

## KOMUNIKAT KOMISJI

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

(2014/C 89/03)

## SPIS TREŚCI

1.	WPROWADZENIE .....	5
2.	ZASADY OGÓLNE .....	5
2.1.	Artykuł 101 Traktatu a prawa własności intelektualnej .....	5
2.2.	Ogólne zasady ramowe stosowania art. 101 .....	6
2.3.	Definicja rynku .....	8
2.4.	Różnice między konkurentami a podmiotami niebędącymi konkurentami .....	10
3.	STOSOWANIE TTBER .....	12
3.1.	Skutki TTBER .....	12
3.2.	Zakres TTBER i okres jego obowiązywania .....	12
3.2.1.	Pojęcie porozumienia o transferze technologii .....	12
3.2.2.	Pojęcie „transferu” .....	13
3.2.3.	Porozumienia między dwiema stronami .....	14
3.2.4.	Porozumienia dotyczące wytwarzania produktów objętych umową .....	14
3.2.5.	Czas trwania .....	16
3.2.6.	Związki z innymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych .....	16
3.2.6.1.	Rozporządzenia o wyłączeniach grupowych względem porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych .....	16
3.2.6.2.	Rozporządzenie o wyłączeniu grupowym względem porozumień wertykalnych .....	17
3.3.	Progi udziału w rynku określające obszar „bezpiecznej przystani” .....	17
3.4.	Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych .....	20
3.4.1.	Zasady ogólne .....	20
3.4.2.	Porozumienia między konkurentami .....	20
3.4.3.	Porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami .....	25
3.5.	Wykluczone ograniczenia .....	27
3.6.	Cofnięcie przywileju wyłączenia grupowego i niestosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym .....	30
3.6.1.	Procedura cofnięcia .....	30
3.6.2.	Niestosowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych .....	31
4.	STOSOWANIE ART. 101 UST. 1 I ART. 101 UST. 3 TRAKTATU POZA ZAKRESEM STOSOWANIA TTBER .....	31
4.1.	Ogólne ramy analizy .....	31
4.1.1.	Istotne czynniki .....	32
4.1.2.	Negatywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję .....	33
4.1.3.	Pozytywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję i ramy analizy ich oddziaływania .....	34
4.2.	Stosowanie art. 101 do różnego rodzaju ograniczeń licencyjnych .....	36
4.2.1.	Opłaty licencyjne .....	36
4.2.2.	Wyłączność porozumień licencyjnych i ograniczenia sprzedaży .....	37
4.2.2.1.	Licencje wyłączne i licencje jedyne .....	37

---

4.2.2.2.	Ograniczenia sprzedaży .....	38
4.2.3.	Ograniczenia produkcji .....	39
4.2.4.	Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań .....	40
4.2.5.	Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek .....	41
4.2.6.	Wiązanie i łączenie .....	42
4.2.7.	Zakaz konkurowania .....	43
4.3.	Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów .....	44
4.4.	Grupy technologii .....	45
4.4.1.	Ocena utworzenia i funkcjonowania grup technologii .....	46
4.4.2.	Ocena poszczególnych ograniczeń w porozumieniach między grupami a ich licencjobiorcami .....	49

## 1. WPROWADZENIE

1. Niniejsze wytyczne określają zasady oceny porozumień o transferze technologii na podstawie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>(1)</sup> („art. 101”). Porozumienia o transferze technologii dotyczą udzielania licencji na korzystanie z praw do technologii, w ramach których licencjodawca zezwala licencjobjorcy na używanie licencjonowanych praw do technologii do wytwarzania produktów lub świadczenia usług zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii („TTBER”) <sup>(2)</sup>.
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 o transferze technologii<sup>(3)</sup>.
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 niniejsze 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.

## 2. ZASADY OGÓLNE

### 2.1. Artykuł 101 Traktatu a prawa własności intelektualnej

5. Celem ogólnym art. 101 Traktatu 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 przedsiębiorstw<sup>(4)</sup>, które mogą

wpływać na handel między państwami członkowskimi<sup>(5)</sup> i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji<sup>(6)</sup>. W drodze wyjątku od tej reguły art. 101 ust. 3 stanowi, że zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1, może zostać uznany za niemający zastosowania do porozumień między przedsiębiorstwami, które przyczyniają się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do wspierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla konsumentów słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów oraz które dają tym przedsiębiorstwom możliwość 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, na przykład poprzez udzielanie licencji osobom trzecim. Z chwilą wprowadzenia, przez właściciela lub za jego zgodą, do obrotu na rynku na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) produktu, w którym wykorzystano prawo własności intelektualnej, z wyjątkiem prawa do publicznego odtwarzania<sup>(7)</sup>, prawo to jest wyczerpane w takim rozumieniu, że właściciel traci możliwość powoływania się na nie w celu kontrolowania sprzedaży produktu (zasada wyczerpania prawa na terenie Unii)<sup>(8)</sup>. Właściciel praw nie ma – na mocy przepisów dotyczących praw własności intelektualnej – prawa uniemożliwiać sprzedaży przez licencjobjorców lub nabywców takich produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. 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.

<sup>(1)</sup> 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.

<sup>(2)</sup> Dz.U. L 93 z 28.3.2014, s. 17. 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).

<sup>(3)</sup> Zob. przez analogię 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.

<sup>(4)</sup> Dalej pojęcie „porozumienie” obejmuje praktyki uzgodnione i decyzje związków przedsiębiorstw.

<sup>(5)</sup> 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.

<sup>(6)</sup> Dalej pojęcie „ograniczenie” obejmuje zapobieganie i zakłócanie konkurencji.

<sup>(7)</sup> Prawo to obejmuje prawo do wypożyczania. 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.

<sup>(8)</sup> 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 (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] wyrok dotychczas nieopublikowany w Zb.Orz.

7. Fakt, że przepisy dotyczące własności intelektualnej przyznają wyłączne prawa korzystania z tej własności, nie oznacza, że prawa własności intelektualnej nie podlegają prawu konkurencji. Artykuł 101 Traktatu ma zastosowanie zwłaszcza do porozumień, w których właściciel udziela innemu przedsiębiorstwu licencji na korzystanie z należących do niego praw własności intelektualnej<sup>(9)</sup>. Nie oznacza on także nieodłącznego konfliktu między prawami własności intelektualnej a unijnymi regułami konkurencji. W rzeczywistości obu obszarom prawa przyswieca 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 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 Traktatu należy pamiętać, że tworzenie praw własności intelektualnej często wiąże się z poważną inwestycją, która nierzadko jest przedsięwzięciem ryzykownym. Aby uniknąć ograniczania 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 dysponować swobodą w zakresie żądania stosownego wynagrodzenia za udane projekty, która – uwzględniając nieudane projekty – będzie wystarczająca do utrzymania zachęt inwestycyjnych. Licencjonowanie praw do technologii może również wymagać od licencjobiorcy dokonania znacznych inwestycji utopionych (to znaczy po wycofaniu się przez licencjobiorcę 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) 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 Traktatu istniejące ramy analityczne są wystarczająco elastyczne, aby odpowiednio uwzględnić dynamiczne aspekty licencjonowania praw do 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 licencjodawcy i licencjobiorcy(-ów). 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 konkurencję<sup>(10)</sup>. Większość porozumień licencyjnych jest zatem zgodna z art. 101.

## 2.2. Ogólne zasady ramowe stosowania art. 101

10. Artykuł 101 ust. 1 Traktatu 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 ograniczeniami<sup>(11)</sup>. W ramach takiej oceny 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)<sup>(12)</sup>. 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 posłużą 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 dwa pytania zawarte w lit. a) i b):

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

<sup>(10)</sup> Metody stosowania art. 101 ust. 3 określono w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

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

<sup>(12)</sup> Zob. w tym względzie np. wyrok w sprawie *Consten i Grundig*, przytoczonej w przypisie 9.

- 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 licencyjne ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby wtedy, gdyby nie było ograniczenia(-eń) umownego(-ych)? Jeżeli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 101 ust. 1. Przykładowo, jeżeli licencjodawca ogranicza swoim licencjobjorcom, którzy przed zawarciem porozumienia nie byli rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami, 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 charakterze<sup>(13)</sup>. 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 charakterystyczne rynku – mniej ograniczające porozumienie nie zostałoby zawarte przez przedsiębiorstwa będące w podobnej sytuacji<sup>(14)</sup>. 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 pkt (12) niniejszych wytycznych, należy wziąć pod uwagę, że w art. 101 ust. 1 Traktatu 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 rynkowych<sup>(15)</sup>. 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 stron<sup>(16)</sup>. Innymi słowy, do stwierdzenia, czy rozpatrywane ograniczenie stanowi ograniczenie konkurencji wynikające z celu porozumienia, 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. Porozumienie może być uznane za posiadające ograniczający cel również wówczas gdy jego wyłącznym celem nie jest ograniczenie konkurencji lecz posiada inne, zgodne z prawem cele<sup>(17)</sup>. W odniesieniu do porozumień licencyjnych Komisja uważa, że ograniczenia ujęte w wykazie najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonym w art. 4 rozporządzenia TTBER ograniczają konkurencję z uwagi na sam swój cel<sup>(18)</sup>.
15. Jeżeli ograniczenie konkurencji nie jest celem porozumienia, należy zbadać, czy porozumienie takie nie ma

<sup>(15)</sup> Zob. w tym względzie np. sprawa C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, [1999] Rec. I-4125, pkt 99.

<sup>(16)</sup> Zob. sprawy połączone 29/83 i 30/83, *CRAM i Rheinzink*, [1984] Rec. 1679, pkt 26 i sprawy połączone 96/82 i inne, *ANSEAU-NAWEWA*, [1983] Rec. 3369, pkt 23–25. Sprawa T-491/07 *Groupement des cartes bancaires przeciwko Komisji*, wyrok z dnia 29 listopada 2012 r., pkt 146.

