niej korzystać lub mogą to zrobić jedynie w zamian za opłaty licencyjne, w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej⁵⁸. W takich przypadkach istnieje niewielkie prawdopodobieństwo spełnienia warunków określonych w art. 101 ust. 3⁵⁹.

⁵⁸ Jeżeli licencjonowana technologia jest przestarzała, ograniczenie konkurencji nie występuje, zob. w tym względzie sprawa 65/86, *Bayer przeciwko Süllhofer*, [1988] Rec. 5249.

⁵⁹ W sprawie klauzul o niekwestionowaniu ważności praw w kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów zob. pkt 226-227 poniżej.

- (124) Klauzula zobowiązująca licencjobiorcę do niekwestionowania własności technologii nie stanowi, ogólnie rzecz biorąc, ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Niezależnie od tego, czy licencjodawca jest właścicielem technologii czy też nie, wykorzystanie jej przez licencjobiorcę i wszelkie inne osoby jest każdorazowo uzależnione od uzyskania licencji, a tym samym zasadniczo nie wpływa w sposób negatywny na konkurencję⁶⁰.
- (125) Na podstawie art. 5 ust. 1 lit. b) z obszaru „bezpiecznej przystani” TTBER również wyłączone zostaje prawo licencjodawcy do rozwiązania porozumienia w przypadku, w którym licencjobiorca kwestionuje ważność jakiegokolwiek prawa własności intelektualnej, jakie licencjodawca posiada w Unii. Takie prawo do rozwiązania porozumienia może mieć taki sam skutek jak klauzula o niekwestionowaniu ważności praw, zwłaszcza gdy licencjobiorca poniósł już znaczące koszty utopione w związku z wytwarzaniem produktów objętych umową lub już wytwarza produkty objęte umową. W takich przypadkach licencjobiorca może nie być skłonny do zakwestionowania ważności prawa własności intelektualnej, jako że mógłby ryzykować rozwiązaniem porozumienia licencyjnego; tym samym narazić się na istotne ryzyko, które zdecydowanie wykracza poza zobowiązanie do uiszczania opłat licencyjnych. Należy wyważyć interes licencjodawcy, polegający na tym, by nie być zmuszonym do dalszej współpracy z licencjobiorcą kwestionującym zasadniczy przedmiot porozumienia licencyjnego, porównując go z interesem publicznym, polegającym na eliminowaniu wszelkich utrudnień działalności gospodarczej, które mogą powstawać w związku z błędnym przyznaniem prawa własności intelektualnej⁶¹. Dokonując wyważenia wspomnianych interesów, należy uwzględnić fakt, czy licencjobiorca w momencie zakwestionowania spełniał wszystkie zobowiązania płynące z porozumienia, zwłaszcza zobowiązanie do uiszczenia uzgodnionych opłat licencyjnych.
- (126) Komisja może jednak bardziej pozytywnie ocenić klauzule o niekwestionowaniu ważności praw oraz o rozwiązaniu porozumienia w odniesieniu do *know-how*, ponieważ z chwilą ujawnienia licencjonowanego *know-how* jego odzyskanie jest prawdopodobnie niemal niemożliwe lub bardzo trudne. W takich przypadkach nałożony na licencjobiorcę zakaz kwestionowania licencjonowanego *know-how* sprzyja rozpowszechnianiu nowej technologii, zwłaszcza pozwalając słabszym licencjodawcom udzielać licencji silniejszym licencjobiorcom bez obawy o kwestionowanie *know-how* z chwilą jego wchłonięcia przez licencjobiorcę. Klauzule o niekwestionowaniu ważności praw oraz o rozwiązaniu porozumienia dotyczące wyłącznie *know-how* nie są zatem wyłączone z zakresu obowiązywania TTBER.

Ograniczenie wykorzystania przez licencjobiorcę swojej własnej technologii lub jej rozwijania nakładane w stosunkach między podmiotami niebędącymi konkurentami

- (127) Artykuł 5 ust. 2 wyklucza z zakresu wyłączenia grupowego, w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami, wszelkie bezpośrednie lub pośrednie zobowiązania ograniczające zdolność licencjobiorcy do korzystania z własnej technologii lub ograniczające zdolność stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, chyba że to ostatnie ograniczenie jest konieczne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego *know-how* osobom trzecim. Z

⁶⁰ W kontekście kwestionowania własności znaku towarowego zob. decyzja Komisji w sprawie *Moosehead/Whitbread* (Dz.U. L 100 z 20.4.1990, s. 32).

⁶¹ Sprawa 193/83 *Windsurfing International* [1986] Rec. 611, pkt 92.

merytorycznego punktu widzenia jest to takie samo ograniczenie, jak ograniczenie dotyczące porozumień między konkurentami, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. d), zaliczane do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, a opisane wyżej w pkt 105 i pkt 106. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami nie można jednak uznać, że ograniczenia takie mają zasadniczo negatywny wpływ na konkurencję lub że warunki określone w art. 101 ust. 3 zasadniczo nie są spełnione⁶². Wymagana jest wtedy ocena indywidualna.

- (128) W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami licencjobiorca zwykle nie dysponuje konkurencyjną technologią. Może się jednak zdarzyć, że do celów wyłączenia grupowego strony zostaną uznane za podmioty niebędące konkurentami, mimo że licencjobiorca dysponuje konkurencyjną technologią. Ma to miejsce w przypadku, gdy licencjobiorca jest właścicielem technologii, ale nie udziela na nią licencji, a licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na rynku produktowym. Wówczas do celów wyłączenia grupowego strony nie są uznawane za konkurentów ani na rynku technologicznym, ani na rynku produktowym niższego szczebla⁶³. W takich przypadkach należy zapewnić, aby licencjobiorca nie był ograniczony w swojej zdolności do korzystania z własnej technologii i jej dalszego rozwijania. Technologia ta stanowi konkurencyjne ograniczenie na rynku, które powinno zostać zachowane. W opisanej sytuacji zwykle uważa się, że ograniczenia dotyczące korzystania przez licencjobiorcę z własnej technologii lub prowadzenia prac badawczo-rozwojowych ograniczają konkurencję i nie spełniają warunków art. 101 ust. 3. Przykładowo, obliczanie opłat licencyjnych, do odprowadzania których zobowiązany jest licencjobiorca, nie tylko na podstawie produktów, które wytwarza w oparciu o licencjonowaną technologię, ale także produktów, które wytwarza jedynie w oparciu o własną technologię, ogranicza, ogólnie rzecz biorąc, jego zdolność do korzystania z własnej technologii. Zatem klauzule tego rodzaju nie są objęte wyłączeniem grupowym.
- (129) W przypadkach, w których licencjobiorca nie jest właścicielem konkurencyjnej technologii lub jej nie opracowuje, ograniczenie zdolności stron do prowadzenia niezależnych prac badawczo-rozwojowych może ograniczać konkurencję, jeżeli na rynku dostępnych jest jedynie kilka technologii. Wówczas strony mogą stanowić na rynku ważne (potencjalne) źródło innowacyjności. Ma to zwłaszcza miejsce, jeżeli dysponują one niezbędnymi aktywami i umiejętnościami do prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych. W takim przypadku prawdopodobieństwo spełnienia warunków określonych w art. 101 ust. 3 jest niewielkie. W innych przypadkach, w których dostępnych jest wiele technologii, a strony nie dysponują szczególnymi aktywami lub umiejętnościami, prawdopodobne jest, że ograniczenie dotyczące prowadzenia prac badawczo-rozwojowych nie wejdzie w zakres art. 101 ust. 1 z uwagi na brak odczuwalnych skutków ograniczających lub spełni warunki określone w art. 101 ust. 3. Ograniczenie może sprzyjać rozpowszechnianiu nowej technologii, ponieważ z jednej strony gwarantuje licencjodawcy, że licencja nie spowoduje pojawienia się nowego konkurenta, a z drugiej – nakłania licencjobiorcę do skupienia się na korzystaniu z licencjonowanej technologii i jej rozwijaniu. Artykuł 101 ust. 1 stosuje się ponadto tylko wtedy, gdy porozumienie zmniejsza motywację licencjobiorcy do usprawniania własnej technologii i korzystania z niej. Nie ma to raczej miejsca, gdy licencjodawca ma prawo rozwiązać porozumienie

⁶² Zob. pkt 14 powyżej.

⁶³ Zob. pkt 31 powyżej.

licencyjne z chwilą, gdy licencjobiorca podejmie produkcję w oparciu o własną konkurencyjną technologię. Prawo takie nie zmniejsza motywacji licencjobiorcy do prowadzenia prac innowacyjnych, ponieważ porozumienie można rozwiązać jedynie wtedy, gdy opracowana zostanie ekonomicznie opłacalna technologia, a wytwarzane w oparciu o nią produkty będą gotowe do wprowadzenia na rynek.

6. COFNIĘCIE PRZYWILEJU WYŁĄCZENIA GRUPOWEGO I NIESTOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIU GRUPOWYM

6.1. Procedura cofnięcia

- (130) Zgodnie z art. 6 TTBER Komisja i organy ds. konkurencji państw członkowskich mogą cofnąć przywilej wyłączenia grupowego w przypadku indywidualnych porozumień, które nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3. Uprawnienia organów ds. konkurencji państw członkowskich w zakresie cofnięcia przywileju polegającego na wyłączeniu grupowym ograniczają się do przypadków, w których właściwy rynek geograficzny nie jest większy niż terytorium danego państwa członkowskiego.
- (131) Cztery warunki określone w art. 101 ust. 3 stosuje się łącznie i wszystkie one muszą być spełnione, aby wyjątek miał zastosowanie⁶⁴. Wyłączenie grupowe może zatem zostać cofnięte, gdy konkretne porozumienie nie spełnia jednego ze wspomnianych czterech warunków lub większej ich liczby.
- (132) W przypadku zastosowania procedury cofnięcia ciężar dowiedzenia, że porozumienie objęte jest zakresem art. 101 ust. 1 oraz nie spełnia wszystkich czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3, spoczywa na organie dokonującym cofnięcia przywileju. Zważywszy, że cofnięcie oznacza, że dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 i nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3, musi mu towarzyszyć negatywna decyzja oparta na art. 5, 7 lub 9 rozporządzenia (WE) nr 1/2003.
- (133) Zgodnie z art. 6 TTBER cofnięcie przywileju może być uzasadnione w szczególności w przypadku, gdy:
- dostęp technologii osób trzecich do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na efekt kumulacji równoległych sieci podobnych ograniczających konkurencję porozumień zakazujących licencjobiorcom stosowania technologii osób trzecich;
 - dostęp potencjalnych licencjobiorców do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na efekt kumulacji równoległych sieci podobnych ograniczających konkurencję porozumień zakazujących licencjodawcom udzielania licencji innym licencjobiorcom;
 - strony nie wykorzystują licencjonowanej technologii, bez żadnego obiektywnie uzasadnionego powodu.
- (134) Celem art. 4 i 5 TTBER zawierających wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji i ograniczeń wykluczonych jest zagwarantowanie, aby porozumienia podlegające wyłączeniu grupowemu nie zmniejszały motywacji do prowadzenia działalności innowacyjnej, nie opóźniały rozpowszechniania technologii i nadmiernie nie ograniczały konkurencji między licencjodawcą a licencjobiorcą lub

⁶⁴ Zob. w tym względzie pkt 42 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

między licencjobiorcami. Wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, jak i ograniczeń wykluczonych nie uwzględnia jednak wszelkiego potencjalnego wpływu porozumień licencyjnych. Przy wyłączeniu grupowym nie bierze się w szczególności pod uwagę efektu kumulacji podobnych ograniczeń zawartych w sieciach porozumień licencyjnych. Porozumienia licencyjne mogą prowadzić do utrudnienia dostępu do rynku osobom trzecim, zarówno na poziomie licencjodawcy, jak i licencjobiorcy. Utrudnienie innym licencjodawcom dostępu do rynku może wynikać z efektu kumulacji sieci porozumień licencyjnych, które zakazują licencjobiorcom korzystania z konkurencyjnych technologii, prowadząc do utrudnienia dostępu do rynku innym (potencjalnym) licencjodawcom. Utrudnienie dostępu do rynku licencjodawcom może pojawić się w przypadkach, w których większość przedsiębiorstw na rynku, które mogłyby (efektywnie) nabyć konkurencyjną licencję, nie może tego uczynić wskutek porozumień ograniczających konkurencję i w których potencjalni licencjobiorcy napotykają stosunkowo duże bariery wejścia na rynek. Utrudnienie dostępu do rynku innym licencjodawcom może wynikać z efektu kumulacji porozumień licencyjnych zakazujących licencjodawcom udzielania licencji innym licencjobiorcom, a tym samym uniemożliwiających potencjalnym licencjobiorcom uzyskanie dostępu do niezbędnych technologii. Zagadnienie utrudnienia dostępu do rynku omówiono szerzej w części IV.2.7 poniżej. Ponadto Komisja może wycofać przywilej polegający na wyłączeniu grupowym, gdy znaczna liczba licencjodawców konkurencyjnych technologii w indywidualnych porozumieniach zobowiąże licencjobiorców do zapewnienia im korzystniejszych warunków uzgodnionych z innymi licencjodawcami.

- (135) Komisja może także cofnąć przywilej polegający na wyłączeniu grupowym, gdy strony powstrzymują się od korzystania z licencjonowanej technologii, chyba że mogą takie postępowanie obiektywnie uzasadnić. Jeżeli strony nie korzystają z licencjonowanej technologii, nie ma miejsca działalność poprawiająca efektywność, wobec czego znika argument przemawiający za wyłączeniem grupowym. Korzystanie, o którym mowa, nie musi mieć jednak postaci połączenia aktywów. Ma ono miejsce również wtedy, gdy licencja zapewnia licencjobiorcy swobodę projektowania, pozwalając mu na korzystanie z własnej technologii bez ryzyka narażenia się na skargi o naruszenie praw ze strony licencjodawcy. W przypadku udzielania licencji między konkurentami fakt niekorzystania przez strony z licencjonowanej technologii może wskazywać na to, że porozumienie jest ukrytym porozumieniem kartelowym. Z tego powodu Komisja będzie bardzo dokładnie sprawdzać przypadki niekorzystania z licencjonowanej technologii.

6.2. Niestosowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

- (136) Artykuł 7 TTBER upoważnia Komisję do wyłączenia z zakresu przytoczonego rozporządzenia, w drodze rozporządzenia, równoległych sieci podobnych porozumień, jeżeli obejmują one więcej niż 50 % rynku właściwego. Środek ten nie jest skierowany do przedsiębiorstw indywidualnych, lecz dotyczy wszystkich przedsiębiorstw, których porozumienia zdefiniowano w rozporządzeniu o niestosowaniu TTBER.
- (137) Cofnięcie przez Komisję na podstawie art. 6 przywileju wynikającego z TTBER oznacza przyjęcie decyzji na podstawie art. 7 lub 9 rozporządzenia nr 1/2003, natomiast rozporządzenie Komisji o niestosowaniu rozporządzenia na podstawie art. 7 TTBER powoduje jedynie usunięcie, w odniesieniu do odpowiednich ograniczeń i rynków, przywileju wynikającego z TTBER oraz przywrócenie pełnego stosowania

art. 101 ust. 1 i ust. 3. W następstwie przyjęcia rozporządzenia stanowiącego o niestosowaniu TTBER dla konkretnego rynku w odniesieniu do porozumień zawierających określone ograniczenia, stosowanie art. 101 do indywidualnych porozumień odbywa się według kryteriów opracowanych w stosownym orzecznictwie sądów unijnych oraz w zawiadomieniach i wcześniejszych decyzjach przyjętych przez Komisję. W stosownym przypadku Komisja podejmie decyzję w indywidualnej sprawie, która może stanowić wskazówkę dla wszystkich przedsiębiorstw działających na danym rynku.

- (138) Do celów obliczenia wskaźnika pokrycia rynku wynoszącego 50 % należy uwzględnić każdą indywidualną sieć porozumień licencyjnych zawierających ograniczenia lub grupę różnych ograniczeń o podobnym wpływie na rynek.
- (139) Artykuł 7 nie pociąga za sobą obowiązku Komisji do działania, jeżeli zostanie przekroczony 50 % wskaźnik pokrycia rynku. Generalnie zaprzestanie stosowania jest właściwe wówczas, gdy jest prawdopodobne, że dostęp do rynku właściwego lub konkurencja na tym rynku są znacznie ograniczone. Oceniając potrzebę zastosowania art. 7, Komisja rozważy, czy indywidualne cofnięcie byłoby właściwszym środkiem prawnym. Może to zależeć w szczególności od liczby konkurencyjnych przedsiębiorstw przyczyniających się do efektu kumulacji dla rynku lub liczby dotkniętych nim rynków geograficznych na obszarze Unii.
- (140) Każde rozporządzenie przyjęte na mocy art. 7 musi mieć wyraźnie określony zakres. Oznacza to po pierwsze, że Komisja musi zdefiniować właściwy(-e) rynek(-ki) produktowy(-e) i geograficzny(-e) oraz, po drugie, określić rodzaj ograniczeń licencyjnych, do których TTBER nie będzie już miało zastosowania. Jeżeli chodzi o ten ostatni aspekt, Komisja może zmodyfikować zakres rozporządzenia stosowanie do problemu w zakresie konkurencji, do którego zamierza się odnieść. Przykładowo, pomimo że przy ustalaniu wskaźnika pokrycia rynku wynoszącego 50 % uwzględnione zostaną wszystkie równoległe sieci porozumień zakazujących konkurencji, Komisja może ograniczyć zakres rozporządzenia o niestosowaniu rozporządzenia jedynie do zakazu konkurowania przekraczającego określony czas. Zatem porozumienia o krótszym okresie obowiązywania lub mniej ograniczającym charakterze mogą pozostać nienaruszone z uwagi na mniejszy stopień utrudnienia dostępu do rynku związany z takimi ograniczeniami. W stosownych okolicznościach Komisja może również sformułować wskazówki poprzez określenie poziomu udziału rynkowego, który w kontekście konkretnego rynku może być postrzegany jako niedostateczny do tego, aby pojedyncze przedsiębiorstwo miało znaczący udział w efekcie kumulacji. Zasadniczo, gdy udział w rynku produktów, w których wykorzystana jest technologia indywidualnego licencjodawcy, nie przekracza 5 %, nie uznaje się, że porozumienie lub sieć porozumień obejmujących tę technologię przyczyniają się w istotny sposób do osiągnięcia łącznego efektu zamknięcia⁶⁵.
- (141) Okres przejściowy nie krótszy niż sześć miesięcy, który Komisja musi określić na podstawie art. 7 ust. 2, powinien pozwolić danym przedsiębiorstwom dostosować porozumienia tak, aby uwzględniały rozporządzenie o niestosowaniu TTBER.
- (142) Rozporządzenie o niestosowaniu TTBER nie ma wpływu na wyłączenie grupowe danych porozumień w okresie poprzedzającym jego wejście w życie.

⁶⁵ Zob. w tym względzie pkt 8 obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, przytoczonego w przypisie 19.

IV. STOSOWANIE ART. 101 UST. 1 I ART. 101 UST. 3 POZA ZAKRESEM STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA O WYŁĄCZENIACH GRUPOWYCH

1. OGÓLNE RAMY ANALIZY

(143) Porozumienia nieobjęte wyłączeniem grupowym, przykładowo z powodu przekroczenia progów udziału w rynku lub faktu, że porozumienie dotyczy więcej niż dwóch stron, podlegają ocenie indywidualnej. Porozumienia, które albo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 albo spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3 są ważne i podlegają wykonaniu. Przypomina się, że w przypadku porozumień nieobjętych wyłączeniem grupowym nie istnieje domniemanie bezprawności, pod warunkiem że nie zawierają one najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. W szczególności nie istnieje domniemanie, że art. 101 ust. 1 stosuje się jedynie z uwagi na fakt przekroczenia progów udziału w rynku. Konieczna jest indywidualna ocena opierająca się na zasadach określonych w niniejszych wytycznych.

„Bezpieczna przystań” w przypadku istnienia dostatecznych technologii kontrolowanych niezależnie

(144) W celu promowania większej przewidywalności poza zakresem stosowania TTBER oraz ograniczenia szczegółowej analizy do przypadków, które mogą powodować rzeczywiste problemy w zakresie konkurencji, Komisja uważa, że naruszenie art. 101 jest mało prawdopodobne poza obszarem najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, jeżeli poza technologiami kontrolowanymi przez strony porozumienia istnieją co najmniej cztery niezależnie kontrolowane technologie, które mogą zastąpić licencjonowaną technologię przy porównywalnych kosztach po stronie użytkownika. Dokonując oceny, czy stopień zastępowalności technologii jest wystarczający, należy wziąć pod uwagę względną siłę rynkową danych technologii. Presja konkurencyjna wywierana przez technologię jest ograniczona, jeżeli nie jest ona ekonomicznie opłacalnym substytutem dla licencjonowanej technologii. Przykładowo, jeżeli wskutek efektów sieciowych na rynku konsumenci wykazują silne preferencje dla produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, inne technologie znajdujące się już na rynku lub technologie, których pojawienia na rynku można spodziewać się w stosownym czasie, mogą nie być rzeczywistym rozwiązaniem alternatywnym, a zatem wywierać jedynie ograniczoną presję konkurencyjną.

(145) Fakt, że porozumienie nie jest objęte obszarem „bezpiecznej przystani”, o którym mowa w poprzednim punkcie, nie oznacza, że jest ono objęte art. 101 ust. 1, a, jeżeli tak, że nie są spełnione warunki określone w art. 101 ust. 3. W odniesieniu do obszaru „bezpiecznej przystani” według progów udziału w rynku, o którym mowa w TTBER, ten dodatkowy obszar stwarza jedynie założenie, że porozumienie nie jest zakazane na mocy art. 101. Poza obszarem „bezpiecznej przystani” wymagana jest indywidualna ocena porozumienia oparta na zasadach określonych w niniejszych wytycznych.

1.1. Istotne czynniki

(146) Przy stosowaniu art. 101 do indywidualnych spraw konieczne jest należyte uwzględnienie sposobu funkcjonowania konkurencji na danym rynku. W tym kontekście szczególnie istotne są następujące czynniki:

a) charakter porozumienia;

- b) pozycja rynkowa stron;
- c) pozycja rynkowa konkurentów;
- d) pozycja rynkowa nabywców na rynkach właściwych;
- e) bariery wejścia;
- f) dojrzałość rynku; oraz
- g) inne czynniki.

Znaczenie poszczególnych czynników może się zmieniać w zależności od przypadku i zależeć od wszystkich innych czynników. Na przykład wysoki udział stron w rynku jest zwykle dobrym wskaźnikiem władzy rynkowej, ale w przypadku niskich barier wejścia może nie być wskaźnikiem władzy rynkowej. Dlatego też nie jest możliwe przedstawienie wiążących zasad co do znaczenia poszczególnych czynników.

- (147) Porozumienia o transferze technologii mogą przyjąć wiele postaci. Ważne jest zatem przeanalizowanie charakteru porozumienia z punktu widzenia relacji konkurencyjnych między stronami oraz zawartych w nim ograniczeń. W przypadku tych ostatnich niezbędne jest oderwanie się od treści porozumienia. Istnienie ukrytych ograniczeń można wywieść ze sposobu realizacji porozumienia przez strony oraz napotykanym przez nie zachętem.
- (148) Pozycja rynkowa stron wskazuje na stopień władzy rynkowej, jeżeli taka władza licencjodawcy, licencjobiorcy lub obydwu z nich, istnieje. Im wyższy jest ich udział w rynku, tym większa jest prawdopodobnie ich władza rynkowa. Ma to szczególnie miejsce w przypadkach, w których udział w rynku odzwierciedla przewagę pod względem kosztów lub inne rodzaje przewagi konkurencyjnej wobec konkurentów. Przewaga pozwalająca na skuteczne konkurowanie może przykładowo wynikać z faktu bycia pierwszym oferentem na rynku, posiadania podstawowych patentów lub lepszej technologii. Jednak udziały w rynku są zawsze tylko jednym czynnikiem służącym ocenie pozycji rynkowej. Konieczne jest uwzględnienie faktu, że – zwłaszcza w przypadku rynków technologicznych – udziały w rynku mogą nie zawsze być dobrym wskaźnikiem względnej siły danej technologii, oraz że dane liczbowe dotyczące udziału w rynku mogą się znacząco różnić, w zależności od stosowanej metody obliczenia.
- (149) Jak określono w art. 3 ust. 2 TTBER, nawet jeżeli licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na rynku produktowym, a licencjobiorca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym konkurentem na rynku technologicznym, dla analizy znaczenie ma fakt, czy licencjobiorca jest w posiadaniu konkurencyjnej technologii, na którą nie udziela licencji. Jeżeli taki licencjobiorca posiada silną pozycję na rynku produktowym, porozumienie, w którym udziela mu się licencji wyłącznej na konkurencyjną technologię może w istotny sposób ograniczyć konkurencję w porównaniu z sytuacją, w której licencjodawca nie udziela licencji wyłącznej lub udziela licencji innym przedsiębiorstwom.
- (150) W ramach oceny pozycji rynkowej konkurentów uwzględnia się także udziały w rynku oraz potencjalne słabe i mocne strony z punktu widzenia konkurencji. Im silniejsi i liczniejsi rzeczywisci konkurenci, tym mniejsze ryzyko, że strony będą w stanie indywidualnie korzystać z władzy rynkowej. Większe zagrożenie znową może jednak powodować taka struktura rynku, w której konkurentów jest raczej niewielu, a ich pozycja rynkowa (wielkość, koszty, potencjał badawczo-rozwojowy itd.) jest podobnie słaba.

- (151) Pozycja rynkowa nabywców dostarcza informacji, czy dużą siłą nabywczą posiada jeden czy kilku nabywców. Głównym wskaźnikiem siły nabywczej jest udział nabywcy w rynku zakupów. Ten udział odzwierciedla znaczenie jego popytu dla ewentualnych dostawców. Inne wskaźniki koncentrują się na pozycji nabywcy na rynku odsprzedaży, w tym także na zasięgu geograficznym jego punktów sprzedaży i wizerunku jego marki wśród konsumentów końcowych. W niektórych sytuacjach siła nabywca może powstrzymać licencjodawcę lub licencjobiorcę przed wykorzystaniem władzy rynkowej, a tym samym rozwiązać problem związany z konkurencją, który by się w przeciwnym razie pojawił. Ma to zwłaszcza miejsce w przypadku, gdy silni nabywcy dysponują zdolnościami i zachętami do wprowadzenia na rynek nowych źródeł dostaw w razie niewielkiego lecz stałego wzrostu cen względnych. Jeżeli nabywcy dysponujący silną pozycją jedynie negocjują korzystne warunki z dostawcami lub przenoszą wszelkie podwyżki cen na klientów, ich pozycja nie powstrzymuje licencjobiorcy od korzystania ze swojej władzy rynkowej na rynku produktowym, a zatem nie rozwiązuje problemu związanego z konkurencją na tym rynku⁶⁶.
- (152) Bariery wejścia są mierzone według zakresu, w jakim przedsiębiorstwa obecne na rynku mogą podnieść ceny powyżej poziomu konkurencyjnego bez przyciągania nowych wejść na rynek. Przy braku barier wejścia, łatwe i szybkie wejście na rynek sprawiłoby, że zwiększenie cen stałoby się nieopłacalne. Jeżeli skuteczne wejście na rynek, które uniemożliwia lub narusza stosowanie siły rynkowej, może nastąpić w ciągu roku lub dwóch, bariery wejścia można zasadniczo uznać za niskie. Bariery wejścia mogą wynikać z wielu czynników, takich jak korzyści skali i zakresu, regulacje rządowe, zwłaszcza gdy dotyczą one wyłączności praw, pomoc państwa, taryfy przywozowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, w przypadku których dostawa jest ograniczona przykładowo z uwagi na ograniczenia naturalne, posiadanie kluczowych urządzeń, przewaga związana z faktem bycia pierwszym oferentem na rynku lub lojalność klientów wobec marki dzięki silnej reklamie przez określony czas. Funkcję bariery wejścia na rynek pełnić mogą także porozumienia ograniczające zawarte przez przedsiębiorstwa, zamykając dostęp do rynku i wykluczając (potencjalnych) konkurentów. Bariery te mogą występować na każdym etapie prac badawczo-rozwojowych, produkcji i dystrybucji. Kwestia, czy niektóre z tych czynników powinny być opisane jako bariery wejścia, zależy w szczególności od tego, czy pociągają one za sobą koszty utopione. Koszty utopione to koszty, które trzeba ponieść, wchodząc na rynek lub działając na nim i które uległyby utracie przy jego opuszczeniu. Im więcej kosztów utopionych, tym bardziej potencjalni kandydaci do wejścia na rynek muszą zważyć związane z tym ryzyko i tym bardziej wiarygodne mogą być groźby przedsiębiorstw już istniejących na rynku, że sprostają one nowej konkurencji, ponieważ koszty utopione powodują, iż opuszczenie rynku jest dla nich kosztowne. Ogólnie rzecz biorąc wejście na rynek wymaga poniesienia kosztów utopionych, czasem mniejszych, a czasem większych. Dlatego też faktyczna konkurencja jest zazwyczaj bardziej efektywna i będzie mieć większą wagę podczas oceniania danego przypadku niż konkurencja potencjalna.
- (153) Dojrzały rynek to rynek, który istnieje przez określony czas, na którym stosowana technologia jest dobrze znana i szeroko rozpowszechniona oraz zbytnio się nie zmienia, i na którym popyt jest stosunkowo stabilny lub malejący. Na takim rynku prawdopodobieństwo, że ograniczenia konkurencji przyniosą negatywne skutki, jest większa niż na bardziej dynamicznym rynku.

⁶⁶ Zob. w tym względzie sprawa T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] Rec. II-2969, pkt 101.

- (154) Podczas oceny konkretnych ograniczeń mogą być brane pod uwagę inne czynniki. Obejmują one efekt kumulacji, czyli zasięg rynkowy podobnych porozumień, czas trwania porozumień, otoczenie prawne i zachowania mogące wskazywać na zmywy lub je ułatwiać, jak np. pozycja dominująca w zakresie cen, wcześniej ogłoszone zmiany cen i dyskusje o właściwej cenie, sztywność cen w odpowiedzi na nadwyżki mocy produkcyjnych, dyskryminacja cenowa oraz wcześniejsze zmywy.

1.2. Negatywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję

- (155) Porozumienia o transferze technologii ograniczające konkurencję mogą mieć następujące negatywne skutki dla konkurencji na rynku:
- a) ograniczenie konkurencji „międzytechnologicznej” między przedsiębiorstwami działającymi na rynku technologicznym lub na rynku produktów, w których wykorzystana jest dana licencjonowana technologia, w tym ułatwienie zmywy zarówno jawnej, jak i milczącej;
 - b) wykluczenie konkurentów poprzez podniesienie kosztów, ograniczenie dostępu do kluczowych czynników produkcji lub ustanowienie innego rodzaju barier wejścia na rynek oraz
 - c) ograniczenie konkurencji „wewnątrztechnologicznej” między przedsiębiorstwami wytwarzającymi produkty w oparciu o tę samą technologię.
- (156) Porozumienia o transferze technologii mogą ograniczać konkurencję „międzytechnologiczną”, czyli konkurencję między przedsiębiorstwami, które udzielają licencji na technologie możliwe do zastąpienia lub wytwarzają produkty w oparciu o takie technologie. Dotyczy to przede wszystkim zobowiązań wzajemnych. Jeżeli konkurenci przykładowo przekazują sobie nawzajem konkurencyjne technologie i zobowiązują się do wymiany przyszłych usprawnień każdej z technologii oraz jeżeli porozumienie uniemożliwia każdemu z nich uzyskanie nad drugim przewagi technologicznej, ograniczona jest konkurencja w zakresie działalności innowacyjnej między stronami (zob. również pkt 225 poniżej).
- (157) Udzielanie licencji między konkurentami może także ułatwiać zmywę. Groźba zmywy jest szczególnie duża na skoncentrowanych rynkach. Zmowa wymaga, aby określone przedsiębiorstwa miały podobne poglądy na to, co leży w ich wspólnym interesie i jak ma działać mechanizm koordynacji. Aby zmywy funkcjonowały, przedsiębiorstwa muszą być w stanie wzajemnie monitorować swoje zachowania rynkowe, muszą także istnieć środki odstraszające, które odpowiednio zniechęcałyby do odchodzenia od wspólnej polityki rynkowej. Bariery wejścia muszą być natomiast odpowiednio wysokie, aby ograniczyć pojawianie się na rynku innych podmiotów lub ich ekspansję. Porozumienia mogą ułatwiać zmywę poprzez zwiększanie przejrzystości na rynku, kontrolowanie określonych zachowań i podwyższanie barier wejścia na rynek. W wyjątkowych przypadkach zmywę mogą ułatwiać także porozumienia licencyjne, które w dużym stopniu prowadzą do ujednoczenia kosztów, ponieważ jest bardziej prawdopodobne, że przedsiębiorstwa mające podobne koszty będą miały podobne spojrzenie na koordynację działań⁶⁷.