<sup>(17)</sup> Sprawa C-209/07 *Beef Industry Development Society and Barry Brothers* [2008] Zb.Orz. I-8637, pkt 21.

<sup>(18)</sup> 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 sprawy połączone C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i inni przeciwko Komisji i in.* [2009] Zb.Orz. I-9291, pkt 59-64; sprawa C-209/07 *Beef Industry Development Society i 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 sprawa C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító i inni*, wyrok z dnia 14 marca 2013 r., pkt 33- 38.

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

<sup>(14)</sup> Zob. przykłady w pkt (126) do (127).

skutków ograniczających konkurencję. Konieczne jest wzięcie pod uwagę zarówno skutków rzeczywistych, jak i potencjalnych<sup>(19)</sup>. Innymi słowy, dane porozumienie musi powodować prawdopodobieństwo negatywnego 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 odczuwalny<sup>(20)</sup>. 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 okres<sup>(21)</sup>. 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. 102<sup>(22)</sup>.

16. W celu dokonania analizy ograniczeń konkurencji z uwagi na skutek zazwyczaj należy zdefiniować rynek właściwy oraz zbadać i ocenić w szczególności 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 mogą jednak mieć również dla konkurencji istotne skutki pozytywne i w rzeczywistości ich przeważająca większość sprzyja konkurencji. 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 obniżyć koszty produkcji licencjodawcy lub umożli-

wić mu wytwarzanie nowych lub ulepszonych produktów. Korzyści ekonomiczne dla licencjodawcy często wynikają z połączenia technologii licencjodawcy z aktywami i technologiami licencjodawcy. 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 licencjodawcy może obniżyć koszty produkcji lub spowodować wytwarzanie produktów wyższej jakości. Udzielanie licencji może także służyć usuwaniu przeszkód związanych z rozwojem własnej technologii licencjodawcy 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 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 licencjodawcy sprzedaż jego produktów, porozumienie likwiduje przeszkodę na drodze do sprzedaży produktów licencjodawcy i tym samym ogólnie sprzyja konkurencji.

18. W przypadkach, w których porozumienie licencyjne jest objęte art. 101 ust. 1 Traktatu, 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 decyzji<sup>(23)</sup>. 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, na ogół 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.

### 2.3. Definicja rynku

19. Podejście Komisji do zdefiniowania rynku właściwego jest określone w jej obwieszczeniu w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji<sup>(24)</sup>. Niniejsze wytyczne odnoszą się jedynie do

<sup>(19)</sup> Zobacz wyrok w sprawie *John Deere*, [1998], przytoczonej w przypisie 11.

<sup>(20)</sup> 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 ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.U. C 368 z 22.12.2001, s. 13). W obwieszczeniu tym definiuje się odczuwalność w sposób negatywny. Porozumienia, które wykraczają poza zakres obwieszczenia *de minimis*, niekoniecznie mają odczuwalne skutki ograniczające. Konieczna jest ich indywidualna ocena.

<sup>(21)</sup> Sprawa T-321/05 *Astra Zeneca przeciwko Komisji* [2010] Zb.Orz. II-2805, pkt 267.

<sup>(22)</sup> Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczone w przypisie 3, pkt 26.

<sup>(23)</sup> Zob. art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1), ostatnio zmienione rozporządzeniem Rady (WE) nr 1419/2006 z dnia 25 września 2006 r. (Dz.U. L 269 z 28.9.2006, s. 1).

<sup>(24)</sup> Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

- aspektów definicji rynku, które mają szczególne znaczenie w obszarze licencjonowania praw do technologii.
20. Technologia stanowi nakład zintegrowany z produktem lub procesem produkcyjnym. Licencjonowanie praw do 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 prawa do technologii dotyczących wytwarzania tych produktów ma 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 porozumień licencyjnych dla konkurencji może być zatem konieczne zdefiniowanie właściwego(-ych) rynku(-ów) produktowego(-ych) oraz właściwego(-ych) rynku(-ów) technologicznego(-ych) <sup>(25)</sup>.
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 licencjonowane prawa do technologii oraz jej substytuty, to znaczy inne technologie uznawane przez licencjobiorców za technologie, które można stosować wymiennie z licencjonowanymi prawami do technologii lub którymi można je 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 mogłyby przejść licencjobiorcy w odpowiedzi na niewielki lecz stały wzrost cen względnych, to znaczy opłat licencyjnych. Innym podejściem jest przyjrzenie się rynkowi produktów, w których wykorzystane są licencjonowane prawa do technologii (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 właściwego(-ych) rynku(-ów) produktowego(-ych).
25. Z chwilą zdefiniowania właściwych rynków udziały 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. 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 rynkach produktowych niższego szczebla (więcej szczegółów w pkt (86) 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 oraz uwzględnienie innych dostępnych czynników, które są miarodajnym wskaźnikiem względnej siły dostępnych technologii (więcej czynników w pkt (157) oraz (159) i kolejnych) <sup>(26)</sup>.
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 technologicznych <sup>(27)</sup>. 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 uwzględniać przy ocenie wpływu porozumienia na rynki produktowe i technologiczne. W ograniczonej liczbie przypadków pozytywne 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

<sup>(25)</sup> 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*.

<sup>(26)</sup> Zob. również decyzja Komisji COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto* i decyzja COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

<sup>(27)</sup> 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.

celem jest opracowywanie nowych produktów oraz w których na wczesnym etapie można zidentyfikować bieguny badań i rozwoju<sup>(28)</sup>. W przypadkach tych przeanalizować można, czy po porozumieniu pozostanie wystarczająca liczba konkurencyjnych biegunów badań i rozwoju pozwalająca na utrzymanie konkurencji w obszarze innowacyjności.

#### 2.4. Różnice 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 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. Zasadniczo stron porozumienia nie uznaje się za konkurentów, jeżeli mają one jedno- lub dwustronny charakter blokujący. Z jednostronnym charakterem blokującym mamy do czynienia wówczas, gdy niemożliwe jest korzystanie z danej technologii bez konieczności naruszenia ważnych praw do innej technologii lub gdy jedna strona nie może prowadzić działalności na rynku właściwym w sposób ekonomicznie opłacalny bez naruszenia ważnego prawa do technologii innych stron. Na przykład ma to miejsce w przypadku, gdy jedno prawo do technologii obejmuje usprawnienie technologii objętej innym prawem, a usprawnienia tego nie można legalnie wykorzystywać bez posiadania licencji na prawo do podstawowej technologii. Z dwustronnym charakterem blokującym mamy do czynienia wówczas, gdy niemożliwe jest korzystanie z żadnej technologii bez naruszenia ważnych praw do innej technologii lub gdy żadna strona nie może prowadzić działalności na rynku właściwym w sposób ekonomicznie opłacalny bez naruszenia ważnego prawa do technologii innych stron oraz gdy

strony muszą więc udzielić sobie nawzajem licencji lub zwolnić się z obowiązku jej posiadania<sup>(29)</sup>. W praktyce istnieją jednak przypadki, w których nie ma pewności, czy prawo do danej technologii jest ważne i czy zostało naruszone.

30. Strony są rzeczywistymi konkurentami na rynku produktowym, jeżeli przed zawarciem porozumienia obie już działały na tym samym właściwym rynku produktowym. Fakt, że obie strony prowadzą działalność na tym samym właściwym rynku produktowym bez zawarcia porozumienia licencyjnego, stanowi dobry wskaźnik tego, że strony nie blokują się wzajemnie. W takim przypadku strony można uznać za rzeczywistych konkurentów, chyba że oraz do momentu gdy udowodniony zostanie charakter blokujący (w szczególności prawomocnym orzeczeniem sądowym).
31. Licencjobiorcę można uważać za potencjalnego konkurenta na rynku produktowym, jeżeli prawdopodobne jest, że przy braku porozumienia dokonałby on dodatkowych inwestycji niezbędnych do wejścia na rynek właściwy w odpowiedzi na niewielki, lecz stały wzrost cen produktów. Prawdopodobieństwo wejścia na rynek powinno być oceniane w oparciu o realistyczne przesłanki, to znaczy na podstawie okoliczności danej sprawy. Wejście na rynek jest tym bardziej prawdopodobne, jeżeli licencjobiorca dysponuje aktywami, które może z łatwością wykorzystać do tego celu bez powodowania znaczących kosztów utopionych, lub jeżeli plan wejścia na rynek został już przez niego opracowany, lub jeżeli licencjobiorca rozpoczął inwestowanie w inny sposób. Muszą istnieć realne, konkretne możliwości wejścia licencjobiorcy na rynek właściwy i konkurowania z przedsiębiorstwami prowadzącymi na nim działalność<sup>(30)</sup>. W związku z tym licencjobiorcy nie można uznać za potencjalnego konkurenta, jeżeli jego wejście na rynek nie stanowi ekonomicznie opłacalnej strategii<sup>(31)</sup>.
32. W szczególnym kontekście praw własności intelektualnej dodatkowym czynnikiem przy ocenie tego, czy strony są potencjalnymi konkurentami na danym rynku, jest możliwość, że ich prawa własności intelektualnej mają charakter blokujący, to znaczy że licencjobiorca nie może wejść na dany rynek bez naruszenia praw własności intelektualnej innej strony.
33. W przypadku braku pewności, na przykład w postaci prawomocnego orzeczenia sądowego w odniesieniu do istnienia charakteru blokującego, odpowiadając na pytanie, czy strony są potencjalnymi konkurentami, strony będą musiały oprzeć się na wszelkich dowodach dostępnych w danym momencie, w tym na możliwości, że doszło do naruszenia praw własności intelektualnej, oraz na

<sup>(28)</sup> Zob. również pkt (157).