⁶⁷ Zob. w tym względzie pkt 36 wytycznych w sprawie porozumień o współpracy horyzontalnej, przytoczonych w przypisie 26.

- (158) Porozumienia licencyjne mogą oddziaływać na konkurencję „międzytechnologiczną” także poprzez ustanowienie wobec konkurentów barier wejścia na rynek i ich ekspansji. Efekt zamknięcia tego rodzaju może wynikać z ograniczeń niepozwalających licencjobiorcom na pozyskiwanie licencji od osób trzecich lub zniechęcających ich do takiego działania. Osoby trzecie mogą przykładowo zostać wykluczone, gdy licencjodawcy obecni na rynku nałożą na licencjobiorców zakaz konkutowania w stopniu powodującym, że liczba licencjobiorców dostępna dla osób trzecich będzie niewystarczająca, i gdy wejście nowych licencjobiorców na rynek jest utrudnione. Dostawcy technologii możliwych do zastąpienia mogą zostać wykluczeni również, gdy licencjodawca dysponujący wystarczającą władzą rynkową połączy ze sobą różne elementy technologii i będzie udzielał na nie wyłącznie licencji pakietowej, mimo że tylko część pakietu jest niezbędna do wytwarzania określonego produktu.
- (159) Porozumienia licencyjne mogą także ograniczyć konkurencję „wewnątrztechnologiczną”, czyli konkurencję między przedsiębiorstwami wytwarzającymi produkty w oparciu o tę samą technologię. Porozumienia nakładające na licencjobiorców ograniczenia terytorialne, uniemożliwiające im sprzedaż poza własnym terytorium, ograniczają konkurencję między nimi. Porozumienia licencyjne mogą ograniczać konkurencję „wewnątrztechnologiczną” również poprzez ułatwianie zмовы między licencjobiorcami. Ponadto porozumienia licencyjne, które ograniczają konkurencję „wewnątrztechnologiczną”, mogą ułatwiać zмовę między właścicielami konkurencyjnych technologii lub ograniczać konkurencję „międzytechnologiczną”, zwiększając bariery wejścia na rynek.
- 1.3. *Pozytywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję i ramy analizy ich oddziaływania*
- (160) Nawet porozumienia licencyjne ograniczające konkurencję mają przeważnie także pozytywny wpływ na konkurencję w postaci korzyści ekonomicznych, przewyższających negatywne skutki, jakie wiążą się z jej ograniczeniem. Taka ocena odbywa się w ramach art. 101 ust. 3, który zawiera wyjątek od zakazu określonego w art. 101 ust. 1. Aby wyjątek ten miał zastosowanie, porozumienie licencyjne musi przynosić obiektywne korzyści ekonomiczne, ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne do osiągnięcia tych korzyści, konsumenci muszą uzyskać słuszną korzyść z tytułu przyrostu efektywności z niego wynikającego, a porozumienie nie może otworzyć przed stronami możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.
- (161) Oceny porozumień ograniczających na podstawie art. 101 ust. 3 dokonuje się w ich rzeczywistym kontekście⁶⁸ i na podstawie aktualnych w danej chwili faktów. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany stanu faktycznego. Wyjątek określony w art. 101 ust. 3 ma zastosowanie, dopóki spełniane są cztery warunki i przestaje mieć zastosowanie, kiedy sytuacja ta ulegnie zmianie⁶⁹. Stosując art. 101 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy jednak wziąć pod uwagę wartość początkowych inwestycji utopionych dokonanych przez którąkolwiek ze stron oraz czas i ograniczenia niezbędne do odzyskania środków inwestycyjnych zaangażowanych w podnoszenie efektywności. Artykuł 101 nie może być stosowany bez uwzględnienia inwestycji

⁶⁸ Zob. sprawy połączone 25/84 i 26/84, *Ford*, [1985], Rec. 2725.

⁶⁹ Zob. w tym względzie na przykład decyzja Komisji w sprawie *TPS* (Dz.U. L 90 z 2.4.1999, s. 6). W podobny sposób zakaz określony w art. 101 ust.1 również stosuje się tylko dopóty, dopóki przedmiotem lub skutkiem porozumienia jest ograniczanie konkurencji.

wcześniejszych poczynionych przez strony oraz związanego z nimi ryzyka. Ryzyko, które ponoszą strony, oraz wartość inwestycji utopionych, które muszą poczynić, aby możliwa była realizacja porozumienia, mogą zatem sprawić, że porozumienie znajdzie się poza zakresem stosowania art. 101 ust. 1 lub – zależnie od przypadku – że będzie spełniało warunki określone w art. 101 ust. 3 przez okres wymagany do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych.

- (162) Pierwszy warunek określony w art. 101 ust. 3 wymaga oceny obiektywnych korzyści w odniesieniu do podniesienia efektywności wynikającego z porozumienia. W tym względzie porozumienia licencyjne dysponują potencjałem łączenia uzupełniających się technologii i innych aktywów, pozwalając na wprowadzenie na rynek nowych lub ulepszonych produktów bądź wytwarzanie istniejących produktów po niższych kosztach. Z wyjątkiem największych karteli udzielanie licencji często następuje dlatego, że z punktu widzenia licencjodawcy bardziej efektywne jest licencjonowanie technologii niż samodzielne jej wykorzystywanie. Może to mieć miejsce zwłaszcza w przypadku, gdy licencjobiorca posiada już dostęp do niezbędnych aktywów produkcyjnych. Porozumienie pozwala licencjobiorcy uzyskać dostęp do technologii, którą można połączyć z tymi aktywami, a tym samym korzystać z nowej lub usprawnionej technologii. Innym przykładem potencjalnych korzyści płynących z udzielania licencji jest sytuacja, w której licencjobiorca dysponuje już technologią, a jej połączenie z technologią licencjodawcy wywołuje efekt synergii. Dzięki połączeniu tych dwóch technologii licencjobiorca może uzyskać nieosiągalny w innym wypadku stosunek kosztów do wydajności. Porozumienia licencyjne mogą też prowadzić do korzyści na etapie dystrybucji tak samo, jak wertykalne porozumienia o dystrybucji. Korzyści takie mogą przyjąć postać oszczędności kosztów lub świadczenia wysokiej jakości usług na rzecz konsumentów. Pozytywne skutki porozumień wertykalnych opisano w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁷⁰. Kolejnym przykładem potencjalnych korzyści są porozumienia, w których właściciele technologii tworzą pakiet technologii licencjonowany na rzecz osób trzecich. Uzgodnienia tego rodzaju mogą przede wszystkim ograniczyć koszty transakcji, gdyż licencjobiorcy nie muszą zawierać osobnych porozumień licencyjnych z każdym licencjodawcą. Porozumienia licencyjne mogą sprzyjać konkurencji także wówczas, gdy ich celem jest zapewnienie swobody projektowania. W sektorach, w których prawa własności intelektualnej występują w dużej liczbie, a produkty indywidualne mogą naruszać szereg istniejących i przyszłych praw własności, porozumienia licencyjne, w których strony rezygnują z dochodzenia względem siebie praw własności, mają często pozytywny wpływ na konkurencję, ponieważ pozwalają stronom rozwijać należące do nich technologie bez ryzyka późniejszych skarg o naruszenie praw własności.
- (163) Przy stosowaniu kryterium niezbędności, o którym mowa w art. 101 ust. 3, Komisja zbada w szczególności, czy wykonywanie danej czynności jest bardziej efektywne w przypadku istnienia ograniczeń niż w przypadku ich braku. Dokonując takiej oceny, należy wziąć pod uwagę warunki rynkowe i realia, w jakich działają strony porozumienia. Przedsiębiorstwa powołujące się na korzyści wynikające z art. 101 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważenia hipotetycznych i teoretycznych alternatyw. Muszą jednak wyjaśnić i wykazać, dlaczego takie – jak się wydaje – realistyczne i znacznie mniej restrykcyjne alternatywy byłyby znacznie mniej efektywne. Jeśli zastosowanie alternatywy, która wydaje się realistyczna pod względem handlowym i mniej restrykcyjna, prowadziłoby do istotnej utraty efektywności, dane ograniczenie

⁷⁰

Przytoczone w przypisie 46. Zob. zwłaszcza pkt 106 i nast.

uznaje się za niezbędne. W niektórych przypadkach konieczne może być też zbadanie, czy porozumienie jako takie jest niezbędne do osiągnięcia wspomnianych korzyści. Może to mieć przykładowo miejsce w przypadku grup technologii obejmujących technologie uzupełniające, ale nieistotne⁷¹, w którym zbadać należy, w jakim stopniu ich połączenie prowadzi do szczególnych korzyści lub czy – bez znacznej utraty korzyści – grupa mogłaby zostać ograniczona do technologii, dla których nie istnieją technologie zastępcze. Zwykle udzielanie licencji między dwiema stronami zasadniczo wymaga tylko zbadania niezbędności indywidualnych ograniczeń. Zwykle dla porozumienia licencyjnego jako takiego nie istnieje inne rozwiązanie o mniej ograniczających skutkach.

- (164) Warunek, aby konsumenci otrzymali słuszną część korzyści, oznacza, że konsumenci produktów wytwarzanych na podstawie licencji muszą otrzymać przynajmniej rekompensatę równoważącą negatywne skutki porozumienia⁷². Oznacza to, że przyrost efektywności musi w pełni równoważyć możliwy negatywny wpływ na ceny, produkcję i inne istotne czynniki spowodowane przez porozumienie. Może to nastąpić poprzez zmianę struktury kosztów danego przedsiębiorstwa, tworzącą zachętę do obniżki cen albo poprzez umożliwienie konsumentom dostępu do nowych lub ulepszonych produktów, które zrekompensują ewentualny wzrost cen⁷³.
- (165) Ostatni warunek określony w art. 101 ust. 3, zgodnie z którym porozumienie nie może dawać stronom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów, zakłada analizę pozostałej presji konkurencyjnej na rynku oraz wpływu porozumienia na takie źródła konkurencji. Przy stosowaniu ostatniego warunku z art. 101 ust. 3 uwzględnić należy relację między art. 101 ust. 3 i art. 102. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stosowanie art. 101 ust. 3 nie może być przeszkodą dla stosowania art. 102 Traktatu⁷⁴. Ponadto, ponieważ celem zarówno art. 101, jak i art. 102 jest utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku, zasada spójności wymaga, by interpretować art. 101 ust. 3 jako wykluczający wszelkie stosowanie wyjątku do porozumień ograniczających konkurencję, stanowiących nadużycie pozycji dominującej⁷⁵.
- (166) Fakt, że porozumienie w znacznym stopniu ogranicza jeden z wymiarów konkurencji, nie musi oznaczać, że nastąpiło jej wyeliminowanie w rozumieniu art. 101 ust. 3. Grupa technologii może przykładowo prowadzić do standardu przemysłowego, który dopuszcza niewielką konkurencję pod względem formatów technologicznych. Z chwilą przyjęcia konkretnego formatu przez głównych uczestników rynku, efekty sieciowe mogą sprawić, że przetrwanie alternatywnych formatów będzie bardzo trudne. Nie zawsze jednak stworzenie standardu przemysłowego *de facto* eliminuje konkurencję w rozumieniu ostatniego warunku, o którym mowa w art. 101 ust. 3. W ramach standardu dostawcy mogą konkurować pod względem ceny, jakości i cech produktu. Zgodność porozumienia z art. 101 ust.

⁷¹ W sprawie wspomnianych koncepcji zob. część IV.4.1 poniżej.

⁷² Zob. pkt 85 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

⁷³ Jak w pkt 98 i pkt 102.

⁷⁴ Zob. pkt 130 wyroku przytoczonego w przypisie 3. W podobny sposób stosowanie art. 101 ust. 3 nie stanowi przeszkody do stosowania zasad Traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Postanowienia te w określonych okolicznościach mają zastosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 101 ust. 1, zob. w tym względzie sprawa C-309/99, *Wouters*, [2002] Rec. I-1577, pkt 120.

⁷⁵ Zob. w tym względzie: sprawa T-51/89, *Tetra Pak (I)*, [1990] Rec. II-309. Zob. również pkt 106 wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3 powyżej.

3 wymaga jednak zadbania o to, aby porozumienie nie powodowało nadmiernego ograniczenia konkurencji ani nadmiernego ograniczenia innowacyjności.

2. STOSOWANIE ART. 101 DO RÓŻNEGO RODZAJU OGRANICZEŃ LICENCYJNYCH

- (167) Niniejsza część poświęcona jest różnym rodzajom ograniczeń powszechnie włączanych do porozumień licencyjnych. Biorąc pod uwagę powszechność ich występowania, przydatne jest przekazanie wskazówek co do ich oceny poza obszarem „bezpiecznej przystani”, o którym mowa w TTBER. Ograniczenia, które przedstawiono już we wcześniejszych częściach wytycznych, zwłaszcza w częściach III.4 i III.5, zostały omówione jedynie skrótowo.
- (168) Niniejsza część obejmuje zarówno porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami, jak i porozumienia między konkurentami. W odniesieniu do tych ostatnich wyróżnia się – tam, gdzie jest to stosowne – porozumienia wzajemne i porozumienia jednostronne. Rozróżnienie takie nie jest konieczne w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Jeżeli przedsiębiorstwa nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami na właściwym rynku technologicznym ani na rynku produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, licencja wzajemna – z praktycznego punktu widzenia – nie różni się od dwóch osobnych licencji. Porozumienia, w których strony tworzą pakiet technologii, następnie licencjonowany na rzecz stron trzecich, to grupy technologii, którym poświęcono część 4 poniżej.
- (169) Niniejsza część nie traktuje o zobowiązaniach zawartych w porozumieniach licencyjnych, które zasadniczo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Zobowiązania te obejmują m.in.:
- a) zachowanie poufności;
 - b) zakaz udzielania sublicencji przez licencjobiorców;
 - c) zakaz korzystania z licencjonowanej technologii po wygaśnięciu porozumienia, o ile licencjonowana technologia zachowuje ważność;
 - d) wspieranie licencjodawcy w egzekwowaniu licencjonowanych praw własności intelektualnej;
 - e) uiszczanie minimalnych opłat licencyjnych lub wytwarzanie minimalnej ilości produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia oraz
 - f) korzystanie ze znaku towarowego licencjodawcy lub umieszczanie jego nazwy na produkcie.

2.1. Opłaty licencyjne

- (170) Strony porozumienia licencyjnego mogą zwykle dowolnie określać wysokość opłaty licencyjnej uiszczanej przez licencjobiorcę oraz sposób płatności, co nie narusza art. 101 ust. 1. Zasadę tę stosuje się zarówno do porozumień między konkurentami, jak i do porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Opłaty licencyjne mogą być pobierane np. w postaci płatności ryczałtowych, odsetka ceny sprzedaży lub stałej kwoty za każdy produkt, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia. W przypadku, w którym licencjonowana technologia dotyczy wkładu, który jest wykorzystany w produkcie końcowym, obliczanie opłat licencyjnych na podstawie ceny produktu końcowego, o ile jest w nim wykorzystana licencjonowana

technologia, z zasady nie ogranicza konkurencji⁷⁶. Opłaty licencyjne z tytułu korzystania z oprogramowania obliczone na podstawie liczby użytkowników oraz liczby urządzeń są ogólnie zgodne z art. 101 ust. 1.