<sup>(29)</sup> W sytuacji, w której przedsiębiorstwa ogólnie zobowiązały się do udzielania licencji na określone prawa własności intelektualnej, na przykład licencjonowanie prawa lub zobowiązanie FRAND, nie można uznać, że strony mają charakter blokujący w oparciu o te prawa własności intelektualnej.

<sup>(30)</sup> Sprawy połączone T-374/94, T-375/94, T-384/94 oraz T-388/94, *European Night Services i in. przeciwko Komisji* [1998], Rec. s. II-3141, pkt 137.

<sup>(31)</sup> Sprawa T-461/07 *Visa Europe Ltd i Visa International Service przeciwko Komisji Europejskiej* [2011] Rec. s. II-1729, pkt 167.



tym, czy istnieją skuteczne możliwości obejścia istniejących praw własności intelektualnej. Dokonanie poważnych inwestycji lub wprowadzenie zaawansowanych planów wejścia na dany rynek może stanowić potwierdzenie poglądu, że strony są przynajmniej potencjalnymi konkurentami, nawet jeżeli nie można wykluczyć charakteru blokującego. 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 domniemany charakter blokujący dotyczy technologii będących technologicznymi substytutami (zob. pkt (22)) lub jeżeli istnieje istotna zachęta finansowa dla licencjodawcy ze strony licencjodawcy.

34. Jeżeli wejście na rynek miałyby stanowić rzeczywiste ograniczenie konkurencji, musiałyby ono nastąpić w krótkim czasie<sup>(32)</sup>. 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 licencjodawca 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 licencjodawca 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.
35. Strony są rzeczywistymi konkurentami na rynku technologicznym, jeżeli udzielają już licencji na prawa do technologii możliwej do zastąpienia, albo licencjodawca udziela już licencji na prawa do swojej własnej technologii, a licencjodawca wchodzi na ten rynek, oferując licencję na prawa do technologii konkurującej z technologią licencjodawcy.
36. Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku technologicznym, jeżeli są właścicielami technologii możliwych do zastąpienia, a licencjodawca 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 (83)), zaś strony są w tym kontekście traktowane jako podmioty niebędące konkurentami.
37. W niektórych przypadkach może być również możliwe ustalenie, że licencjodawca i licencjodawca wytwarzają

wprowadzić konkurencyjne produkty, ale nie konkurują ze sobą na właściwych rynkach produktowych i technologicznych, ponieważ licencjonowana technologia jest innowacyjna w sposób tak radykalny, że technologia licencjodawcy stała się przestarzała lub niekonkurencyjna. W takich wypadkach technologia licencjodawcy tworzy nowy rynek technologiczny lub wyklucza z rynku istniejącego technologię licencjodawcy. 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 licencjodawcy jest przestarzała lub niekonkurencyjna. Przyjmując jednak, że zarówno art. 101 ust. 1, jak i art. 101 ust. 3 Traktatu wymagają stosowania w rzeczywistym kontekście, w jakim występują porozumienia, w ocenie uwzględnia się istotne zmiany faktów. Jeżeli zatem w późniejszym czasie technologia licencjodawcy stanie się przestarzała lub niekonkurencyjna na rynku, klasyfikacja relacji między stronami zmieni się na relację między podmiotami niebędącymi konkurentami.

38. W niektórych przypadkach strony mogą stać się konkurentami po zawarciu porozumienia, ponieważ licencjodawca opracowuje lub nabywa konkurencyjną technologię i zaczyna z niej korzystać. Wówczas należy uwzględnić fakt, że strony nie były konkurentami w chwili zawierania porozumienia, a porozumienie zostało zawarte w takiej właśnie sytuacji. Komisja skupi się zatem przede wszystkim na skutkach porozumienia dla zdolności licencjodawcy 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 (zob. art. 4 ust. 3 TTBER).
39. Przedsiębiorstwa będące stronami porozumienia mogą stać się konkurentami także po jego zawarciu w przypadku, gdy licencjodawca działał na rynku właściwym, na którym produkt objęty umową jest sprzedawany, przed uzyskaniem licencji, a licencjodawca wszedł następnie na rynek właściwy w oparciu o licencjonowane prawa do technologii lub nową technologię. W tym przypadku do porozumienia nadal będzie miał zastosowanie również wykaz najpoważniejszych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami, chyba że treść porozumienia ulegnie później istotnej zmianie (zob. art. 4 ust. 3 TTBER). Istotna zmiana obejmuje zawarcie przez strony nowego porozumienia o transferze technologii w zakresie praw do konkurencyjnych technologii, które mogą być wykorzystywane do wytwarzania produktów konkurencyjnych w stosunku do produktów objętych umową.

<sup>(32)</sup> Sprawa T-461/07 *Visa Europe Ltd i Visa International Service przeciwko Komisji Europejskiej* [2011] Rec. s. II-1729, pkt 189.

### 3. STOSOWANIE TTBER

#### 3.1. Skutki TTBER

40. Kategorii porozumień o transferze technologii spełniające warunki określone w TTBER podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu. 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 oraz organy ds. konkurencji państw członkowskich. Na podstawie art. 101 sądy krajowe nie mogą zakazać porozumień objętych wyłączeniem grupowym w związku z procesem z powództwa prywatnego.
41. Wyłączenie grupowe kategorii porozumień o transferze technologii opiera się na założeniu, że porozumienia te – w stopniu, w jakim objęte są art. 101 ust. 1 Traktatu – 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.
42. Jak stwierdzono w części 4 niniejszych wytycznych, wiele porozumień licencyjnych nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 Traktatu, ponieważ w ogóle nie powodują one ograniczenia konkurencji lub ograniczenie to jest w ich przypadku nieduże<sup>(33)</sup>. W stopniu, w jakim porozumienia takie w jakikolwiek sposób wchodziłyby w zakres TTBER, nie ma potrzeby określania, czy są one objęte art. 101 ust. 1 czy też nie<sup>(34)</sup>.
43. Poza zakresem wyłączenia grupowego istotne jest zbadanie, czy porozumienie w indywidualnym przypadku jest objęte art. 101 ust. 1 Traktatu, a jeżeli tak, czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3. Nie istnieje domniemanie, że porozumienia o transferze technologii nieobjęte wyłączeniem grupowym wchodzą 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 w przypadku gdy porozumienia zawierają najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, można zazwyczaj przyjąć, że są one zakazane przepisami art. 101.

#### 3.2. Zakres TTBER i okres jego obowiązywania

##### 3.2.1. Pojęcie porozumienia o transferze technologii

44. TTBER i niniejsze wytyczne dotyczą porozumień o transferze technologii. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b) TTBER pojęcie „prawa do technologii” obejmuje *know-how*, jak również 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 lub prawa autorskie do oprogramowania albo połączenie takich praw, jak również wnioski o przyznanie lub zarejestrowanie takich praw. Licencjonowane prawa do technologii winny pozwolić licencjodawcy – 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 stosowne prawa do technologii. W przeciwnym przypadku nie istnieją prawa do technologii podlegające transferowi w rozumieniu TTBER.
45. 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
- a) „niejawne” oznacza, że *know-how* nie jest powszechnie znane lub łatwo dostępne.
- b) „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 przyczynić 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 licencjodawcy, przykładowo poprzez obniżenie jego kosztów produkcji.

<sup>(33)</sup> Zob. w tym względzie obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, przytoczone w przypisie 20.

<sup>(34)</sup> Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 krajowe prawo konkurencji nie może również zakazać porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, ale nie są zakazane przepisami art. 101.

- c) „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 licencjodawcy 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 licencjodawcy.
46. Postanowienia zawarte w porozumieniach o transferze technologii dotyczące nabywania produktów przez licencjodawców są objęte TTBER wyłącznie wtedy, gdy są one bezpośrednio i wyłącznie powiązane z wytwarzaniem lub sprzedażą produktów objętych umową, i w takim zakresie, w jakim ma to miejsce. TTBER nie stosuje się zatem do tych części porozumienia o transferze technologii, które dotyczą 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.
47. TTBER obejmuje zawarte w porozumieniach o transferze technologii postanowienia dotyczące licencjonowania innych rodzajów własności intelektualnej, takich jak znaki towarowe i prawa autorskie inne niż prawa autorskie do oprogramowania (odnośnie do praw autorskich do oprogramowania zob. pkt (44) i (62)), wyłącznie wtedy, gdy są one bezpośrednio i wyłącznie powiązane z wytwarzaniem lub sprzedażą produktów objętych umową, i w zakresie, w jakim ma to miejsce. Warunek ten zapewnia, że postanowienia obejmujące inne rodzaje praw własności intelektualnej podlegają wyłączeniu grupowemu w stopniu, w jakim te inne rodzaje praw własności intelektualnej umożliwiają licencjodawcy lepsze wykorzystanie licencjonowanych praw do technologii. Przykładowo, jeżeli licencjodawca upoważnia licencjodawcę do korzystania z należącego do niego znaku towarowego w odniesieniu do produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, ta 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 licencjonowanemu prawom do technologii. Zobowiązanie licencjodawcy do korzystania ze znaku towarowego licencjodawcy może również sprzyjać rozpowszechnianiu technologii, umożliwiając licencjodawcy podawanie się za źródło danej technologii. W tym scenariuszu TTBER obejmuje porozumienia o transferze technologii również wtedy, gdy strony są przede wszystkim zainteresowane wykorzystaniem znaku towarowego, nie zaś technologii<sup>(35)</sup>.
48. TTBER nie obejmuje licencjonowania praw autorskich innych niż prawa autorskie do oprogramowania (z wyjątkiem sytuacji określonej w pkt (47)), jednak Komisja, dokonując oceny takiego licencjonowania praw autorskich dla celów wytwarzania produktów objętych umową na podstawie art. 101 Traktatu, zasadniczo stosować będzie zasady określone w TTBER i niniejszych wytycznych.
49. Z drugiej strony uznaje się, że licencjonowanie praw do wypożyczenia 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. Przy stosowaniu art. 101 konieczne jest uwzględnienie specyfiki utworu oraz sposobu jego wykorzystania<sup>(36)</sup>. Komisja nie będzie zatem stosować TTBER i niniejszych wytycznych na zasadzie analogii do licencjonowania tych innych praw.
50. Komisja nie rozszerzy również zakresu stosowania zasad określonych w TTBER oraz niniejszych wytycznych na licencjonowanie znaków towarowych (z wyjątkiem sytuacji określonej w pkt (47)). 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 330/2010<sup>(37)</sup>.