- (171) W odniesieniu do porozumień licencyjnych między konkurentami przypomina się, że – zob. pkt 90 do 91 i 106 powyżej – w ograniczonej liczbie przypadków zobowiązanie do uiszczania opłat licencyjnych może być równoznaczne z ustalaniem cen, które należy do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (por. art. 4 ust. 1 lit. a)). Jak stanowi art. 4 ust. 1 lit. a), najpoważniejsze ograniczenia konkurencji obejmują porozumienia między konkurentami przewidujące wzajemne opłaty licencyjne w przypadku pozorowanych licencji, które ani nie umożliwiają połączenia uzupełniających się technologii, ani osiągnięcia innego celu o pozytywnych skutkach dla konkurencji. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a) i d) najpoważniejsze ograniczenie konkurencji stanowi również przypadek, w którym opłaty licencyjne obejmują także produkty wytworzone wyłącznie w oparciu o własną technologię licencjobiorcy.
- (172) Inne rodzaje uzgodnień między konkurentami dotyczące opłat licencyjnych podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %, nawet jeżeli ograniczają konkurencję. Art. 101 ust. 1 może mieć zastosowanie poza obszarem „bezpiecznej przystani” wyłączenia grupowego, jeżeli konkurenci udzielają sobie licencji wzajemnych i nakładają opłaty licencyjne wyraźnie nieproporcjonalne do wartości rynkowej licencji i jeżeli opłaty te mają znaczny wpływ na ceny rynkowe. Dokonując oceny nieproporcjonalności opłat licencyjnych, należy uwzględnić opłaty uiszczane przez innych licencjobiorców na rynku produktowym za te same lub zastępcze technologie. W takich przypadkach spełnienie warunków określonych w art. 101 ust. 3 jest mało prawdopodobne.
- (173) Niezależnie od tego, że wyłączenie grupowe stosuje się tylko dopóty, dopóki technologia zachowuje ważność, strony mogą się zwykle porozumieć co do przedłużenia zobowiązania do uiszczania opłat licencyjnych po wygaśnięciu ważności licencjonowanych praw własności intelektualnej bez naruszenia art. 101 ust. 1. Z chwilą wygaśnięcia tych praw osoby trzecie mogą zgodnie z prawem korzystać z danej technologii i konkurować ze stronami porozumienia. Taka rzeczywista i potencjalna konkurencja zwykle wystarcza, aby zobowiązanie, o którym mowa, nie powodowało odczuwalnych negatywnych skutków dla konkurencji.
- (174) W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami wyłączenie grupowe obejmuje porozumienia, w których opłaty licencyjne obliczane są zarówno na podstawie produktów wytwarzanych w oparciu o licencjonowaną technologię, jak i produktów wytwarzanych w oparciu o technologie licencjonowane od osób trzecich. Takie ustalenia mogą ułatwiać obliczanie opłat licencyjnych. Mogą jednak także prowadzić do wykluczenia, zwiększając koszty korzystania z wkładu osób trzecich, a zatem mieć skutek podobny do zakazu konkurowania. Jeżeli opłaty licencyjne odprowadzane są nie tylko od produktów wytwarzanych w oparciu o licencjonowaną technologię, ale także od produktów wytwarzanych w oparciu o technologię osób trzecich, wówczas zwiększą one koszty tych ostatnich produktów i zmniejszą popyt na technologię osób trzecich. Poza zakresem wyłączenia grupowego istnieje zatem konieczność zbadania, czy ograniczenie powoduje efekt

⁷⁶

Bez uszczerbku dla ewentualnego zastosowania art. 102 TFEU do określania opłat licencyjnych (zob. sprawa 27/76, *United Brands*, pkt 250, zob. również sprawa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH* [2009] Zb. Orz. I-6155, pkt 142).

zamknięcia. W tym celu zaleca się korzystanie z ram analitycznych określonych poniżej w części IV.2.7. W przypadku odczuwalnego efektu zamknięcia porozumienia takie są objęte art. 101 ust. 1. Jest również mało prawdopodobne, aby spełniały one warunki określone w art. 101 ust. 3, chyba że nie istnieje inny praktyczny sposób obliczenia opłat licencyjnych i monitorowania ich płatności.

2.2. Wyłączność porozumień licencyjnych i ograniczenia sprzedaży

(175) Do celów niniejszych wytycznych właściwe jest wyróżnienie ograniczeń dotyczących produkcji na określonym terytorium (licencje wyłączne lub licencje jedyne) oraz ograniczeń w zakresie sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, na określonym terytorium lub na rzecz określonej grupy klientów.

2.2.1. Licencje wyłączne i licencje jedyne

(176) Licencję uznaje się za wyłączną, jeżeli licencjobiorca jest jedynym podmiotem uprawnionym na danym terytorium do prowadzenia produkcji w oparciu o licencjonowaną technologię. Licencjodawca zobowiązuje się zatem nie prowadzić samodzielnej produkcji i nie udzielać innych licencji na produkcję na danym terytorium. Terytorium to może obejmować cały świat. W przypadku gdy licencjodawca zobowiązuje się jedynie do nieudzielania osobom trzecim licencji na produkcję na danym terytorium, licencja jest licencją jedyną. Udzielaniu licencji wyłącznych lub jedynych często towarzyszą ograniczenia sprzedaży, które ograniczają swobodę stron w zakresie obszaru, na którym mogą sprzedawać produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia.

(177) Wzajemne licencje zwrotne między konkurentami wchodzi w zakres art. 4 ust. 1 lit. c), zgodnie z którym podział rynku i klientów między konkurentami stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Wzajemne licencje jedyne między konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. W ramach takich porozumień strony wzajemnie zobowiązują się do nieudzielania osobom trzecim licencji na korzystanie ze swoich konkurencyjnych technologii. W przypadku gdy strony dysponują znaczącą władzą rynkową, porozumienia takie mogą ułatwiać zmonopolizację, gwarantując stronom, że są na rynku jedynym źródłem produkcji opartej na licencjonowanych technologiach.

(178) Niewzajemne licencje wyłączne między konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. Powyżej tego progu udziału w rynku niezbędne jest przeprowadzenie analizy ich prawdopodobnych negatywnych skutków dla konkurencji. Jeżeli licencja wyłączna obejmuje cały świat, oznacza opuszczenie rynku przez licencjodawcę. W przypadku gdy wyłączność ogranicza się do konkretnego terytorium, np. państwa członkowskiego, porozumienie oznacza, że licencjodawca powstrzymuje się od produkowania towarów i świadczenia usług na tym terytorium. W kontekście art. 101 ust. 1 oceny wymaga zwłaszcza znaczenie licencjodawcy dla konkurencji. Jeżeli licencjodawca dysponuje dość słabą pozycją rynkową na rynku produktowym lub nie posiada zdolności do efektywnego korzystania z technologii na terytorium licencjobiorcy, mało prawdopodobne jest, aby porozumienie wchodziło w zakres art. 101 ust. 1. Szczególny przypadek zachodzi, gdy licencjodawca i licencjobiorca konkurują ze sobą jedynie na rynku technologicznym, a licencjodawca, przykładowo instytut badawczy lub niewielkie przedsiębiorstwo badawcze, nie posiada zdolności produkcyjnych i dystrybucyjnych pozwalających na skuteczne wprowadzenie na

rynek produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. W takich przypadkach mało prawdopodobne jest naruszenie art. 101 ust. 1.

- (179) Licencje wyłączne między podmiotami niebędącymi konkurentami – w stopniu objętym art. 101 ust. 1⁷⁷ – przypuszczalnie spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3. Prawo udzielenia licencji wyłącznej jest zwykle niezbędne, aby skłonić licencjobiorcę do inwestowania w licencjonowaną technologię i stosunkowo szybkiego wprowadzenia produktów na rynek. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których licencjobiorca musi dokonać dużych inwestycji w dalszy rozwój licencjonowanych technologii. Wystąpienie przeciwko wyłączności, z chwilą gdy licencjobiorca dzięki licencjonowanej technologii odniósł sukces ekonomiczny, pozbawiłoby go owoców tego sukcesu i byłoby szkodliwe dla konkurencji, rozpowszechniania technologii i innowacyjności. Komisja będzie więc jedynie w wyjątkowych przypadkach interweniować przeciwko licencjom wyłącznym w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami, niezależnie od terytorialnego zasięgu licencji.
- (180) Interwencja może być uzasadniona przede wszystkim wtedy, gdy dominujący licencjobiorca otrzyma licencję wyłączną na jedną lub kilka konkurencyjnych technologii. Porozumienia takie przypuszczalnie wchodzą w zakres art. 101 ust. 1 i jest mało prawdopodobne, aby spełniały warunki określone w art. 101 ust. 3. Warunkiem koniecznym jest jednak, aby wejście na rynek technologiczny było trudne, a licencjonowana technologia stanowiła rzeczywiste źródło konkurencji na rynku. W takim przypadku licencja wyłączna może wykluczyć licencjobiorców będących osobami trzecimi i pozwolić licencjobiorcy na utrzymanie władzy rynkowej.
- (181) Porozumienia, w których co najmniej dwie strony udzielają sobie licencji wzajemnych i zobowiązują się do nieudzielania licencji osobom trzecim powodują szczególne obawy o konkurencję, gdy powstały w ten sposób pakiet technologii stwarza standard przemysłowy *de facto*, do którego muszą mieć dostęp osoby trzecie, aby skutecznie konkurować na rynku. W takich przypadkach porozumienie prowadzi do zamkniętego standardu zastrzeżonego dla stron porozumienia. Omawiane porozumienia oceniane będą przez Komisję według takich samych zasad, jak te dotyczące grup technologii (zob. część IV.4 poniżej). Zwykle wymagane będzie, aby licencje na technologie, które leżą u podstaw zamkniętego standardu, były udzielane osobom trzecim w sposób sprawiedliwy, rozsądny i niedyskryminujący⁷⁸. W przypadku gdy strony porozumienia konkurują z osobami trzecimi na istniejącym rynku produktowym, a porozumienia dotyczą tego właśnie rynku, zamknięty standard może mieć istotne skutki wyłączające. Takiego negatywnego wpływu na konkurencję można uniknąć jedynie poprzez udzielanie licencji również osobom trzecim.

2.2.2. Ograniczenia sprzedaży

- (182) W odniesieniu do ograniczeń sprzedaży ważne jest odróżnienie udzielania licencji między konkurentami od udzielania licencji między podmiotami niebędącymi konkurentami.

⁷⁷ Zob. wyrok w sprawie *Nungesser* przytoczony w przypisie 13.

⁷⁸ Zob. w tym względzie zawiadomienie Komisji w sprawie Canon/Kodak (Dz.U. C 330 z 1.11.1997, s. 10) i w sprawie IGR Stereo Television, o której mowa w XI Sprawozdaniu dotyczącym polityki konkurencji, pkt 94.

- (183) Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej nałożone na jedną lub obie strony w porozumieniu wzajemnym między konkurentami stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w myśl art. 4 ust. 1 lit. c). Ograniczenia sprzedaży nałożone w porozumieniu wzajemnym między konkurentami na jedną ze stron objęte są art. 101 ust. 1 i jest mało prawdopodobne, aby spełniały warunki określone w art. 101 ust. 3. Zasadniczo uważa się je za podział rynku, ponieważ uniemożliwiają zainteresowanej stronie prowadzenie czynnej i biernej sprzedaży na terytoriach i na rzecz grup klientów, którym strona ta rzeczywiście służyła lub mogłaby służyć przy braku porozumienia.
- (184) W przypadku porozumień jednostronnych między konkurentami wyłączenie grupowe stosuje się do ograniczeń sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjobiorcę lub licencjodawcę na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony lub na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów (por. art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (iv). Powyżej progu udziału w rynku wynoszącego 20 % ograniczenia sprzedaży między licencjodawcą a licencjobiorcą objęte są art. 101 ust. 1, gdy jedna lub obie strony porozumienia dysponują znaczącą władzą rynkową. Ograniczenia takie mogą być jednak niezbędne do rozpowszechniania wartościowych technologii, a zatem spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Może to mieć miejsce, gdy pozycja licencjodawcy na terytorium, na którym sam korzysta z technologii, jest stosunkowo słaba. Wówczas ograniczenia sprzedaży czynnej mogą okazać się niezbędne, aby skłonić licencjodawcę do udzielenia licencji. W razie ich braku licencjodawca narażałby się na aktywną konkurencję w głównym obszarze swojej działalności. Podobnie niezbędne może być ograniczenie sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjodawcę, zwłaszcza jeżeli licencjobiorca dysponuje stosunkowo słabą pozycją rynkową na przydzielonym mu terytorium i dokonał znacznych inwestycji w celu efektywnego korzystania z licencjonowanej technologii.
- (185) Wyłączenie grupowe obejmuje także ograniczenia sprzedaży czynnej na terytorium lub na rzecz grupy klientów przydzielonych innemu licencjobiorcy, który nie był konkurentem licencjodawcy w chwili zawierania z nim porozumienia licencyjnego. Wymagane jest jednak, aby porozumienie między stronami miało charakter jednostronny. Powyżej progu udziału w rynku takie ograniczenia mogą być objęte art. 101 ust. 1, jeżeli strony dysponują znaczącą władzą rynkową. Ograniczenie może być jednak niezbędne w rozumieniu art. 101 ust. 3 przez okres potrzebny chronionemu licencjobiorcy do wejścia na nowy rynek i zaznaczenie swojej obecności na przydzielonym mu terytorium lub wobec przydzielonej mu grupy klientów. Ochrona przed sprzedażą czynną pozwala licencjobiorcy przewyciężyć asymetrię związaną z faktem, że niektórzy licencjobiorcy są przedsiębiorstwami konkurującymi z licencjodawcą, a zatem posiadającymi już ugruntowaną pozycję rynkową. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez licencjobiorców na terytorium przydzielonym innemu licencjobiorcy lub na rzecz przydzielonej mu grupy klientów stanowią zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) TTBER najpoważniejsze ograniczenia konkurencji.
- (186) W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami ograniczenia sprzedaży między licencjodawcą a licencjobiorcą podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Powyżej tego progu ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjobiorców na terytoriach zastrzeżonych dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonych dla niego grup klientów mogą być niezbędne do rozpowszechniania wartościowych technologii, a zatem spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Może to mieć

miejsce, gdy pozycja licencjodawcy na terytorium, na którym sam korzysta z technologii, jest stosunkowo słaba. Wówczas ograniczenia sprzedaży czynnej mogą okazać się niezbędne, aby skłonić licencjodawcę do udzielenia licencji. W razie ich braku licencjodawca narażałby się na aktywną konkurencję w głównym obszarze swojej działalności. W innych przypadkach ograniczenia sprzedaży nałożone na licencjobiorcę mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1 i nie spełniać warunków określonych w art. 101 ust. 3, zarówno gdy indywidualny licencjodawca dysponuje znaczącą władzą rynkową, jak i gdy pojawia się efekt kumulacji podobnych porozumień zawartych przez licencjodawców razem dysponujących silną pozycją na rynku.

- (187) Ograniczenia sprzedaży obciążające licencjodawcę, o ile objęte są art. 101 ust. 1, przypuszczalnie spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3, chyba że na rynku nie występują technologie alternatywne dla technologii licencjodawcy lub tego rodzaju technologie są licencjonowane przez licencjobiorcę od osób trzecich. Ograniczenia, o których mowa, a zwłaszcza ograniczenia sprzedaży czynnej, mogą być jednak niezbędne w rozumieniu art. 101 ust. 3, aby skłonić licencjobiorcę do inwestowania w wytwarzanie, wprowadzanie do obrotu i sprzedaż produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Prawdopodobnie motywacja licencjobiorcy do inwestowania byłaby znacznie mniejsza, gdyby musiał konkurować bezpośrednio z licencjodawcą, którego koszty produkcji nie są obciążone opłatami licencyjnymi, co mogłoby mieć negatywny wpływ na poziom inwestycji.
- (188) W odniesieniu do ograniczeń sprzedaży między licencjobiorcami w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami, ograniczenia sprzedaży czynnej między terytoriami lub grupami klientów podlegają wyłączeniu grupowemu na mocy TTBER. Powyżej progu udziału w rynku ograniczenia takie hamują konkurencję „wewnątrztechnologiczną” i mogą być objęte art. 101 ust. 1, jeżeli indywidualny licencjobiorca dysponuje znaczącą władzą rynkową. Mogą one jednak spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3, jeżeli są niezbędne do uniemożliwienia niewłaściwej działalności rynkowej (ang. *free riding*) oraz skłonienia licencjobiorcy do dokonania inwestycji potrzebnych do efektywnego korzystania z licencjonowanej technologii na podległym mu terytorium i promowania sprzedaży licencjonowanego produktu. Ograniczenia sprzedaży biernej uznawane są za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) TTBER (zob. pkt 109-117 powyżej).

2.3. Ograniczenia produkcji

- (189) Wzajemne ograniczenia produkcji w porozumieniach licencyjnych między konkurentami zalicza się do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji na podstawie art. 4 ust. 1 lit. b) TTBER (por. pkt 93 powyżej). Artykuł 4 ust. 1 lit. b) nie obejmuje ograniczeń produkcji dotyczących technologii licencjodawcy nakładanych na licencjobiorcę w porozumieniach jednostronnych lub na jednego z licencjobiorców w porozumieniu wzajemnym. Ograniczenia takie podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20%. Powyżej progu udziału w rynku ograniczenia produkcji nałożone na licencjobiorcę mogą ograniczać konkurencję, jeżeli strony dysponują znaczącą władzą rynkową. Artykuł 101 ust. 3 może mieć jednak zastosowanie w przypadkach, w których technologia licencjodawcy jest znacznie lepsza od technologii licencjobiorcy, a ograniczenie produkcji znacznie przekracza produkcję licencjobiorcy przed zawarciem porozumienia. Wówczas skutek spowodowany ograniczeniem produkcji jest ograniczony nawet na rynkach

o rosnącym popycie. Przy stosowaniu art. 101 ust. 3 należy uwzględnić również fakt, że takie ograniczenia mogą być niezbędne do skłonienia licencjodawcy do jak najszerzego rozpowszechniania swojej technologii. Przykładowo, licencjodawca może być niechętny do udzielania licencji konkurentom, jeżeli nie może jej ograniczyć do konkretnych zakładów produkcyjnych o określonych zdolnościach produkcyjnych (licencja jednozakładowa). W przypadku gdy porozumienie licencyjne prowadzi do rzeczywistego połączenia uzupełniających się aktywów, ograniczenia produkcji nałożone na licencjobiorcę mogą spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Jest jednak mało prawdopodobne, aby miało to miejsce wtedy, gdy strony dysponują znaczącą władzą rynkową.

- (190) Ograniczenia produkcji w porozumieniach licencyjnych między podmiotami niebędącymi konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Główne zagrożenie dla konkurencji wynikające z ograniczeń produkcji nałożonych na licencjobiorców w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami polega na ograniczeniu konkurencji „wewnątrztechnologicznej” między licencjobiorcami. Znaczenie negatywnych skutków dla konkurencji zależy od pozycji rynkowej licencjodawcy i licencjobiorców oraz stopnia, w jakim ograniczenia produkcji uniemożliwiają licencjobiorcy zaspokojenie popytu na produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia.
- (191) Skutki ograniczające są większe, gdy ograniczenia produkcji są połączone z przyznaniem prawa do wyłączności na wybranych terytoriach lub w odniesieniu do wybranych grup klientów. Połączenie tych dwóch rodzajów ograniczeń zwiększa prawdopodobieństwo, że porozumienie służy podziałowi rynków.
- (192) Ograniczenia produkcji nałożone na licencjobiorcę w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami mogą mieć także pozytywne skutki dla konkurencji, promując rozpowszechnianie technologii. Licencjodawca jako dostawca technologii zazwyczaj powinien móc dowolnie określać wielkość produkcji wytwarzanej przez licencjobiorcę w oparciu o licencjonowaną technologię. Jeżeli licencjodawca nie mógłby określać wielkości produkcji licencjobiorcy, wiele porozumień licencyjnych mogłoby nie dojść do skutku, co miałoby negatywny wpływ na rozpowszechnianie nowej technologii. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy licencjodawca jest także producentem, gdyż wówczas produkcja licencjobiorców może powrócić na główny obszar działalności licencjodawcy, a zatem bezpośrednio wpływać na tę działalność. Z drugiej strony, mniej prawdopodobne jest, aby ograniczenia produkcji były niezbędne do zapewnienia rozpowszechniania technologii licencjodawcy, gdy są one połączone z ograniczeniami sprzedaży nałożonymi na licencjobiorcę, zabraniającymi mu prowadzenia sprzedaży na terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego grupy klientów.

2.4. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań

- (193) W ramach ograniczenia dotyczącego dziedzin zastosowań licencja ogranicza się do jednej lub kilku technicznych dziedzin zastosowań bądź też jednego lub kilku rynków produktowych lub sektorów przemysłowych. Sektor przemysłowy może obejmować szereg rynków produktowych, lecz nie części rynku produktowego. Istnieje wiele przypadków, w których ta sama technologia może być wykorzystywana do wytwarzania różnych produktów lub w produktach należących do różnych rynków produktowych. Nowa technologia odlewnicza może być na

przykład wykorzystana do produkcji butelek lub kubków z tworzywa sztucznego, które należą do odrębnych rynków produktowych. Jeden rynek produktowy może jednak obejmować kilka technicznych dziedzin zastosowań. Przykładowo nowa technologia silnikowa może być zastosowana w silnikach cztero- i sześciocylindrowych. Podobnie technologia służąca do produkcji zestawów układów scalonych może być wykorzystana do produkcji zestawów liczących nie więcej niż lub więcej niż cztery procesory główne. Licencja ograniczająca stosowanie licencjonowanej technologii do wytwarzania np. silników czterocylindrowych i zestawów układów scalonych liczących nie więcej niż cztery procesory główne stanowi ograniczenie technicznych dziedzin zastosowań.

- (194) Zważywszy, że ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań są objęte wyłączeniem grupowym oraz że określone ograniczenia dotyczące grup klientów stanowią, zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) i art. 4 ust. 2 lit. b) TTBER, najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, istotne jest wyróżnienie tych dwóch kategorii ograniczeń. Ograniczenie dotyczące grup klientów zakłada identyfikację konkretnych grup klientów i ograniczenie stron w prowadzeniu sprzedaży na rzecz tych zidentyfikowanych grup. Fakt, że ograniczenie technicznych dziedzin zastosowań może odpowiadać określonym grupom klientów na rynku produktowym, nie oznacza, że ograniczenie należy uznać za ograniczenie dotyczące grup klientów. Przykładowo, kupowanie przez określonych klientów przede wszystkim lub wyłącznie zestawów układów scalonych z więcej niż czterema procesorami głównymi nie oznacza, że licencja ograniczona do zestawów liczących nie więcej niż cztery procesory ogranicza grupy klientów. Dziedzina zastosowań wymaga jednak obiektywnego zdefiniowania poprzez odniesienie do zidentyfikowanych i konkretnych technicznych właściwości produktu objętego umową.
- (195) Zważywszy, że ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań są objęte wyłączeniem grupowym oraz że określone ograniczenia produkcji stanowią, zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. b) TTBER, najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, istotne jest, aby nie uznawać ograniczeń dotyczących dziedzin zastosowań również za ograniczenia produkcji; ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nie ograniczają bowiem produkcji, jaką licencjobiorca może wytworzyć w obrębie licencjonowanych dziedzin zastosowań.
- (196) Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań ogranicza korzystanie przez licencjobiorcę z licencjonowanej technologii do jednej lub kilku konkretnych dziedzin zastosowań, nie ograniczając zdolności licencjodawcy do korzystania z licencjonowanej technologii. Dziedziny te, podobnie jak terytoria, mogą być przydzielane licencjobiorcy na zasadzie licencji wyłącznej lub licencji jedynej. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań w połączeniu z licencją wyłączną lub licencją jedyłą również ograniczają zdolność licencjodawcy do korzystania z własnej technologii, uniemożliwiając mu samodzielne korzystanie z niej i udzielanie licencji innym osobom. W przypadku licencji jedynej ograniczone jest jedynie udzielanie licencji osobom trzecim. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań połączone z licencjami wyłącznymi lub licencjami jedyłymi traktuje się w taki sam sposób, jak licencje wyłączne i licencje jedyne, o których mowa w części IV.2.2 powyżej. Oznacza to, zwłaszcza w odniesieniu do udzielania licencji między konkurentami, że wzajemne licencje wyłączne zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji.
- (197) Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań mogą sprzyjać konkurencji, zachęcając licencjodawcę do udzielania licencji na należącą do niego technologię dla

zastosowań wykraczających poza główną dziedzinę jego działalności. Jeżeli licencjodawca nie może zapobiec prowadzeniu przez licencjobiorców działalności w dziedzinach, w których korzysta on samodzielnie z technologii, lub takich, w których wartość technologii nie jest jeszcze ugruntowana, będzie go to prawdopodobnie zniechęcało do udzielania licencji lub skłaniało do podwyższania opłat licencyjnych. Uwzględnić należy również fakt, że w określonych sektorach udzielanie licencji często następuje w celu zapewnienia swobody projektowania poprzez unikanie skarg o naruszenie praw własności. W ramach licencji licencjobiorca może rozwijać własną technologię bez obawy o skargę licencjodawcy o naruszenie praw własności.

(198) Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nałożone na licencjobiorców w porozumieniach między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. Główne obawy o konkurencję w przypadku takich ograniczeń polegają na zagrożeniu, że licencjobiorca przestanie pełnić rolę konkurenta poza licencjonowaną dziedziną zastosowań. Zagrożenie to jest większe w przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, kiedy porozumienie przewiduje niesymetryczne ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań. Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań jest niesymetryczne wówczas, gdy jedna ze stron ma prawo korzystać z licencjonowanej technologii w jednym sektorze przemysłowym, na jednym rynku produktowym lub w jednej technicznej dziedzinie zastosowań, a druga – korzystać z innej licencjonowanej technologii w innym sektorze przemysłowym, na innym rynku produktowym lub w innej technicznej dziedzinie zastosowań. Problemy w zakresie konkurencji mogą pojawić się zwłaszcza wtedy, gdy zaplecze produkcyjne licencjobiorcy dostosowane do korzystania z licencjonowanej technologii jest wykorzystywane także do wytwarzania produktów w oparciu o własną technologię i poza licencjonowaną dziedziną zastosowań. Jeżeli porozumienie może spowodować ograniczenie produkcji przez licencjobiorcę poza licencjonowaną dziedziną zastosowań, może ono wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Niewielkie jest prawdopodobieństwo, że symetryczne ograniczenia dziedzin zastosowań, to znaczy porozumienia, w których strony udzielają sobie nawzajem licencji na korzystanie ze swoich technologii w ramach tej samej dziedziny lub tych samych dziedzin zastosowań, objęte są art. 101 ust. 1. Porozumienia takie raczej nie powodują ograniczenia konkurencji, która istniała przed zawarciem porozumienia. Małe jest także prawdopodobieństwo stosowania art. 101 ust. 1 w przypadku porozumień, które pozwalają licencjobiorcy jedynie rozwijać własną technologię i z niej korzystać w ramach licencji bez obawy o skargę licencjodawcy o naruszenie praw własności. W takiej sytuacji ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań same w sobie nie ograniczają konkurencji, która istniała przed zawarciem porozumienia. Przy braku porozumienia licencjobiorca był także narażony na skargi o naruszenie praw własności poza zakresem licencjonowanej dziedziny zastosowań. Jeżeli jednak licencjobiorca bez uzasadnienia ekonomicznego kończy lub ogranicza swoją działalność w obszarze wykraczającym poza licencjonowaną dziedzinę zastosowań, może to wskazywać na istnienie leżącego u podstaw takiego zachowania porozumienia dotyczącego podziału rynku równoznacznego – zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) TTBER – z najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji.

(199) Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nałożone na licencjobiorcę i licencjodawcę w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami, w których licencjodawca zastrzega dla siebie jeden lub

kilka rynków produktowych bądź też jedną lub kilka technicznych dziedzin zastosowań, zazwyczaj nie ograniczają konkurencji lub zwiększają wydajność. Promują one rozpowszechnianie nowej technologii, zachęcając licencjodawcę do udzielania licencji na korzystanie z niej w dziedzinach, w których nie planuje on samodzielnego korzystania z technologii. Jeżeli licencjodawca nie mógłby powstrzymać licencjobiorców przed prowadzeniem działalności w dziedzinach, w których sam korzysta z technologii, zniechęciłoby go to prawdopodobnie do udzielania licencji.

- (200) W porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami licencjodawca ma zazwyczaj także prawo udzielania różnym licencjobiorcom licencji jedynych lub licencji wyłącznych ograniczonych do jednej lub kilku dziedzin zastosowań. Ograniczenia takie ograniczają konkurencję „wewnątrztechnologiczną” między licencjobiorcami w taki sam sposób jak licencje wyłączne i tak też są analizowane (zob. część 2.2.1 powyżej).

2.5. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek

- (201) Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek zdefiniować można jako zobowiązanie licencjobiorcy do ograniczenia własnej produkcji licencjonowanego produktu do ilości niezbędnych do wytwarzania własnych produktów oraz ich konserwacji i naprawy. Innymi słowy, tego rodzaju ograniczenie przyjmuje postać zobowiązania licencjobiorcy do korzystania z produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jedynie do celów własnej produkcji; nie obejmuje ono sprzedaży licencjonowanych produktów do wykorzystania w produktach innych producentów. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek podlegają wyłączeniu grupowemu do progów udziału w rynku wynoszących odpowiednio 20 % i 30 %. Poza zakresem wyłączenia grupowego niezbędne jest zbadanie pozytywnych i negatywnych skutków ograniczenia dla konkurencji. W tym względzie konieczne jest odróżnienie porozumień między konkurentami od porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami.
- (202) W przypadku porozumień licencyjnych między konkurentami ograniczenie pozwalające licencjobiorcy prowadzić produkcję w oparciu o licencję jedynie w celu zastosowania jej we własnych produktach uniemożliwia mu dostarczanie komponentów osobom trzecim. Jeżeli przed zawarciem porozumienia licencjobiorca nie był rzeczywistym ani przypuszczalnie potencjalnym dostawcą komponentów dla innych producentów, ograniczenie do wytwarzania produktów na własny użytek nie zmienia w żaden sposób jego wcześniejszej sytuacji. Wówczas ograniczenie ocenia się w taki sam sposób, jak w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Jeżeli natomiast licencjobiorca jest rzeczywistym lub prawdopodobnym dostawcą komponentów, niezbędne jest zbadanie wpływu porozumienia na jego działalność. Jeżeli, przestawiając się na technologię licencjodawcy, licencjobiorca autonomicznie przestaje korzystać z własnej technologii, a zatem dostarczać komponenty, porozumienie ogranicza konkurencję, która istniała przed zawarciem takiego porozumienia. Jeżeli licencjodawca dysponuje znaczącą władzą rynkową na rynku komponentów, mogą wystąpić poważne negatywne skutki rynkowe
- (203) W przypadku porozumień licencyjnych między podmiotami niebędącymi konkurentami skutek ograniczeń do wytwarzania produktów na własny użytek pojawić się mogą dwa podstawowe zagrożenia dla konkurencji: a) ograniczenie konkurencji „wewnątrztechnologicznej” na rynku dostaw materiałów do produkcji

oraz b) wyłączenie arbitrażu między licencjobiorcami, co daje licencjodawcy większe możliwości nakładania na licencjobiorców dyskryminujących opłat licencyjnych.

- (204) Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek mogą jednak także promować udzielanie licencji sprzyjających konkurencji. Jeżeli licencjodawca jest dostawcą komponentów, ograniczenie może być konieczne, aby nastąpiło rozpowszechnienie technologii między podmiotami niebędącymi konkurentami. Przy braku ograniczenia licencjodawca może nie udzielić licencji lub udzielić jej jedynie w zamian za wyższe opłaty licencyjne, gdyż w przeciwnym razie stworzyłby dla siebie bezpośrednią konkurencję na rynku komponentów. W takich przypadkach ograniczenie do wytwarzania produktów na własny użytek zazwyczaj nie ogranicza konkurencji lub wchodzi w zakres art. 101 ust. 3. Warunkiem tego jest jednak nieograniczanie licencjobiorcy w zakresie sprzedaży licencjonowanego produktu w charakterze części zamiennych do jego własnych produktów. Licencjobiorca musi być w stanie obsługiwać rynek części zamiennych do własnych produktów, w tym także niezależne organizacje serwisowe świadczące usługi serwisowe i naprawcze dla wytworzonych przez niego produktów.
- (205) Jeżeli licencjodawca nie jest dostawcą komponentów na właściwym rynku produktowym, wyżej przedstawione powody nakładania ograniczeń do wytwarzania produktów na własny użytek nie mają zastosowania. W takich przypadkach ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek mogą z zasady promować rozpowszechnianie technologii, gwarantując, że licencjobiorcy nie będą prowadzić sprzedaży na rzecz producentów konkurujących z licencjodawcą na innych rynkach produktowych. Rozwiązaniem alternatywnym o mniej ograniczającym charakterze jest zazwyczaj nałożone na licencjobiorcę ograniczenie niepozwalające mu zaopatrywać określonych grup klientów zastrzeżonych dla licencjodawcy. W związku z powyższym w takich przypadkach ograniczenie do wytwarzania produktów na własny użytek nie jest zwykle konieczne dla rozpowszechniania technologii.