### 3.2.2. Pojęcie „transferu”

51. Pojęcie „transferu” oznacza, że technologia musi zostać przekazana przez jedno przedsiębiorstwo drugiemu. Takie transfery przybierają zwykle postać licencji, na mocy której licencjodawca przyznaje licencjodawcy prawo korzystania ze swoich praw do technologii w zamian za opłaty licencyjne.
52. Jak określono w art. 1 ust. 1 lit. c) TTBER, za porozumienia o transferze technologii uznaje się również przeniesienie technologii, z zastrzeżeniem, że część ryzyka związanego z wykorzystaniem praw do technologii ponosi nadal cedent. W szczególności ma to miejsce w przypadku, gdy kwota płatna w związku z przeniesieniem zależy od obrotu uzyskanego przez cesjonariusza w zakresie produktów wytworzonych z zastosowaniem cedowanej technologii, od ilości tego rodzaju produktów wytworzonych lub od liczby wykonanych czynności z wykorzystaniem danej technologii.

<sup>(35)</sup> 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 tej decyzji.

<sup>(36)</sup> Zob. w tym względzie sprawa 262/81, *Coditel (II)*, [1982] Rec. 3381.

<sup>(37)</sup> Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s. 1.

53. Porozumienie, na mocy którego licencjodawca zobowiązuje się nie dochodzić przysługujących mu praw do technologii wobec licencjobiorcy, również może być postrzegane jako transfer praw do technologii. 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 rozstrzygnięciu sporów, w których licencjodawca zezwala licencjobiorcy na prowadzenie produkcji w zakresie objętym patentem<sup>(38)</sup>.

### 3.2.3. Porozumienia między dwiema stronami

54. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. c) TTBER rozporządzenie ma zastosowanie wyłącznie do porozumień o transferze technologii „między dwoma przedsiębiorstwami”. Porozumienia o transferze technologii między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami nie są objęte TTBER<sup>(39)</sup>. O odróżnieniu porozumień między dwoma przedsiębiorstwami od porozumień wielostronnych decyduje fakt, czy dane porozumienie zostało zawarte między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami.

55. Porozumienia zawarte między dwoma przedsiębiorstwami wchodzą 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 licencji<sup>(40)</sup>.

56. Porozumienia ustanawiające grupy technologii oraz określające warunki udzielania licencji podmiotom spoza przez grupy są na ogół porozumieniami wielostronnymi, a zatem nie wchodzą w zakres TTBER<sup>(41)</sup>. 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.

57. 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. Grupom technologii i udzielaniu licencji podmiotom spoza grupy poświęcono jednak część 4.4.

### 3.2.4. Porozumienia dotyczące wytwarzania produktów objętych umową

58. Z art. 1 ust. 1 lit. c) TTBER wynika, że aby porozumienia licencyjne wchodziły w zakres TTBER, muszą być zawarte „w celu wytwarzania produktów objętych umową”, to znaczy produktów, w których wykorzystane są licencjonowane prawa do technologii lub które produkowane są w oparciu o takie prawa. Dana licencja musi zezwalać licencjobiorcy lub jego podwykonawcy(-om) na wykorzystanie licencjonowanej technologii do wytwarzania towarów lub świadczenia usług (zob. również motyw 7 preambuły TTBER).

59. W przypadku gdy celem porozumienia nie jest wytwarzanie produktów objętych umową, a jedynie zablokowanie rozwoju konkurencyjnej technologii, porozumienie licencyjne nie wchodzi w zakres TTBER, a niniejsze wytyczne również mogą być nieodpowiednie do oceny takiego porozumienia. Ogólnie rzecz biorąc, jeżeli strony powstrzymują się od korzystania z licencjonowanych praw do technologii, nie ma miejsca działalność poprawiająca efektywność, wobec czego nie ma argumentu przemawiającego 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.

60. 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 udzielenie sublicencji. Przez analogię Komisja będzie jednak stosować zasady określone w TTBER oraz niniejsze wytyczne do porozumień typu „master licence” zawartych między licencjodawcą a licencjobiorcą (to znaczy porozumień, na mocy których licencjodawca zezwala licencjobiorcy na sublicencjonowanie technologii). Porozumienia między licencjobiorcą a sublicencjobiorcami dotyczące wytwarzania produktów objętych umową są objęte TTBER.

<sup>(38)</sup> Zastosowane w niniejszych wytycznych pojęcia „udzielanie licencji” i „licencjonowany” obejmuje porozumienia o zrzeczeniu się roszczeń i porozumienia o rozstrzygnięciu sporów, o ile do transferu praw do technologii dochodzi w sposób opisany w niniejszej części. Odnośnie do porozumień o rozstrzygnięciu sporów zob. pkt (234) i następane.

<sup>(39)</sup> Zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 19/65 z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Wydział Specjalny 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.

<sup>(40)</sup> Zob. motyw 6 TTBER i część 3.2.6 poniżej.

<sup>(41)</sup> Zob. szczegóły w pkt (247).

61. Pojęcie „produkty objęte umową” obejmuje towary i usługi wytwarzane lub świadczone w oparciu o licencjonowane prawa do technologii. 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 praw do technologii jest wytwarzanie towarów i świadczenie usług. W TTBER i niniejszych wytycznych przyjmuje się, że istnieje bezpośredni związek między licencjonowanymi prawami do technologii a produktem objętym umową. W razie braku takiego związku, to znaczy gdy celem porozumienia nie jest umożliwienie wytwarzania produktu objętego umową, ramy analityczne TTBER i niniejszych wytycznych mogą być niewłaściwe.
62. 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 przez analogię rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010<sup>(42)</sup> i wytycznymi w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>(43)</sup>. Powielanie oprogramowania na potrzeby dystrybucji ma miejsce, gdy 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 udzielenia 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” (ang. „shrink wrap”), 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.
63. Jeżeli jednak licencjonowane oprogramowanie jest przez licencjodawcę włączone do produktu objętego umową, nie uważa się tego jedynie za powielanie, lecz za wytwarzanie. Na przykład TTBER oraz niniejsze 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.
64. TTBER obejmuje także „podwykonawstwo”, w ramach którego licencjodawca udziela licencjodawcy licencji na korzystanie z praw do technologii, a licencjodawca zobowiązuje się do wytwarzania w oparciu o nieokreślonych 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 powiązane z wytwarzaniem produktów objętych umową, aby podwykonawstwo mogło zostać objęte TTBER w ramach porozumienia o transferze technologii. Podwykonawstwo jest również objęte obwieszczeniem Komisji o porozumieniach podwykonawczych<sup>(44)</sup>. Zgodnie z przytoczonym obwieszczeniem, które nadal obowiązuje, umowy o podwykonawstwo, w których podwykonawca zobowiązuje się wytwarzać określone produkty wyłącznie dla wykonawcy, zazwyczaj wykraczają poza zakres art. 101 ust. 1 Traktatu. 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. 101<sup>(45)</sup>.
65. TTBER stosuje się również do porozumień, zgodnie z którymi licencjodawca 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 licencjonowane prawa do technologii.
66. TTBER oraz niniejsze wytyczne nie obejmują porozumień, w których udziela się licencji na korzystanie z praw do technologii w celu umożliwienia licencjodawcy prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych w różnych dziedzinach, w tym dalszego rozwijania produktu powstałego w wyniku takich prac badawczo-rozwojowych<sup>(46)</sup>. TTBER oraz wytyczne nie obejmują na przykład udzielenia licencji na korzystanie z narzędzi badawczych używanych w procesie dalszej działalności badawczej. Nie obejmują także podwykonawstwa prac badawczo-rozwojowych, w ramach którego licencjodawca zobowiązuje się do przeprowadzenia prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie, której dotyczy licencjonowana technologia, oraz zwrócenia licencjodawcy pakietu technologii zawierającego usprawnienia<sup>(47)</sup>. Głównym przedmiotem takich

<sup>(42)</sup> Rozporządzenie 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 uzgodnionych, Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s. 1.

<sup>(43)</sup> Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1.

<sup>(44)</sup> Obwieszczenie Komisji z dnia 18 grudnia 1978 r. dotyczące jej oceny niektórych porozumień podwykonawczych w odniesieniu do art. 85 ust. 1 Traktatu EWG, Dz.U. C 1 z 3.1.1979, s. 2.

<sup>(45)</sup> Zob. pkt 3 obwieszczenia Komisji o porozumieniach podwykonawczych przytoczonego w przypisie 44.

<sup>(46)</sup> Zob. również część 3.2.6.1.

<sup>(47)</sup> Ten ostatni przykład jest jednak objęty rozporządzeniem (UE) nr 1217/2010 przytoczonym w przypisie 49; zob. również część 3.2.6.1 poniżej.

porozumień jest świadczenie usług badawczo-rozwojowych mających na celu usprawnienie technologii, w przeciwnieństwie do wytwarzania towarów i świadczenia usług w oparciu o licencjonowaną technologię.