2.6. Wiązanie i łączenie

- (206) W kontekście licencjonowania technologii wiązanie ma miejsce wtedy, gdy licencjodawca uzależnia licencjonowanie jednej technologii (produkt wiążący) od wzięcia przez licencjobiorcę licencji na inną technologię bądź nabycia produktu od licencjodawcy lub wyznaczonego przez niego podmiotu (produkt związany). Łączenie występuje, gdy dwie technologie lub technologia i produkt sprzedawane są tylko łącznie w postaci pakietu. W obu przypadkach konieczne jest, aby produkty i technologie różniły się od siebie w sposób zapewniający istnienie odrębnego popytu na każdy z produktów lub każdą z technologii, które biorą udział w procesie wiązania lub łączenia. Zwykle nie ma to miejsca, gdy technologie lub produkty są powiązane ze sobą z konieczności w taki sposób, że nie istnieje możliwość korzystania z licencjonowanej technologii bez produktu związanego lub z obu części pakietu bez drugiej z nich. Dalej pojęcie „wiązanie” odnosi się zarówno do porozumień dotyczących wiązania, jak i łączenia.
- (207) Artykuł 3 TTBER ograniczający stosowanie wyłączenia grupowego za pomocą progów udziału w rynku gwarantuje, że wiązanie i łączenie nie podlegają wyłączeniu grupowemu powyżej progu udziału w rynku wynoszącego 20 % w przypadku porozumień między konkurentami i 30 % w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Progi udziału w rynku stosuje się do wszelkich właściwych rynków technologicznych lub produktowych objętych

porozumieniem licencyjnym, w tym także do rynku produktu związanego. Powyżej progów udziału w rynku niezbędne jest zestawienie ze sobą efektów wiązania o negatywnych i pozytywnych skutkach dla konkurencji.

- (208) Głównym skutkiem ograniczającym wiązania jest wykluczenie konkurencyjnych dostawców produktów związanych. Wiązanie może także pozwolić licencjodawcy utrzymać władzę rynkową na rynku produktów wiążących poprzez podniesienie barier wejścia na rynek i zmuszenie w ten sposób nowych podmiotów do równoczesnego wejścia na kilka rynków. Ponadto wiązanie może pozwolić licencjodawcy podwyższyć opłaty licencyjne, zwłaszcza gdy produkt wiążący i produkt związany dają się częściowo zastąpić i nie są wykorzystywane w stałych proporcjach. Wiązanie powstrzymuje licencjobiorcę przed przestawieniem się na inne zastępcze składniki produkcji z uwagi na wzrost opłat licencyjnych za produkt wiążący. Wynikające z powyższego problemy w zakresie o konkurencji są niezależne od tego, czy strony porozumienia są konkurentami, czy też nie. Wiązanie może mieć negatywny wpływ na konkurencję, jeżeli licencjodawca dysponuje odpowiednio dużą władzą rynkową na rynku produktu wiążącego, aby móc ograniczyć konkurencję na rynku produktu związanego. Jeżeli brak mu takiej władzy, licencjodawca nie może wykorzystywać swojej technologii do celów antykonkurencyjnych polegających na wykluczaniu dostawców produktu związanego. Ponadto, podobnie jak w przypadku zakazu konkurowania, aby wystąpił odczuwalny efekt zamknięcia, wiązanie musi dotyczyć określonej części rynku produktu związanego. W przypadku gdy licencjodawca dysponuje władzą rynkową na rynku produktu związanego, a nie na rynku produktu wiążącego, ograniczenie uznaje się za zakaz konkurencji lub określenie ilości, co wynika z tego, że wszelkie problemy dotyczące konkurencji powstają na rynku produktu związanego, a nie na rynku produktu wiążącego⁷⁹.
- (209) Wiązanie może przynosić także korzyści ekonomiczne. Dzieje się tak przykładowo, gdy produkt związany jest niezbędny do korzystania w sposób zadowalający technicznie z licencjonowanej technologii lub do zagwarantowania, że produkcja prowadzona w oparciu o licencję odpowiada standardom jakościowym przestrzeganim przez licencjodawcę i innych licencjobiorców. W takich przypadkach wiązanie zazwyczaj nie ogranicza konkurencji lub jest objęte art. 101 ust. 3. Jeżeli licencjobiorcy posługują się znakiem towarowym lub marką licencjodawcy albo jeżeli związek między produktem, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia, a licencjodawcą jest – z innych powodów – oczywisty dla konsumentów, licencjodawca ma uzasadniony interes w zapewnieniu takiej jakości produktów, która nie obniża wartości jego technologii lub jego reputacji na rynku. Ponadto, jeżeli konsumenci dysponują wiedzą, że licencjobiorcy (i licencjodawca) prowadzą produkcję w oparciu o tę samą technologię, mało prawdopodobne jest, aby licencjobiorcy byli chętni do wzięcia licencji na tę technologię, jeżeli nie wszyscy korzystaliby z niej w zadowalający technicznie sposób.
- (210) Wiązanie może mieć także skutki pozytywne dla konkurencji, jeżeli produkt związany pozwala licencjobiorcy znacznie efektywniej korzystać z licencjonowanej technologii. Przykładowo, jeżeli licencjodawca udziela licencji na konkretną technologię procesową, strony mogą także uzgodnić, że licencjobiorca nabędzie od licencjodawcy katalizator przeznaczony do stosowania z licencjonowaną technologią

⁷⁹

W kwestii obowiązujących ram analitycznych zob. część IV.2.7 poniżej oraz pkt 129 i nast. wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 46.

i umożliwiającą bardziej efektywne korzystanie z technologii niż w przypadku innych katalizatorów. Jeżeli w takich przypadkach ograniczenie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1, warunki art. 101 ust. 3 mogą być spełnione nawet powyżej progów udziału w rynku.

2.7. Zakaz konkurowania

- (211) Zakaz konkurowania w kontekście licencjonowania technologii ma postać nałożonego na licencjobiorcę zakazu korzystania z technologii osób trzecich konkurujących z licencjonowaną technologią. O ile zakaz konkurowania dotyczy produktu lub dodatkowej technologii dostarczanych przez licencjodawcę, został on omówiony w poprzedniej części poświęconej wiązaniu.
- (212) Zgodnie z TTBER zakaz konkurowania podlega wyłączeniu grupowemu zarówno w przypadku porozumień między konkurentami, jak i porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami do progów udziału w rynku wynoszących odpowiednio 20 % i 30 %.
- (213) Podstawowym zagrożeniem dla konkurencji wynikającym z zakazu konkurowania jest wykluczenie technologii osób trzecich. W razie łącznego stosowania zakaz konkurowania może również ułatwiać znowę między licencjodawcami. Wykluczenie konkurencyjnych technologii zmniejsza presję konkurencyjną na opłaty licencyjne pobierane przez licencjodawcę i konkurencję między istniejącymi technologiami poprzez ograniczenie możliwości przechodzenia przez licencjobiorców na konkurencyjne technologie. Jako że w obydwu przypadkach głównym problemem jest wykluczenie, sposób oceny zarówno porozumień między konkurentami, jak i porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami może być zasadniczo taki sam. W przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, w ramach którego obie strony rezygnują z korzystania z technologii osób trzecich, porozumienie może ułatwiać znowę między nimi na rynku produktowym, w związku z czym uzasadniony jest niższy próg udziału w rynku wynoszący 20 %.
- (214) Z wykluczeniem mamy do czynienia, gdy znaczna część potencjalnych licencjobiorców jest już związana z jednym, a w przypadku efektu kumulacji z kilkoma źródłami technologii i nie może korzystać z konkurencyjnych technologii. Efekt zamknięcia może wynikać z porozumień zawartych przez jednego licencjodawcę dysponującego znaczącą władzą rynkową lub z efektu kumulacji porozumień zawartych przez kilku licencjodawców, nawet jeżeli każde indywidualne porozumienie lub sieć porozumień objęte są TTBER. W ostatnim z wymienionych przypadków mało prawdopodobne jest jednak wystąpienie poważnego efektu kumulacji dopóty, dopóki wiązanie dotyczy mniej niż 50 % rynku. Powyżej tego progu wyłączenie o poważnych skutkach może pojawić się w przypadku stosunkowo wysokich barier wejścia na rynek dla nowych licencjobiorców. Jeżeli bariery wejścia na rynek są niskie, mogą się na nim pojawić nowi licencjobiorcy i korzystać z ekonomicznie atrakcyjnych technologii należących do osób trzecich, a zatem stanowić rzeczywistą alternatywę dla licencjobiorców obecnych już na rynku. W celu określenia faktycznej możliwości wejścia na rynek osób trzecich i ich ekspansji konieczne jest także uwzględnienie stopnia, w jakim dystrybutorzy są związani z licencjobiorcami wskutek zakazu konkurowania. Technologie osób trzecich mają realną szansę pojawienia się na rynku tylko wtedy, gdy posiadają dostęp do niezbędnych aktywów produkcyjnych i dystrybucyjnych. Zatem łatwość wejścia na rynek uzależniona jest od istniejących licencjobiorców oraz ich dostępu

do systemu dystrybucji. Przy ocenie efektu zamknięcia na szczeblu dystrybucji Komisja posługiwać się będzie ramami analitycznymi określonymi w części IV.2.1 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁸⁰.

- (215) Jeżeli licencjodawca dysponuje znaczącą władzą rynkową, zobowiązanie licencjobiorców do nabywania technologii wyłącznie od licencjodawcy może prowadzić do poważnego efektu zamknięcia. Im silniejsza pozycja rynkowa licencjodawcy, tym większe ryzyko wykluczenia konkurencyjnych technologii. Wystąpienie odczuwalnego efektu zamknięcia niekoniecznie wymaga, aby zakaz konkurowania obejmował znaczną część rynku. Nawet przy jego braku efekt taki może wystąpić, jeżeli zakaz konkurowania dotyczy przedsiębiorstw, które najprędzej udzielałyby licencji na konkurencyjne technologie. Zagrożenie wykluczeniem jest szczególnie duże, gdy liczba potencjalnych licencjobiorców jest ograniczona, a porozumienie licencyjne dotyczy technologii stosowanej przez licencjobiorców do wytwarzania składników produkcji na potrzeby własne. W takich przypadkach bariery wejścia dla nowego licencjodawcy mogą być wysokie. Wykluczenia mogą być mniej prawdopodobne, jeżeli technologia wykorzystywana jest do wytworzenia produktu przeznaczonego dla osób trzecich; w takim przypadku ograniczenie wiązuje wprawdzie także zdolności produkcyjne, ale nie wiązuje popytu na produkt, w którym wykorzystany jest składnik wytworzony w oparciu o licencjonowaną technologię. W tym ostatnim przypadku licencjodawcy w celu wejścia na rynek muszą jedynie uzyskać dostęp do jednego lub kilku licencjobiorców dysponujących odpowiednimi zdolnościami produkcyjnymi. Mało prawdopodobne jest, aby licencjodawca, nakładając na swoich licencjobiorców zakaz konkurowania, był w stanie odmówić konkurentom dostępu do efektywnych licencjobiorców, chyba że jedynie kilka przedsiębiorstw posiada aktywa wymagane do nabycia licencji lub jest w stanie je zdobyć.
- (216) Zakaz konkurowania może wywierać również pozytywny wpływ na konkurencję. Po pierwsze, zakaz taki może promować rozpowszechnianie technologii poprzez ograniczenie ryzyka przywłaszczenia licencjonowanej technologii, a zwłaszcza licencjonowanego *know-how*. Jeżeli licencjobiorca uprawniony jest do nabywania licencji na korzystanie z konkurencyjnych technologii od osób trzecich, istnieje zagrożenie, że przede wszystkim licencjonowane *know-how* użyte zostanie w ramach korzystania z konkurencyjnych technologii, a zatem przyniesie korzyści konkurentom. Korzystanie przez licencjobiorcę także z konkurencyjnych technologii utrudnia zazwyczaj monitorowanie płatności z tytułu opłat licencyjnych, co może zniechęcać do udzielania licencji.
- (217) Po drugie, zakaz konkurowania połączony ewentualnie z wyłącznym terytorium może być niezbędny, aby zachęcić licencjobiorcę do inwestowania w licencjonowaną technologię i efektywnego jej wykorzystania. W przypadku gdy porozumienie z uwagi na odczuwalny efekt zamknięcia objęte jest art. 101 ust. 1, w celu skorzystania z art. 101 ust. 3 konieczny może być wybór rozwiązania alternatywnego o mniej ograniczającym charakterze, jak np. zobowiązanie do wytwarzania minimalnej ilości produktów lub uiszczania minimalnych opłat licencyjnych, co zwykle w mniejszym stopniu wpływa na zamknięcie dostępu do rynku konkurencyjnym technologiom.
- (218) Po trzecie, w przypadkach, w których licencjodawca podejmuje znaczne inwestycje, przykładowo w zakresie szkoleń i dostosowania licencjonowanej technologii do

⁸⁰

Zob. przypis 46.

potrzeb licencjobiorcy, zakaz konkutowania lub alternatywnie zobowiazanie do wytwarzania minimalnej ilosci produktow lub uiszczania minimalnych oplac licencyjnych moga okazać się niezbedne, aby naklonić licencjodawcę do poczynienia inwestycji i uniknąć problemu zablokowania dzialalności. Zazwyczaj jednak licencjodawca moze bezposrednio obciażyć licencjobiorcę kosztami takich inwestycji, pobierając oplate rycaltowa, co oznacza, że istnieją rozwiazania alternatywne o charakterze mniej ograniczajacym niz zakaz konkutowania.

3. POROZUMIENIA O ROZSTRZYGANIU SPORÓW

- (219) Klauzule o licencjonowaniu technologii lub o zrzeczeniu się roszczeń w porozumieniach o rozstrzyganiu sporów moga sluzyc jako srodek rozstrzygania sporów lub unikania sytuacji, w której jedna ze stron wykonuje swoje prawa własności intelektualnej, aby powstrzymać drugą od korzystania z jej własnej technologii⁸¹.
- (220) Porozumienia o rozstrzyganiu sporów w kontekście sporów dotyczacych technologii są – jak w przypadku wielu innych obszarów sporów handlowych – na ogół zasadnym sposobem znalezienia kompromisu możliwego do zaakceptowania przez obie strony w sporze, który powstał w dobrej wierze. Strony moga zdecydować się na przerwanie sporu lub wycofanie powództwa, poniewaz moze okazać się ono zbyt kosztowne, czasochlonne lub niepewne pod wzgledem wyniku. Porozumienia moga oszczedzić wysilków sądów lub właściwych organów administracyjnych podejmowanych w celu podjęcia decyzji w sprawie, a zatem moga przyczynić się do zwiększenia korzyści ekonomicznych. Z drugiej strony w interesie ogólnym jest wyeliminowanie nieważnych praw własności intelektualnej jako nieuzasadnionej bariery dla innowacji i dzialalności gospodarczej⁸².
- (221) Udzielanie licencji, w tym także licencji wzajemnych w ramach porozumień o rozstrzyganiu sporów zazwyczaj samo w sobie nie ogranicza konkurencji, poniewaz zezwala stronom na korzystanie z nalezacych do nich technologii po zawarciu porozumienia. Jezeli ze wzgledu na brak licencji prawdopodobne jest, że licencjobiorca mógłby zostać wykluczony z rynku, dostęp licencjobiorcy do danej technologii zagwarantowany porozumieniem o rozstrzygnięciu sporu sprzyja, ogólnie rzecz biorąc, konkurencji.
- (222) Jednak indywidualne warunki takich porozumień o rozstrzyganiu sporów moga wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Udzielanie licencji w kontekście porozumień o rozstrzyganiu sporów traktuje się tak samo jak pozostałe porozumienia licencyjne⁸³. W takich przypadkach szczególnie konieczne jest ustalenie, czy strony są konkurentami, również jezeli nie występuje ewentualny charakter blokujący.