### 3.2.5. Czas trwania

67. 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 (zob. art. 2 TTBER).

68. Wyłączenie grupowe stosuje się do każdego licencjonowanego prawa do technologii, które jest objęte porozumieniem, a przestaje ono obowiązywać z dniem wygaśnięcia lub utraty ważności ostatniego prawa do technologii w rozumieniu TTBER lub wraz ze znalezieniem się tego prawa do technologii w domenie publicznej.

### 3.2.6. Związki z innymi rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych

69. TTBER obejmuje porozumienia między dwoma przedsiębiorstwami dotyczące licencjonowania praw do technologii, zawarte w celu wytwarzania produktów objętych umową. Prawa do technologii mogą 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<sup>(48)</sup> w sprawie porozumień specjalizacyjnych, rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1217/2010 w sprawie porozumień badawczo-rozwojowych<sup>(49)</sup> oraz rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010<sup>(50)</sup> w sprawie porozumień wertykalnych.

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

70. 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 i art. 9 TTBER).

71. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia (UE) nr 1218/2010 w sprawie porozumień specjalizacyjnych obejmuje ono w szczególności 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.

72. 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 4.4 niniejszych wytycznych.

73. 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) tego rozporządzenia 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 (zob. art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (vi) rozporządzenia (UE) nr 1217/2010).

74. 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 licencjobiorcy będący osobami trzecimi nie są stroną porozumienia badawczo-rozwojowego, indywidualne porozumienie licencyjne zawarte z osobami trzecimi nie jest objęte rozporządzeniem (UE)

<sup>(48)</sup> Rozporządzenie 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 specjalizacyjnych, Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 43.

<sup>(49)</sup> Rozporządzenie 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-rozwojowych, Dz.U. L 335 z 18.12.2010, s. 36.

<sup>(50)</sup> Przytoczonym w przypisie 42.

nr 1217/2010. Takie porozumienie licencyjne podlega wyłączeniu grupowemu na mocy TTBER, jeżeli spełnione są warunki w nim określone.

### 3.2.6.2. Rozporządzenie o wyłączeniu grupowym względem porozumień wertykalnych

75. 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 dystrybucji<sup>(51)</sup>.

76. 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 wertykalnych<sup>(52)</sup>.

77. Na mocy TTBER wyłączeniem 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 na ogół dystrybutorzy winni posiadać możliwość dokonywania sprzedaży biernej na terytoriach innych wyłącznych dystrybutorów licencjodawcy.

78. 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 licencjonowane prawa do technologii. 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 dystrybucji licencjodawców 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 licencjodawców produkt był również oznaczony marką licencjodawcy, która identyfikuje go jako źródło licencjonowanej technologii.

### 3.3. Progi udziału w rynku określające obszar „bezpiecznej przystani”

79. 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 Traktatu 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

80. 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 czy podmiotami niebędącymi konkurentami.

81. Progi udziału w rynku mają zastosowanie zarówno w odniesieniu do rynku(-ów) właściwego(-ych) licencjonowanych praw do 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.

<sup>(51)</sup> Zob. także broszura „Polityka konkurencji w Europie – reguły konkurencji obowiązujące w odniesieniu do porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji”, Komisja Europejska, Urząd Publikacji Unii Europejskiej, 2012 r., Luksemburg.

<sup>(52)</sup> Odpowiednio Dz.U. L 102 z 23.4.2010, s. 1, oraz Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1.

82. Zgodnie z art. 3 ust. 1 TTBER „bezpieczna przystań”, o której mowa w art. 2 TTBER, ma zastosowanie do porozumień między konkurentami 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).
83. Przy stosowaniu progu udziału w rynku lub wykazu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji dotyczącego porozumień między konkurentami 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.
84. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stroną porozumienia licencyjnego nie są konkurentami, stosuje się próg udziału w rynku określony w art. 3 ust. 2 TTBER. Porozumienie między podmiotami niebędącymi konkurentami jest objęte wyłączeniem grupowym, jeżeli udział w rynku żadnej ze stron nie przekracza 30 % na właściwych rynkach technologicznych i produktowych, których porozumienie dotyczy.
85. Jeżeli strony stają się konkurentami w rozumieniu art. 3 ust. 1 TTBER w późniejszym czasie, np. jeżeli licencjodawca 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 (39) niniejszych wytycznych).
- Obliczanie udziałów w rynku dla rynków technologicznych na potrzeby zastosowania obszaru „bezpiecznej przystani”*
86. Obliczanie udziałów w rynku na właściwych rynkach, na których udziela się licencji na prawa do technologii, na podstawie TTBER odbiega od przyjętej praktyki z przyczyn wyjaśnionych w pkt (87) niniejszych wytycznych. 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 licencjodawców produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. W ramach tego podejścia oblicza się łączną sprzedaż produktów objętych umową, jaką zrealizował licencjodawca i jego licencjodawcy, jako część łącznej sprzedaży konkurencyjnych produktów, niezależnie od tego, czy te konkurencyjne produkty są wytwarzane w oparciu o technologię będącą przedmiotem licencji czy nie.
87. 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.
88. Idealnym rozwiązaniem byłoby obliczanie tego „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 licencjodawcy 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), można spodziewać się, że wyliczony udział w rynku będzie 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 licencjodawcy, co czyni go mniej konkurencyjnym i może zatem powodować obniżenie sprzedaży. Udział technologii w rynku produktowym uwzględnia także ten element, zazwyczaj jest więc dobrym wskaźnikiem władzy rynkowej licencjodawcy na rynku technologicznym.



89. Dla oceny siły technologii należy uwzględnić również wymiar geograficzny rynku technologicznego. Może on czasem różnić się od wymiaru geograficznego danego rynku 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, 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.

90. Nowym technologiom, które nie wygenerowały sprzedaży w minionym roku kalendarzowym, przypisuje się udział w rynku równy zero. 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”*

91. 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.

92. 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, łącznym z danymi dotyczącymi wielkości sprzedaży.

93. Zasady opisane w części 3.3 niniejszych wytycznych 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 uzyskało 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 porozumienia 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 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 konkurentami

##### Przykład 3

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.

### 3.4. Najpoważniejsze ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia o wyłączeniach grupowych

#### 3.4.1. Zasady ogólne

94. 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 Trybunału Sprawiedliwości i Sądu<sup>(53)</sup> ograniczenie takie może wynikać z wyraźnego celu porozumienia lub z okoliczności dotyczących indywidualnego przypadku (zob. pkt (14)). Najpoważniejsze ograniczenia mogą być obiektywnie niezbędne w wyjątkowych przypadkach ze względu na rodzaj lub charakter danego porozumienia<sup>(54)</sup> i wykraczać w związku z tym poza zakres art. 101 ust. 1 Traktatu. Ponadto przedsiębiorstwa zawsze mogą powołać się w indywidualnych przypadkach na efektywność zgodnie z art. 101 ust. 3<sup>(55)</sup>.

95. 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 (zob. pkt (18)).

96. Artykuł 4 TTBER wyróżnia porozumienia między konkurentami i porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami.

#### 3.4.2. Porozumienia między konkurentami

97. W art. 4 ust. 1 TTBER 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;

<sup>(53)</sup> Zob. np. orzecznictwo przytoczone w przypisie 16.

<sup>(54)</sup> Zob. pkt 18 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

<sup>(55)</sup> Sprawa T-17/93 *Matra* [1994] Rec. II-595, pkt 85.

- 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 licencjodawcy lub licencjobiorcy, w porozumieniu jednostronnym, do niewytwarzania produktów z wykorzystaniem licencjonowanych praw do technologii na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony lub nieprowadzenia sprzedaży, czynnej lub biernej, na tym wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów zastrzeżonej dla drugiej strony;
  - (ii) 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;
  - (iii) 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;
  - (iv) 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 własnych praw do 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

98. 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 praw do technologii albo w którego przypadku w odniesieniu do licencjonowania wzajemnego licencjonowane prawa do technologii nie są technologiami konkurencyjnymi, a prawa 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 usprawnienia licencjonowanej technologii. Jeżeli z powodu udzielenia drugiej licencji porozumienie jednostronne stanie się później 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

99. Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. a) TTBER, 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 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.
100. 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 produktów<sup>(56)</sup>. Konkurenci mogą zatem posługiwać się licencjami wzajemnymi i wzajemnymi opłatami licencyjnymi w celu koordynowania lub podwyższania cen na rynkach produktowych

<sup>(56)</sup> Zob. w tym względzie pkt 98 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

niższego szczebla<sup>(57)</sup>. 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 wnosi żadnej wartości i w związku z tym nie posiada ważnego uzasadnienia ekonomicznego, jest pozorowane i równoznaczne z istnieniem porozumienia kartelowego.

101. Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji zawarte w art. 4 ust. 1 lit. a) TTBER 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 własnych praw do technologii nie może być ograniczona (zob. pkt (116) niniejszych wytycznych). Ogólnie rzecz biorąc, tego rodzaju porozumienia ograniczają konkurencję, gdyż porozumienie podwyższa koszt korzystania z własnych praw do konkurencyjnej technologii licencjobiorcy oraz ogranicza konkurencję, która istniała przed zawarciem porozumienia<sup>(58)</sup>. Dotyczy to zarówno porozumień wzajemnych, jak i porozumień jednostronnych.
102. 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

103. Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. b) TTBER, 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 każdą stronę do dokonywania płatności w przypadku przekroczenia określonego poziomu produkcji.

104. 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 ograniczenie jednostronne, prawdopodobnym skutkiem porozumienia będzie rzeczywiste połączenie uzupełniających się technologii lub poprawiające efektywność połączenie lepszej technologii licencjodawcy z aktywami produkcyjnymi licencjobiorcy. Podobnie w porozumieniu wzajemnym ograniczenie produkcji nałożone tylko 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

105. Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. c) TTBER, dotyczy podziału rynków i klientów. Celem porozumień, w których konkurenci dzielą się rynkami i klientami, jest ograniczenie konkurencji. Za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji uznaje się porozumienie, w którym 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. Tym samym za podział rynku uznaje się na przykład wyłączne licencjonowanie wzajemne między konkurentami.
106. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) stosuje się niezależnie od tego, czy licencjobiorca może nadal w sposób nieograniczony korzystać z własnych praw do 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.

<sup>(57)</sup> 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.

<sup>(58)</sup> Zob. w tym względzie: sprawa 193/83, *Windsurfing International*, [1986] Rec. 611, pkt 67.

107. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (i) najpoważniejsze ograniczenie konkurencji nie istnieje, jeżeli licencjodawca w porozumieniu jednostronnym udziela licencjodawcy 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, wyłączenie oznacza, że licencjodawca odstąpi od wchodzenia na rynek lub pozostawiania na nim. Wyłączenie grupowe stosuje się także, jeżeli w porozumieniu jednostronnym licencjodawca nie może prowadzić produkcji na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy. Celem takich porozumień może być zachęcenie licencjodawcy lub licencjodawcy do inwestowania w licencjonowaną technologię i jej rozwijania. Przedmiotem porozumienia nie musi zatem być podział rynków.
108. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (i) 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 wertykalnych<sup>(59)</sup>. Ograniczenia nałożone na licencjodawcę lub licencjodawcę 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. 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 wyłączenie zostaje uchylona na zasadzie ad hoc, na przykład jeżeli konieczne jest wyrównanie przejściowych niedoborów produkcji licencjodawcy lub licencjodawcy, któremu na wyłączenie przydzielono dane terytorium lub daną grupę klientów. W takich przypadkach istnieje prawdopodobieństwo, że licencjodawca lub licencjodawca będą w dalszym ciągu dostatecznie chronieni przed sprzedażą czynną lub bierną, co pozwoli im zachować motywację do udzielania licencji na swoją technologię lub podejmowania inwestycji na rzecz prowadzenia działalności w oparciu o licencjonowaną technologię. Takie ograniczenia, nawet jeżeli ograniczałyby konkurencję, promowałyby sprzyjające konkurencji rozpowszechnianie technologii i integrowanie takiej technologii z aktywnymi produkcyjnymi licencjodawcami.
109. Tym samym najpoważniejszego ograniczenia konkurencji nie stanowi także fakt, że licencjodawca wskazuje licencjodawcę jako swojego jedyne licencjodawcę 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 praw do technologii na ich odpowiednich terytoriach.
110. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) 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 licencjodawcę na terytorium lub na rzecz grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy. Zakłada się jednak, że chroniony licencjodawca nie był konkurentem licencjodawcy w chwili zawierania porozumienia. W takiej sytuacji uznawanie takich ograniczeń za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji nie jest zasadne. Takie ograniczenia mogą bowiem skłonić licencjodawcę do efektywniejszego korzystania z licencjonowanej technologii, pozwalając licencjodawcy na ochronę licencjodawcy nieobecnego dotąd na rynku przed sprzedażą czynną prowadzoną przez licencjodawców, którzy są konkurentami licencjodawcy i z tego powodu posiadają już pozycję na rynku. Z drugiej strony, jeżeli licencjodawcy mieliby uzgodnić między sobą, że nie będą prowadzili czynnej ani biernej sprzedaży na określonym terytorium ani na rzecz określonej grupy klientów, porozumienie równoznaczne byłoby z porozumieniem kartelowym między licencjodawcami. Ponieważ porozumienie takie nie obejmuje transferu technologii, wykraczałoby ono ponadto poza zakres rozporządzenia TTBER.
111. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (iii) zawiera kolejny wyjątek od najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w art. 4 ust. 1 lit. c), to znaczy ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek, to jest wymogi polegające 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 mogą być zachętą konieczną do rozpowszechniania technologii, zwłaszcza między konkurentami, i są objęte wyłączeniem grupowym. Takie ograniczenia omówiono także w części 4.2.5.
112. Wreszcie art. 4 ust. 1 lit. c) ppkt (iv) 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 (iv) 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 (iv) stosuje się również w sytuacjach, w których

<sup>(59)</sup> Dz.U. C 130 z 19.5.2010, s. 1, pkt 51.

licencję na zaopatrywanie jednego i tego samego klienta posiada więcej niż jedno przedsiębiorstwo. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) ppkt (iv) 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.

113. Ograniczenia zawarte w porozumieniach między konkurentami, które ograniczają udzielanie licencji do jednego lub kilku rynków produktowych lub technicznych dziedzin zastosowań<sup>(60)</sup>, nie stanowią najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Podlegają one wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 % niezależnie od tego, czy porozumienie jest wzajemne czy też nie. Uznaje się, że podział rynków lub klientów nie jest celem takich ograniczeń. Zastosowanie wyłączenia grupowego wymaga jednak, aby ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nie wykraczały poza zakres licencjonowanych technologii. Na przykład jeżeli licencjobiorców obowiązują także ograniczenia technicznych dziedzin zastosowań, w których mogą korzystać z własnych praw do technologii, porozumienie jest równoznaczne z podziałem rynku.
114. 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 licencjobiorcy 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 (106) powyżej). Ponadto ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań może okazać się konieczne do promowania licencji sprzyjających konkurencji (zob. pkt (212) poniżej).

<sup>(60)</sup> Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań zostały omówione szerzej w pkt (208) i kolejnych.

#### Ograniczenia zdolności stron do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych

115. Najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. d), obejmuje 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

116. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. d) zdolności licencjobiorcy do korzystania z własnych praw do konkurencyjnej technologii nie mogą być ograniczone, o ile nie korzysta on przy tym z praw do technologii licencjonowanych od licencjodawcy. W odniesieniu do własnych praw do technologii licencjobiorca nie może podlegać ograniczeniom w zakresie miejsca produkcji bądź sprzedaży, technicznych dziedzin zastosowań, rynków produktowych, na których odbywa się produkcja, wielkości produkcji bądź sprzedaży i cen sprzedaży. Nie może być także zobowiązany do odprowadzania opłat licencyjnych z tytułu produktów wytwarzanych w oparciu o jego własne prawa do technologii (zob. pkt (101)). Ponadto licencjobiorca nie może być ograniczony w zakresie udzielania osobom trzecim licencji na własne prawa do technologii. Jeżeli ograniczenia dotyczą korzystania przez licencjobiorcę z własnych praw do technologii lub jego prawa do 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 4.2.7), jednak zwykle nie mają skutku w postaci ograniczenia motywacji licencjobiorców do inwestowania w rozwój i usprawniania swoich własnych technologii.

#### 3.4.3. Porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami

117. W artykule 4 ust. 2 TTBER 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

118. 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 marże 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, bezpośrednie lub pośrednie 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 jakiegokolwiek 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

119. 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 sprzedaży<sup>(61)</sup> produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia<sup>(62)</sup>. 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

<sup>(61)</sup> Definicja sprzedaży biernej, zob. pkt (108) niniejszych wytycznych oraz wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczone w przypisie 52, pkt 51.

<sup>(62)</sup> 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”.

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. Inne założenie przyjmie 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, jak również 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 licencjodawców. Odnosnie do ogólnego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji obejmującego sprzedaż bierną prowadzoną przez licencjodawców stosuje się szereg wyjątków, o których mowa w pkt (120)-(125).

120. Wyjątek 1: Artykuł 4 ust. 2 lit. b) nie obejmuje ograniczeń sprzedaży (zarówno czynnej, jak i biernej) 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 w pkt (125). 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 zwiększeniu 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.
121. 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)) i podlegają wyłączeniu grupowemu. Przyjmuje się, że ograniczenia takie do wysokości progu udziału w rynku wprowadzają ograniczając 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.

122. 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 w części 4.2.5.
123. Wyjątek 4: Podobnie jak w przypadku porozumień między konkurentami (zob. pkt (112) 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 (iii)). W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami istnieje niewielkie prawdopodobieństwo, aby ograniczenia takie były objęte art. 101 ust. 1 Traktatu.
124. Wyjątek 5: Zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (iv) wyłączeniu grupowemu podlega zobowiązanie licencjodawcy, jeżeli działa na poziomie sprzedaży hurtowej, 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. 1<sup>(63)</sup>.
125. Wyjątek 6: Wreszcie zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (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, jak przewidziano w art. 4 ust. 2 lit. b) ppkt (iv) (zob. pkt (124)). Na terytorium, na którym licencjodawca prowadzi system dystrybucji selektywnej, nie można łączyć tego systemu z wyłącznymi terytoriami lub wyłącznymi grupami klientów w przypadkach, w których prowadziłyby to do ograniczenia sprzedaży czynnej lub biernej odbiorcom końcowym, ponieważ zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. c) prowadziłyby to do najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, bez uszczerbku dla możliwości zakazania licencjodawcy prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych.

<sup>(63)</sup> Zob. w tym względzie sprawa 26/76, *Metro (I)*, [1977] Rec. 1875.