Ograniczenia dotyczace platności w porozumieniach o rozstrzyganiu sporów

- (223) Porozumienia o rozstrzyganiu sporów między konkurentami, które obejmują licencję na technologię i rynek będący przedmiotem sporu, które jednak prowadzą do opóźnienia lub innego ograniczenia zdolności licencjobiorcy do wprowadzenia produktu na ten rynek, moga w pewnych okolicznościach być objęte art. 101 ust. 1. Szczegółowa kontrola jest konieczna zwłaszcza w sytuacji, w której licencjodawca

⁸¹ TTBER i wytyczne do TTBER pozostają bez uszczerbku dla stosowania art. 101 do porozumień o rozstrzyganiu sporów, które nie zawierają porozumienia licencyjnego.

⁸² Sprawa 193/83 Windsurfing przeciwko Komisji, [1986] Rec. 611, pkt 92.

⁸³ Por. sprawa 65/86 Bayer przeciwko Sulhofer [1988], Rec. 5259, pkt 15.

oferuje licencjodawcy zachętę – finansową lub o innym charakterze – nakłaniającą tego ostatniego do przyjęcia bardziej ograniczających warunków porozumienia niż warunki, które przyjęte zostałyby na podstawie walorów technologii licencjodawcy.

Licencjonowanie wzajemne w porozumieniach o rozstrzygnięciu sporów

- (224) Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów, w których strony udzielają sobie licencji wzajemnych i nakładają ograniczenia dotyczące korzystania z należących do nich technologii, w tym ograniczenia dotyczące udzielania licencji osobom trzecim, mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Jeżeli strony dysponują znaczącą władzą rynkową, a porozumienie nakłada ograniczenia, które wyraźnie wykraczają poza zakres wymagany do likwidacji charakteru blokującego, porozumienie może być objęte art. 101 ust. 1, nawet jeżeli prawdopodobne jest istnienie wzajemnego charakteru blokującego. Artykuł 101 ust. 1 stosuje się przede wszystkim wtedy, gdy strony dzielą się rynkami lub ustalają wzajemne opłaty licencyjne o znacznym wpływie na ceny rynkowe.
- (225) Jeżeli na mocy porozumienia o rozstrzygnięciu sporu strony uprawnione są do korzystania z technologii należącej do drugiej z nich, a porozumienie dotyczy także przyszłego rozwoju, niezbędna jest ocena wpływu porozumienia na motywację stron do prowadzenia prac innowacyjnych. W przypadkach, w których strony dysponują znaczącą władzą rynkową, porozumienie może być objęte art. 101 ust. 1, jeżeli powstrzymuje ono strony od zdobycia nad drugą z nich przewagi konkurencyjnej. Porozumienia eliminujące lub znacznie ograniczające możliwości jednej ze stron do zdobycia nad drugą przewagi konkurencyjnej zmniejszają motywację do prowadzenia prac innowacyjnych, a zatem w sposób negatywny oddziałują na istotną część procesu konkurencyjnego. Porozumienia takie przypuszczalnie nie spełniają także warunków określonych w art. 101 ust. 3. Mało prawdopodobne jest zwłaszcza, aby ograniczenie można było uznać za niezbędne w rozumieniu trzeciego warunku, o którym mowa w art. 101 ust. 3. Osiągnięcie celu porozumienia, czyli zagwarantowanie stronom, że będą mogły nadal korzystać z własnej technologii, nie będąc blokowanymi przez drugą ze stron, nie wymaga od nich uzgodnienia także udostępniania sobie przyszłych innowacji. Uniemożliwienie stronom zdobycia przewagi konkurencyjnej nad drugą z nich jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli celem licencji jest pozwolenie im na opracowywanie odpowiednich własnych technologii i jeżeli licencja nie powoduje korzystania z tych samych rozwiązań technologicznych. Porozumienia takie jedynie zapewniają swobodę projektowania, zapobiegając skargom drugiej strony o naruszenie praw własności w przyszłości.

Klauzule o niekwestionowaniu ważności praw w porozumieniach o rozstrzygnięciu sporów

- (226) W kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów w dobrej wierze uważa się, że klauzule o niekwestionowaniu ważności praw zasadniczo nie wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Nieodłączną cechą takich porozumień jest, że strony porozumiewają się co do niekwestionowania *ex post* praw własności intelektualnej będących przedmiotem sporu. Celem porozumienia jest bowiem właśnie rozstrzygnięcie istniejących sporów lub uniknięcie ich w przyszłości.
- (227) Jednak klauzule o niekwestionowaniu ważności praw w porozumieniach o rozstrzygnięciu sporów mogą mieć w pewnych okolicznościach negatywne skutki dla konkurencji i mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Takie klauzule nie stanowią części konkretnego przedmiotu patentu i mogą ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 101. Ma to miejsce na przykład w sytuacji, gdy licencjodawca wie lub gdy można w uzasadniony sposób zakładać, że wie, iż licencjonowana technologia nie

spełnia właściwych kryteriów prawnych pozwalających na pozyskanie ochrony praw własności intelektualnej, na przykład jeżeli patent został uzyskany w oparciu o niepoprawne, mylące lub niepełne informacje. Szczegółowa kontrola takich klauzul jest niezbędna również wtedy, gdy licencjodawca nakłania licencjobiorcę – w drodze zachęty finansowej lub o innym charakterze – aby zgodził się nie podważać ważności technologii.

4. GRUPY TECHNOLOGII

- (228) Grupy technologii oznaczają porozumienia, zgodnie z którymi co najmniej dwie strony tworzą pakiet technologii, który jest licencjonowany nie tylko na rzecz uczestników grupy, ale także osób trzecich. Pod względem struktury grupy technologii mogą mieć postać prostych uzgodnień między ograniczoną liczbą stron lub też rozbudowanych uzgodnień organizacyjnych, na podstawie których udzielanie licencji na korzystanie z technologii wchodzących w skład grupy powierza się odrębnej jednostce. W obu przypadkach grupa technologii może pozwalać licencjobiorcom prowadzić działalność na rynku w oparciu o jedną licencję.
- (229) Nie istnieje bezpośredni związek między grupą technologii a standardami, jednak technologie wchodzące w skład grupy często (w całości lub w części) wspierają standard przemysłowy *de facto* lub *de iure*⁸⁴. Różne grupy technologii mogą wspierać standardy konkurencyjne⁸⁵. Grupy technologii mogą mieć pozytywny wpływ na konkurencję, w szczególności poprzez obniżenie kosztów transakcji i określenie limitu łącznych opłat licencyjnych w celu uniknięcia podwójnego narzutu cenowego. Grupy umożliwiają kompleksowe udzielanie licencji na technologie wchodzące w ich skład. Ma to szczególne znaczenie w sektorach, w których występują prawa własności intelektualnej i w których prowadzenie działalności na rynku wymaga otrzymania licencji od znacznej liczby licencjodawców. W przypadkach, w których licencjobiorcom oferuje się stałą obsługę w zakresie stosowania licencjonowanej technologii, wspólne udzielanie i obsługa licencji może prowadzić do dalszej redukcji kosztów. Grupowanie patentów może mieć również korzystny wpływ na wdrażanie norm sprzyjających konkurencji.
- (230) Grupy technologii mogą również ograniczać konkurencję. Utworzenie grupy technologii wymaga wspólnej sprzedaży technologii wchodzących w skład grupy, co w przypadku grup składających się wyłącznie lub głównie z technologii zastępczych jest równoznaczne z porozumieniem kartelowym ustalającym ceny. Ponadto poza ograniczaniem konkurencji między stronami, grupy technologii mogą także, zwłaszcza gdy wspierają standard przemysłowy lub ustanawiają standard przemysłowy *de facto*, powodować zmniejszenie innowacyjności, wykluczając alternatywne technologie. Istniejący standard przemysłowy i związana z nim grupa technologii mogą utrudniać wejście na rynek nowym i usprawnionym technologiom.
- (231) Porozumienia ustanawiające grupy technologii oraz określające warunki ich funkcjonowania, niezależnie od liczby stron, nie podlegają wyłączeniu grupowemu,

⁸⁴ Jeżeli chodzi o traktowanie standardów oraz porozumień standaryzacyjnych, zob. wytyczne horyzontalne, pkt 257 i następne, przytoczone w przypisie 26.

⁸⁵ Zob. w tym względzie komunikat prasowy Komisji IP/02/1651 dotyczący licencjonowania patentów na usługi telefonii komórkowej trzeciej generacji. W tej sprawie zaangażowane było pięć grup technologii, tworzących pięć różnych technologii, z których każda mogłaby być wykorzystana do produkcji sprzętu trzeciej generacji.

jako że porozumienie ustanawiające grupę nie pozwala danemu licencjobiorcy na wytwarzanie produktów objętych umową (por. część III.2.2 powyżej). W odniesieniu do tych porozumień obowiązują jedynie niniejsze wytyczne. W wyniku porozumień ustanawiających grupy powstaje szereg kwestii dotyczących wyboru technologii wchodzących w skład grupy oraz jej funkcjonowania, które nie występują w przypadku innych rodzajów licencji. Udzielanie licencji podmiotom spoza grupy jest, ogólnie rzecz biorąc, uważane za porozumienie wielostronne, jako że warunki udzielania licencji określają zwykle członkowie grupy, a tym samym nie wchodzi ono w zakres wyłączeń grupowych. Udzielanie licencji podmiotom spoza grupy jest jednak objęte częścią IV.4.2.

4.1. Ocena utworzenia i funkcjonowania grup technologii

- (232) Sposób tworzenia, organizacji i funkcjonowania grupy technologii może zmniejszyć ryzyko polegające na tym, że jej celem lub skutkiem jest ograniczanie konkurencji, a ponadto zagwarantować, że uzgodnienie dotyczące grupy sprzyja konkurencji. Oceniając ewentualne zagrożenia dla konkurencji oraz korzyści, Komisja między innymi zwróci uwagę na przejrzystość procesu tworzenia grupy; dobór oraz rodzaj technologii wchodzących w skład grupy, w tym zakres, w jakim w utworzenie oraz funkcjonowanie grupy zaangażowani są niezależni eksperci; oraz na fakt, czy wprowadzono zabezpieczenia zapobiegające wymianie informacji szczególnie chronionych oraz niezależne mechanizmy rozwiązywania sporów.

Uczestnictwo otwarte

- (233) W przypadku gdy udział w procesie tworzenia standardu lub grupy jest otwarty dla wszystkich zainteresowanych stron reprezentujących różne interesy, bardziej prawdopodobne jest, że technologie mające wejść w skład grupy wybierane są na podstawie kryteriów cenowo-jakościowych, niż w przypadku, gdy grupa stworzona jest przez ograniczoną liczebnie grupę właścicieli technologii. Podobnie, gdy stosowne organy grupy składają się z osób reprezentujących różne interesy, bardziej prawdopodobne jest, że warunki udzielania licencji, w tym także opłaty licencyjne, będą oferowane wszystkim potencjalnym licencjobiorcom, będą miały charakter niedyskryminujący oraz odzwierciedlać będą wartość licencjonowanej technologii, niż w sytuacji, w której grupa kontrolowana jest jedynie przez przedstawicieli licencjodawców.

Wybór i rodzaj technologii wchodzących w skład grupy

- (234) Zagrożenie dla konkurencji i korzyści, jakie wiążą się z grupami technologii, zależą w dużym stopniu od relacji między technologiami połączonymi w pakiet i relacji między nimi a technologiami spoza grupy. Należy przy tym wyróżnić: a) technologie uzupełniające i technologie zastępcze; oraz b) technologie istotne i technologie nieistotne.
- (235) Dwie technologie mają charakter uzupełniający, w przeciwieństwie do charakteru zastępczego, gdy obie są niezbędne do wytworzenia produktu lub realizacji procesu, którego dotyczą. Natomiast dwie technologie mają charakter zastępczy, gdy dowolna z nich pozwala na wytworzenie produktu lub realizację procesu, którego dotyczą.
- (236) Technologia może być istotna a) w celu wytwarzania konkretnego produktu lub przeprowadzania konkretnego procesu, którego dotyczą technologie wchodzące w skład grupy, albo b) w celu wytwarzania takiego produktu lub przeprowadzania takiego procesu zgodnie ze standardem, który obejmuje technologie wchodzące w skład grupy. W pierwszym przypadku technologia jest istotna (w przeciwieństwie do

charakteru nieistotnego), gdy nie istnieją dla niej substytuty (możliwe do wykorzystania z handlowego lub technicznego punktu widzenia) ani wewnątrz grupy, ani poza nią, a dana technologia stanowi niezbędną część składową pakietu technologii do celów wytwarzania produktu(-ów) lub realizacji procesu(-ów), których dotyczy grupa. W drugim przypadku technologia jest istotna, jeżeli stanowi niezbędną część (to znaczy nie ma możliwych do wykorzystania substytutów) technologii wchodzących w skład grupy, niezbędną dla zachowania zgodności ze standardem wspieranym przez grupę (technologie istotne z punktu widzenia standardu). Technologie istotne mają z konieczności charakter uzupełniający.

- (237) Jeżeli technologie wchodzące w skład grupy mają charakter zastępczy, opłaty licencyjne mogą być wyższe niż w innym wypadku, ponieważ licencjobiorcy nie czerpią korzyści z rywalizacji między danymi technologiami. Jeżeli technologie wchodzące w skład grupy mają charakter uzupełniający, grupowanie patentów obniża koszty transakcji i może prowadzić do niższych całkowitych opłat licencyjnych, ponieważ strony są w stanie ustalić wspólną opłatę licencyjną za pakiet w przeciwieństwie do ustalania przez każdą z nich opłaty licencyjnej, która nie uwzględnia opłaty ustalonej przez pozostałych. Na potrzeby oceny technologii zastępczych poza grupą zob. pkt 245.
- (238) Jednoznaczne odróżnienie technologii o charakterze uzupełniającym od technologii o charakterze zastępczym nie zawsze jest możliwe, jako że technologie mogą w części wykazywać jeden lub drugi charakter. Jeżeli z uwagi na korzyści wynikające z połączenia dwóch technologii istnieje prawdopodobieństwo, że licencjobiorcy będą zgłaszać zapotrzebowanie na obie z nich, uznaje się je za uzupełniające, nawet jeżeli można je częściowo zastąpić. W takich przypadkach prawdopodobne jest, że gdyby grupa nie istniała, licencjobiorcy chcieliby otrzymać licencję na obie technologie w związku z dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi wynikającymi z zastosowania obu technologii w porównaniu z zastosowaniem tylko jednej z nich.
- (239) Włączenie technologii zastępczych do grupy ogranicza, ogólnie rzecz biorąc, konkurencję „międzytechnologiczną”, ponieważ może prowadzić do łączenia zbiorowego i ustalania cen przez konkurentów. Komisja co do zasady uznaje zatem, że włączenie znaczących technologii zastępczych do grupy stanowi naruszenie art. 101 ust. 1. Komisja uważa również za mało prawdopodobne spełnienie warunków określonych w art. 101 ust. 3 w przypadku grup składających się w dużym stopniu z technologii zastępczych. Zważywszy, że technologie, o których mowa, mają charakter alternatywny, nie występuje oszczędność kosztów z tytułu transakcji. W przypadku braku grupy technologii licencjobiorcy nie wykazaliby zainteresowania obiema technologiami. Dla złagodzenia problemów związanych z konkurencją nie wystarczy, aby strony zachowały swobodę niezależnego udzielania licencji. Jest to spowodowane tym, że strony z dużym prawdopodobieństwem będą miały niewielką motywację do udzielania niezależnych licencji, aby nie podważać działalności licencyjnej grupy, co pozwoli im na wspólne korzystanie z władzy rynkowej.