126. 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 Traktatu, o ile ograniczenia te są chronionemu licencjodawcy obiektywnie niezbędne w celu wejścia na nowy rynek. Może to mieć miejsce, gdy licencjodawcy muszą 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 za 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 nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 przez okres potrzebny licencjodawcy do odzyskania tych inwestycji. W większości przypadków za okres wystarczający licencjodawcy do odzyskania poczynionych inwestycji uznany zostałby okres nieprzekraczający dwóch lat od dnia, w którym produkt objęty umową został po raz pierwszy wprowadzony przez przedmiotowego licencjodawcę do obrotu na wyłącznym terytorium lub sprzedany na rzecz jego wyłącznej grupy klientów. W indywidualnych przypadkach konieczny może być jednak dłuższy okres ochrony licencjodawcy, aby mógł on odzyskać poniesione koszty.

127. Podobnie narzucenie wszystkim licencjodawcom 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.

### 3.5. Wykluczone ograniczenia

128. 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 tym artykule 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

129. Artykuł 5 ust. 1 lit. a) TTBER dotyczy wyłącznych licencji zwrotnych (to znaczy wyłącznej licencji zwrotnej dla licencjodawcy na usprawnienia wprowadzone przez licencjodawcę) lub przeniesienia na licencjodawcę usprawnień licencjonowanej technologii. Zobowiązanie do udzielenia licencjodawcy wyłącznej licencji na usprawnienia licencjonowanej technologii lub przeniesienia takich usprawnień na licencjodawcę powoduje duże prawdopodobieństwo zmniejszenia motywacji licencjodawcy do prowadzenia prac innowacyjnych z uwagi na fakt, że utrudnia ono licencjodawcy korzystanie z usprawnień, także w drodze udzielania licencji osobom trzecim. Wyłączną licencję zwrotną definiuje się jako licencję zwrotną, która uniemożliwia licencjodawcy (który jest innowacyjnym podmiotem i licencjodawcą usprawnienia w tym przypadku) wykorzystywania usprawnień (dla celów własnej produkcji albo udzielania licencji osobom trzecim). Ma to miejsce zarówno w przypadku, gdy usprawnienia licencjonowanej technologii dotyczą samego stosowania tej technologii, jak i wtedy, gdy licencjodawca opracowuje jej nowe zastosowania. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) zobowiązania takie nie podlegają wyłączeniu grupowemu.

130. 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 licencjodawcę 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 licencjodawca 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 licencjodawców 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.

131. 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 licencjodawcę, i w których licencjodawca na mocy porozumienia jest uprawniony do przekazywania uprawnień innym licencjodawcom. 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 licencjodawcom. Klauzula przekazywania (ang. *feed-on clause*) może także sprzyjać rozpowszechnianiu technologii, w szczególności gdy w chwili zawierania porozumienia wszyscy licencjodawcy mają świadomość działania na jednakowych warunkach pod względem technologii, w oparciu o którą odbywa się produkcja.
132. Zobowiązania do udzielenia niewyłącznej licencji zwrotnej mogą mieć w szczególności negatywny wpływ na innowacyjność w przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, w którym to przypadku 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 (241) poniżej). Uniemożliwienie stronom zdobycia przewagi konkurencyjnej nad sobą nawzajem jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli celem licencji jest pozwienie 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 licencjodawcy.
- Klauzula o niekwestionowaniu ważności praw i klauzula dotycząca rozwiązania porozumienia*
133. Wykluczone ograniczenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. b) TTBER, dotyczy klauzul o niekwestionowaniu ważności praw, czyli bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej licencjodawcy, bez uszczerbku dla możliwości, w przypadku licencji wyłącznej, rozwiązania przez licencjodawcę porozumienia o transferze technologii w razie kwestionowania przez licencjodawcę ważności któregośkolwiek z licencjonowanych praw do technologii.
134. Przyczyną wykluczenia klauzul o niekwestionowaniu ważności praw z zakresu wyłączenia grupowego jest fakt, że zwykle licencjodawcy 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 Traktatu 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 konkurencyjnej. W takich przypadkach istnieje niewielkie prawdopodobieństwo spełnienia warunków określonych

w art. 101 ust. 3. Jeżeli jednak licencjonowana technologia dotyczy technicznie przestarzałego procesu, z którego licencjodawca nie korzysta, lub jeśli licencja jest udzielana bezpłatnie, nie dochodzi do ograniczenia konkurencji<sup>(64)</sup>. W sprawie klauzul o niekwestionowaniu ważności praw w kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów zob. pkt (242) i (243).

135. Klauzula zobowiązująca licencjodawcę do niekwestionowania własności praw do technologii nie stanowi, ogólnie rzecz biorąc, ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1. Niezależnie od tego, czy licencjodawca jest właścicielem praw do technologii, czy też nie, wykorzystanie jej przez licencjodawcę i wszelkie inne osoby jest każdorazowo uzależnione od uzyskania licencji, a tym samym zasadniczo nie wpływa w sposób negatywny na konkurencję<sup>(65)</sup>.
136. Na podstawie art. 5 ust. 1 lit. b) TTBER z obszaru „bezpiecznej przystani” wyłączenia grupowego również wyłączone zostaje prawo licencjodawcy, w kontekście licencji innych niż wyłączne, do rozwiązania porozumienia w przypadku, w którym licencjodawca 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 odejście od technologii licencjodawcy skutkowałoby znacznymi stratami dla licencjodawcy (na przykład jeżeli licencjodawca już zainwestował w określone maszyny lub narzędzia, których nie można używać do produkcji przy wykorzystaniu innej technologii) lub gdy technologia licencjodawcy stanowi niezbędny wkład w produkcję licencjodawcy. Na przykład w kontekście patentów istotnych z punktu widzenia standardu licencjodawca wytwarzający produkt zgodny ze standardem będzie musiał zastosować wszystkie patenty, o których mowa w tym standardzie. W takim przypadku kwestionowanie ważności odpowiednich patentów może skutkować znacznymi stratami w przypadku rozwiązania porozumienia o transferze technologii. Jeżeli technologia licencjodawcy nie jest istotna z punktu widzenia standardu, ale zajmuje mocną pozycję na rynku, może to również w dużym stopniu zniechęcać do kwestionowania praw ze względu na trudność, jaką licencjodawca ma w znalezieniu licencji na odpłacalny substytut technologii. Kwestia tego, czy utracone korzyści licencjodawcy byłyby znaczne, a tym samym czy działałyby jak silny czynnik zniechęcający do kwestionowania praw, musi być oceniana w każdym przypadku indywidualnie.
137. W sytuacjach opisanych w punkcie (136) licencjodawca może nie być skłonny do zakwestionowania ważności prawa własności intelektualnej, jeśli mógłby ryzykować rozwiązaniem porozumienia licencyjnego; tym samym narazić się na istotne ryzyko, które zdecydowanie wykracza poza zobowiązanie do uiszczania opłat licencyjnych. Należy jednak zauważyć, że poza kontekstem tych sytuacji klauzula o rozwiązaniu porozumienia często nie będzie stanowić istotnego czynnika zniechęcającego do kwestionowania praw, a tym samym nie będzie mieć takiego samego wpływu jak klauzula o niekwestionowaniu praw.

<sup>(64)</sup> Zob. w tym względzie sprawa 65/86, *Bayer przeciwko Sullhofer*, [1988] Rec. 5249.

<sup>(65)</sup> W kontekście kwestionowania własności znaku towarowego zob. decyzja Komisji w sprawie *Moosehead/Whitbread* (Dz.U. L 100 z 20.4.1990, s. 32).

138. Należy wyważyć interes publiczny, polegający na wzmocnieniu zachęty dla licencjodawcy do udzielania licencji poprzez brak przymusu 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 intelektualnej<sup>(66)</sup>. 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.
139. W przypadku licencji wyłącznych klauzule o rozwiązaniu porozumienia zazwyczaj charakteryzują się mniejszym prawdopodobieństwem powodowania negatywnych skutków dla konkurencji. Po udzieleniu licencji licencjodawca sam może znaleźć się w określonej sytuacji zależności, ponieważ licencjobiorca będzie jego jedynym źródłem dochodu w odniesieniu do licencjonowanych praw do technologii, jeżeli opłaty licencyjne są uzależnione od produkcji z wykorzystaniem licencjonowanych praw do technologii, co często może stanowić skuteczny sposób ustalenia opłat licencyjnych. W tej sytuacji zachęta do innowacyjności i udzielania licencji mogłaby zostać osłabiona, gdyby na przykład licencjodawca miał zawrzeć porozumienie z licencjobiorcą wyłącznym, który już nie podejmuje znacznych wysiłków, aby opracowywać, wytwarzać i wprowadzać na rynek produkt (który ma być) wytwarzany z zastosowaniem licencjonowanych praw do technologii<sup>(67)</sup>. Dlatego na mocy TTBER wyłączeniem grupowym objęte są klauzule o rozwiązaniu porozumienia dotyczące wyłącznych porozumień licencyjnych, o ile spełnione są inne warunki „bezpiecznej przystani”, takie jak poszanowanie progu udziału w rynku. Poza „bezpieczną przystanią” każdy przypadek trzeba oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę różne interesy opisane w pkt (138).
140. Ponadto Komisja bardziej pozytywnie ocenia klauzule o niekwestionowaniu ważności praw oraz o rozwiązaniu porozumienia w odniesieniu do *know-how*, w przypadku gdy 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)
141. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami art. 5 ust. 2 wyklucza z zakresu wyłączenia grupowego wszelkie bezpośrednie lub pośrednie zobowiązania ograniczające zdolność licencjobiorcy do korzystania z własnych praw do technologii lub ograniczające zdolność stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, chyba że to ograniczenie jest konieczne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego *know-how* osobom trzecim. Z 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 (115) i (116) niniejszych wytycznych. 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 Traktatu zasadniczo nie są spełnione<sup>(68)</sup>. Wymagana jest zatem ocena indywidualna.
142. 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 szczebla<sup>(69)</sup>. 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 własnych praw do technologii lub prowadzenia prac badawczo-rozwojowych ograniczają konkurencję i nie spełniają warunków art. 101 ust. 3 Traktatu. 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.
143. 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

<sup>(66)</sup> Sprawa 193/83 *Windsurfing International* [1986] Rec. 611, pkt 92.