Dobór i funkcja niezależnych ekspertów

- (240) Innym ważnym czynnikiem na etapie oceny zagrożeń dla konkurencji oraz korzyści grup technologii jest stopień zaangażowania niezależnych ekspertów w tworzenie i działalność grupy. Przykładowo ocena, czy technologia ma istotne znaczenie dla standardu wspieranego przez grupę, czy też nie, jest często złożoną kwestią

wymagającą szczególnej wiedzy specjalistycznej. Zaangażowanie niezależnych ekspertów w proces wyboru technologii może w dużym stopniu przyczynić się do zapewnienia w praktyce realizacji zobowiązania do włączania do grupy jedynie istotnych technologii. Jeżeli wybór technologii, jakie mają zostać włączone do grupy, jest dokonywany przez niezależnego eksperta, może to w dodatkowym stopniu przyczynić się do konkurencji między dostępnymi rozwiązaniami technologicznymi.

- (241) Komisja uwzględni, jaki był sposób doboru ekspertów i jakie dokładnie zadania zostały im powierzone. Eksperci powinni być niezależni od przedsiębiorstw tworzących grupę. Jeżeli eksperci są powiązani z licencjodawcami (lub działalnością grupy polegającą na udzielaniu licencji) lub w jakikolwiek inny sposób od nich zależni, ich wkład będzie miał mniejsze znaczenie. Eksperci muszą także posiadać niezbędną specjalistyczną wiedzę techniczną, aby wykonywać różne powierzone im zadania. Zadania te mogą obejmować zwłaszcza ocenę, czy technologie zaproponowane do włączenia do grupy są ważne i istotne czy też nie.
- (242) Wreszcie, istotne jest uwzględnienie mechanizmu rozstrzygania sporów przewidzianego w dokumentach ustanawiających grupę. Rozstrzyganie sporów w sposób obiektywny jest tym bardziej prawdopodobne, im bardziej niezależne od grupy technologii i jej członków będą organy i osoby, którym będzie ono powierzone.

Zabezpieczenia zapobiegające wymianie informacji szczególnie chronionych

- (243) Uwzględnić należy także uzgodnienia między stronami dotyczące wymiany informacji szczególnie chronionych. Na rynkach oligopolistycznych wymiana informacji szczególnie chronionych, takich jak informacje dotyczące ustalania cen i produkcji, może ułatwiać znowę⁸⁶. W takich przypadkach Komisja weźmie pod uwagę środki zabezpieczające, które przewidziano w celu zapobieżenia wymianie wyżej wymienionych informacji. Niezależny ekspert bądź organ udzielający licencji mogą odgrywać w tym względzie ważną rolę w zakresie dopilnowania, aby informacje dotyczące produkcji i sprzedaży, które mogą być niezbędne do obliczania i weryfikacji opłat licencyjnych, nie zostały ujawnione przedsiębiorstwom konkurującym na rynkach, których to dotyczy. Takie zabezpieczenia należy uruchamiać ze specjalną ostrożnością, jeżeli zainteresowane strony uczestniczą jednocześnie w wysiłkach zmierzających do stworzenia grup o konkurencyjnych standardach i jeżeli wysiłki te mogą prowadzić do wymiany informacji szczególnie chronionych między konkurującymi ze sobą grupami.

„Bezpieczna przystań”

- (244) Stworzenie grupy i jej działalność zasadniczo wykracza poza zakres art. 101 ust. 1 niezależnie od pozycji rynkowej stron, o ile spełnione są wszystkie wymienione poniżej warunki:
- a) uczestnictwo w standardzie i proces tworzenia grupy są otwarte dla wszystkich zainteresowanych stron;
 - b) przyjęto wystarczające zabezpieczenia w celu zagwarantowania, iż grupę tworzą jedynie technologie o istotnym charakterze (które tym samym są z definicji również technologiami uzupełniającymi);

⁸⁶ Zob. w tym względzie wyrok w sprawie *John Deere* przytoczonej w przypisie 11.

- c) przyjęto dostateczne zabezpieczenia w celu dopilnowania, aby wymiana informacji szczególnie chronionych była ograniczona do tego, co jest niezbędne do utworzenia i działania grupy;
- d) licencji na technologie wchodzące w skład grupy nie udziela się w ramach grupy na zasadzie wyłączności;
- e) licencje na technologie wchodzące w skład grupy są udzielane wszystkim potencjalnym licencjobiorcom na warunkach sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących (ang. *FRAND*);
- f) stronom wnoszącym technologię do grupy oraz licencjobiorcom przysługuje swoboda w zakresie kwestionowania ważności i istotności technologii wchodzących w skład grupy, oraz;
- g) stronom wnoszącym technologię do grupy oraz licencjobiorcom przysługuje swoboda w zakresie opracowywania konkurencyjnych produktów i technologii.

Poza obszarem „bezpiecznej przystani”

- (245) W przypadku włączenia do grupy patentów o charakterze uzupełniającym, lecz nieistotnym, istnieje zagrożenie zamknięcia dostępu do rynku technologiom osób trzecich. Z chwilą włączenia technologii do grupy i licencjonowania jej jako części pakietu motywacja licencjobiorców do nabywania licencji na korzystanie z konkurencyjnych technologii będzie niewielka, jeżeli opłata licencyjna za pakiet obejmuje już technologię zastępczą. Ponadto włączenie technologii, które nie są niezbędne do wytwarzania produktu(-ów) lub realizacji procesu(-ów), których dotyczy grupa technologii, lub do zachowania zgodności ze standardami, które obejmuje technologia wchodząca w skład grupy, również zmusza licencjobiorców do płacenia za technologię, która potencjalnie nie jest im potrzebna. Włączenie technologii uzupełniających jest zatem równoznaczne z łączeniem zbiorowym. Jeżeli grupa obejmuje technologie o charakterze nieistotnym, porozumienie może wchodzić w zakres art. 101 ust. 1, o ile posiada ona znaczącą pozycję na jednym z właściwych rynków.
- (246) Biorąc pod uwagę, że technologie zastępcze i uzupełniające mogą być opracowywane po stworzeniu grupy, ocena istotności jest procesem ciągłym. Technologia może zatem po stworzeniu grupy utracić istotny charakter z uwagi na pojawienie się na rynku nowych technologii osób trzecich. Jednym ze sposobów zagwarantowania, aby takie technologie osób trzecich nie podlegały wykluczeniu, jest usunięcie z grupy technologii, które stały się nieistotne. Cel ten można osiągnąć także w inny sposób.
- (247) Na etapie oceny grup technologii składających się z technologii o charakterze nieistotnym Komisja uwzględni w swojej ocenie ogólnej między innymi następujące czynniki:
- a) czy włączenie technologii o charakterze nieistotnym do grupy w jakikolwiek sposób sprzyja konkurencji, na przykład ze względu na koszty oceny, czy wszystkie technologie są istotne, biorąc pod uwagę wysoką liczbę technologii;
 - b) czy licencjodawcy zachowują swobodę niezależnego udzielania licencji na korzystanie z należących do nich technologii. Jeżeli grupa składa się z ograniczonej liczby technologii, a technologie zastępcze pozostają poza grupą, licencjobiorcy mogą dążyć do stworzenia własnego pakietu

technologicznego składającego się częściowo z technologii wchodzących w skład grupy, a częściowo z technologii należących do osób trzecich;

- c) czy w przypadku, gdy technologie zgrupowane w pakiecie mają różne zastosowanie nie zawsze wymagające korzystania ze wszystkich z tych technologii, grupa oferuje technologie tylko w jednym pakiecie, czy też w osobnych pakietach dla różnych zastosowań, z których każdy obejmuje jedynie technologie istotne dla danego zastosowania. W tym ostatnim przypadku technologie niemające istotnego znaczenia dla konkretnego produktu lub procesu nie są wiązane z technologiami o istotnym charakterze;
- d) czy technologie połączone w pakiet są dostępne wyłącznie jako jeden pakiet, czy też licencjodawcy mają możliwość uzyskania licencji na korzystanie tylko z części pakietu za odpowiednio mniejszą opłatą licencyjną. Możliwość uzyskania licencji na korzystanie tylko z części pakietu może zmniejszyć ryzyko wykluczenia technologii osób trzecich istniejących poza grupą, zwłaszcza gdy licencjodawca otrzymuje proporcjonalne obniżenie opłat licencyjnych. Wymaga to przypisania każdej z technologii wchodzących w skład grupy odpowiedniego udziału w ogólnej opłacie licencyjnej. Jeżeli porozumienia licencyjne zawarte między grupą technologii a indywidualnymi licencjodawcami obowiązują przez stosunkowo długi okres, a technologie wchodzące w skład grupy wspierają standard przemysłowy *de facto*, należy również wziąć pod uwagę, że grupa może zamknąć dostęp do rynku nowym technologiom zastępczym. Oceniając ryzyko wykluczenia w takich przypadkach, uwzględnić należy, czy licencjodawcy mogą z odpowiednim wyprzedzeniem wypowiedzieć część porozumienia licencyjnego i uzyskać stosowne obniżenie opłat licencyjnych.

(248) Nawet porozumienia o grupowaniu patentów, które ograniczają konkurencję, mogą prowadzić do poprawy efektywności sprzyjającej konkurencji (zob. pkt 229), którą należy rozpatrywać na podstawie art. 101 ust. 3 i przeciwstawiać negatywnemu wpływowi na konkurencję. Na przykład gdy grupy patentów obejmują patenty o charakterze nieistotnym, ale wypełniają wszystkie pozostałe kryteria obszaru „bezpiecznej przystani” wymienione w pkt 244, jeżeli włączenie technologii o charakterze nieistotnym do grupy w jakiegokolwiek sposób sprzyja konkurencji (zob. lit. a) powyżej) i jeżeli licencjodawcy mają możliwość uzyskania licencji na korzystanie tylko z części pakietu za odpowiednio mniejszą opłatą licencyjną (zob. lit. d) powyżej), warunki art. 101 ust. 3 mogą być spełnione.

4.2. Ocena poszczególnych ograniczeń w porozumieniach między grupami a ich licencjodawcami

(249) Jeżeli porozumienie o utworzeniu grupy technologii nie narusza art. 101, kolejnym krokiem jest ocena wpływu licencji, udzielanych przez grupę licencjodawcom, na konkurencję. Warunki, na których udzielane są wspomniane licencje, mogą być objęte art. 101 ust. 1. Celem niniejszej części jest omówienie wybranych ograniczeń, które w takiej czy innej formie powszechnie występują w porozumieniach licencyjnych w ramach grup technologii i wymagają oceny w ogólnym kontekście takich grup. Ogólnie rzecz biorąc TTBER nie stosuje się do porozumień licencyjnych zawartych między grupą technologii a licencjodawcami będącymi osobami trzecimi (zob. pkt 231). Niniejsza część poświęcona jest indywidualnej ocenie zagadnień związanych z udzielaniem licencji, które są charakterystyczne dla udzielania licencji w kontekście grup technologii.

- (250) Dokonując oceny porozumień o transferze technologii między grupą a licencjobiorcami, Komisja będzie kierować się następującymi zasadami podstawowymi:
- a) im silniejsza pozycja rynkowa grupy, tym większe zagrożenie negatywnymi skutkami dla konkurencji;
 - b) im silniejsza pozycja rynkowa grupy, tym bardziej prawdopodobne jest, że porozumienie o nieudzielaniu licencji wszystkim potencjalnym licencjobiorcom lub udzielanie licencji na warunkach dyskryminujących będzie stanowiło naruszenie art. 101;
 - c) grupy nie powinny nadmiernie wykluczać technologii osób trzecich lub ograniczać tworzenia alternatywnych grup;
 - d) porozumienia o transferze technologii nie powinny zawierać żadnych z najważniejszych ograniczeń konkurencji wymienionych w art. 4 TTBER (zob. część III.4 powyżej).
- (251) Przedsiębiorstwa, które tworzą grupę technologii zgodną z art. 101, dysponują zwykle swobodą negocjowania i ustalania wysokości opłat licencyjnych za pakiet technologii (z zastrzeżeniem ewentualnie podjętych zobowiązań dotyczących udzielania licencji w sposób sprawiedliwy, rozsądny i niedyskryminujący) oraz udziału każdej z technologii w tych opłatach przed określeniem standardu lub po jego określeniu. Porozumienia takie są nieodłącznie związane z ustanowieniem standardu lub grupy i same w sobie nie mogą być uznane za ograniczenie konkurencji. W pewnych okolicznościach bardziej efektywne może się okazać uzgadnianie opłat licencyjnych przed wyborem standardu, aby uniknąć sytuacji, w której wybór standardu powoduje zwiększenie stawki opłat poprzez przyznanie znaczącej władzy rynkowej jednej lub kilku technologiom o istotnym charakterze. Z drugiej strony licencjobiorcy muszą zachować swobodę wyznaczania cen produktów wytwarzanych na licencji.
- (252) Jeżeli grupa posiada na rynku pozycję dominującą, opłaty licencyjne i inne warunki udzielania licencji winny być sprawiedliwe, rozsądne i niedyskryminujące (ang. *FRAND*)⁸⁷, a licencje – niewyłączne. Spełnienie tych warunków jest niezbędne do zagwarantowania, że grupa jest otwarta i nie prowadzi do wykluczenia lub innych negatywnych skutków dla konkurencji na rynkach niższego szczebla. Wspomniane wymagania nie wykluczają jednak różnych opłat licencyjnych za różne dziedziny zastosowań. Stosowanie różnych opłat licencyjnych w odniesieniu do różnych rynków produktowych nie jest uznawane za ograniczanie konkurencji, jeżeli nie wiąże się z dyskryminacją na poszczególnych rynkach produktowych. W szczególności traktowanie licencjobiorców grupy nie powinno być uzależnione od tego, czy są oni również licencjodawcami czy też nie. Komisja uwzględni zatem fakt, czy licencjodawcy i licencjobiorcy są zobowiązani do uiszczania takich samych opłat licencyjnych.
- (253) Licencjodawcy i licencjobiorcy muszą mieć swobodę opracowywania konkurencyjnych produktów i standardów. Muszą mieć również swobodę udzielania i uzyskiwania licencji poza grupą. Wymogi te są niezbędne do ograniczenia ryzyka wykluczenia technologii osób trzecich i dopilnowania, aby grupa nie ograniczała innowacyjności i nie wykluczała tworzenia konkurencyjnych rozwiązań

⁸⁷ Szczegóły dotyczące *FRAND* znajdują się w wytycznych horyzontalnych, pkt 287 i następne, przytoczonych w przypisie 26.

technologicznych. W przypadku, gdy technologia wchodząca w skład grupy jest objęta standardem przemysłowym (*de facto*), a strony obowiązują zakaz konkurowania, istnieje poważne niebezpieczeństwo, że grupa uniemożliwi rozwój nowych oraz usprawnianie dotychczasowych technologii i standardów.

- (254) Zobowiązania do udzielenia licencji zwrotnej nie powinny mieć charakteru wyłącznego, powinny także ograniczać się do rozwoju, który jest istotny i ważny dla korzystania z technologii wchodzących w skład grupy. Pozwala to grupie czerpać korzyści z usprawnień technologii wchodzących w skład grupy i dalej je przekazywać. Z punktu widzenia stron zasadne jest dopilnowanie – poprzez zobowiązania do udzielania licencji zwrotnych – aby korzystanie z technologii wchodzących w skład grupy nie było wstrzymywane przez licencjobiorców, w tym podwykonawców prowadzących działalność na licencji licencjobiorcy, którzy posiadają lub nabywają istotne patenty.
- (255) Jednym z problemów dotyczących grup patentów jest niebezpieczeństwo ochrony nieważnych patentów. Łączenie technologii w grupy może zwiększać koszt/ryzyko ich udanego zaskarżenia, ponieważ zaskarżenie może zakończyć się niepowodzeniem, jeżeli tylko jeden z patentów w grupie jest ważny. Ochrona nieważnych patentów w grupie może zmuszać licencjobiorców do płacenia wyższych opłat licencyjnych i hamować prace innowacyjne w dziedzinie, której dotyczy nieważny patent. W tym kontekście klauzule o niekwestionowaniu praw, w tym klauzule o rozwiązaniu porozumienia⁸⁸, w porozumieniu o transferze technologii między grupą a osobami trzecimi mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1.
- (256) W grupach często skupiane są zarówno patenty, jak i zgłoszenia patentowe. Jeżeli zgłaszający, który ubiega się o patent, składa swoje zgłoszenie do grupy, korzysta, w stosownych przypadkach, z procedur zgłaszania patentów pozwalających na ich szybsze przyznanie, prowadzi to do szybszego uzyskania pewności odnośnie do zakresu i ważności tych patentów.

⁸⁸

Zob. część III.5.