<sup>(67)</sup> W kontekście porozumienia, które technicznie nie jest porozumieniem wyłącznym, oraz którego klauzula o rozwiązaniu nie jest objęta warunkiem „bezpiecznej przystani” określonym w TTBER, licencjodawca może - w określonych przypadkach - znajdować się w podobnej sytuacji zależności względem licencjobiorcy mającego znaczną siłę nabywczą. Taka zależność będzie uwzględniana w ramach indywidualnej oceny

<sup>(68)</sup> Zob. pkt (14) powyżej.

<sup>(69)</sup> Zob. pkt (36) powyżej.

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 Traktatu 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 licencjodawcę do skupienia się na korzystaniu z licencjonowanej technologii i jej rozwijaniu. Artykuł 101 ust. 1 stosuje się ponadto tylko wtedy, gdy porozumienie zmniejsza motywację licencjodawcy do usprawniania własnej technologii i korzystania z niej. Nie ma to raczej miejsca, gdy licencjodawca ma prawo rozwiązać porozumienie licencyjne z chwilą, gdy licencjodawca podejmie produkcję w oparciu o własną konkurencyjną technologię. Prawo takie nie zmniejsza motywacji licencjodawcy 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.

### 3.6. Cofnięcie przywileju wyłączenia grupowego i niestosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym

#### 3.6.1. Procedura cofnięcia

144. Zgodnie z art. 6 TTBER Komisja i organy ds. konkurencji państw członkowskich mogą cofnąć przywilej wyłączenia grupowego w przypadku indywidualnych porozumień, które mogą mieć negatywne skutki dla konkurencji (trzeba uwzględnić zarówno skutki faktyczne, jak i potencjalne) oraz nie spełniają warunków określonych w art. 101 ust. 3 Traktatu. 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.
145. Cztery warunki określone w art. 101 ust. 3 stosuje się łącznie i wszystkie one muszą być spełnione, aby wyjątek miał zastosowanie <sup>(70)</sup>. Wyłączenie grupowe może zatem zostać cofnięte, gdy konkretne porozumienie nie spełnia jednego ze wspomnianych czterech warunków lub większej ich liczby.
146. 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.

147. 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 licencjodawcom stosowania technologii osób trzecich;
  - dostęp potencjalnych licencjodawców do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na efekt kumulacji równoległych sieci podobnych ograniczających konkurencję porozumień zakazujących licencjodawcom udzielania licencji innym licencjodawcom lub ponieważ jedynym właścicielem technologii udzielającej licencji na stosowne prawa do technologii udziela licencji wyłącznej licencjodawcy, który już działa na rynku produktowym na podstawie praw do technologii możliwych do zastąpienia. Prawa do technologii kwalifikujące się jako stosowne muszą być możliwe do zastąpienia pod względem technicznym i handlowym, aby licencjodawca działał na właściwym rynku produktowym.
148. 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 opóźniły rozpowszechniania technologii i nadmiernie nie ograniczały konkurencji między licencjodawcą a licencjodawcą lub między licencjodawcami. 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 licencjodawcy. Utrudnienie innym licencjodawcom dostępu do rynku może wynikać z efektu kumulacji sieci porozumień licencyjnych, które zakazują licencjodawcom 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 licencjodawcy 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 licencjodawcom, a tym samym uniemożliwiających potencjalnym licencjodawcom uzyskanie dostępu do niezbędnych technologii. Zagadnienie utrudnienia dostępu do rynku omówiono szerzej w częściach

<sup>(70)</sup> Zob. w tym względzie pkt 42 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

4.2.2 i 4.2.7. Ponadto Komisja może wycofać przywilej polegający na wyłączeniu grupowym, gdy w indywidualnych porozumieniach znaczna liczba licencjodawców konkurencyjnych technologii zobowiąże licencjobiorców do zapewnienia im korzystniejszych warunków uzgodnionych z innymi licencjodawcami.

### 3.6.2. Niestosowanie rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych

149. 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 stanowiącym o niestosowaniu TTBER.
150. Cofnięcie przez Komisję na podstawie art. 6 przywileju wynikającego z TTBER oznacza przyjęcie decyzji na podstawie art. 7 lub 9 rozporządzenia (WE) nr 1/2003, natomiast rozporządzenie Komisji o niestosowaniu TTBER na podstawie art. 7 TTBER powoduje jedynie usunięcie przywileju wynikającego z TTBER oraz przywrócenie pełnego stosowania art. 101 ust. 1 i ust. 3 Traktatu w odniesieniu do odpowiednich ograniczeń i rynków. 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.
151. 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.
152. Artykuł 7 TTBER nie pociąga za sobą obowiązku Komisji do działania, jeżeli zostanie przekroczony 50 % wskaźnik pokrycia rynku. Generalnie przyjęcie rozporządzenia zgodnie z art. 7 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.
153. Każde rozporządzenie przyjęte na mocy art. 7 musi mieć wyraźnie określony zakres. Dlatego po pierwsze, Komisja musi zdefiniować właściwy(-e) rynek(-ki) produktowy(-e) i geograficzny(-e) oraz, po drugie, musi 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 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 zamknięcia <sup>(71)</sup>.

154. 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 uwzględniły rozporządzenie stanowiące o niestosowaniu TTBER.
155. Rozporządzenie o niestosowaniu TTBER nie ma wpływu na wyłączenie grupowe danych porozumień w okresie poprzedzającym jego wejście w życie.

## 4. STOSOWANIE ART. 101 UST. 1 I ART. 101 UST. 3 TRAKTATU POZA ZAKRESEM STOSOWANIA TTBER

### 4.1. Ogólne ramy analizy

156. 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 Traktatu 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. Zawsze konieczna jest indywidualna ocena opierająca się na zasadach określonych w niniejszych wytycznych.
- „Bezpieczna przystań” w przypadku istnienia dostatecznych technologii kontrolowanych niezależnie
157. 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 Traktatu jest mało prawdopodobne poza obszarem najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, jeżeli poza technologiami kontrolowanymi przez strony porozumienia istnieją co najmniej cztery

<sup>(71)</sup> Zob. w tym względzie pkt 8 obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, przytoczonego w przypisie 20.

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.

158. Fakt, że porozumienie nie jest objęte obszarem „bezpiecznej przystani”, o którym mowa w pkt (157), nie oznacza, że jest ono objęte art. 101 ust. 1 Traktatu, 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.

#### 4.1.1. Istotne czynniki

159. Przy stosowaniu art. 101 Traktatu 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; oraz
  - f) dojrzałość rynku.
160. 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.
161. 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 z napotykanymi przez nie zachętami.
162. Pozycja rynkowa stron, w tym każdego przedsiębiorstwa formalnie lub faktycznie kontrolowanego przez strony, 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 konkutowanie 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. Przykładowo – zwłaszcza w przypadku rynków technologicznych – udziały w rynku mogą nie zawsze być dobrym wskaźnikiem względnej siły danej technologii, a dane liczbowe dotyczące udziału w rynku mogą się znacząco różnić, w zależności od stosowanej metody obliczenia.

163. 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 rzeczywiscy 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.

164. 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 nabywczą 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 rynku<sup>(72)</sup>.

165. 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,

<sup>(72)</sup> Zob. w tym względzie sprawa T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] Rec. II-2969, pkt 101.

- które uniemożliwia lub narusza stosowanie siły rynkowej, może nastąpić w ciągu roku lub dwóch, bariery wejścia można zasadniczo uznać za niskie.
166. 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.
167. Na dojrzałym rynku, to jest rynku, 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, prawdopodobieństwo, że ograniczenia konkurencji przyniosą negatywne skutki, jest większe niż na bardziej dynamicznym rynku.
168. 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 zmony 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 zmony.
- 4.1.2. *Negatywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję*
169. 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 zmony 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.
170. 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 (241)).
171. Udzielanie licencji między konkurentami może także ułatwiać zmonę. Groźba zmony jest szczególnie duża na skoncentrowanych rynkach. Zmona wymaga, aby określone przedsiębiorstwa miały podobne poglądy na to, co leży w ich wspólnym interesie i jak ma działać mechanizm koordynacji. Aby zmony 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 zmonę poprzez zwiększanie przejrzystości na rynku, kontrolowanie określonych zachowań i podwyższanie barier wejścia na rynek. W wyjątkowych przypadkach zmonę 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 działań<sup>(73)</sup>.
172. 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. Dostawy technologii możliwych do zastąpienia mogą

<sup>(73)</sup> Zob. w tym względzie pkt 36 wytycznych w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, przytoczonych w przypisie 27.

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.

173. 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, ograniczając 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.

#### 4.1.3. Pozytywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję i ramy analizy ich oddziaływania

174. Nawet porozumienia licencyjne ograniczające konkurencję często mają także pozytywny wpływ na konkurencję w postaci korzyści ekonomicznych, przewyższających negatywne skutki, jakie wiążą się z jej ograniczeniem. Ocena ewentualnych pozytywnych skutków odbywa się w ramach art. 101 ust. 3, który zawiera wyjątek od zakazu określonego w art. 101 ust. 1 Traktatu. Aby wyjątek ten miał zastosowanie, porozumienie licencyjne musi przynieść 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. Przedsiębiorstwo, które powołuje się na art. 101 ust. 3, winno za pomocą przekonujących argumentów i dowodów wykazać, że przesłanki umożliwiające skorzystanie z wyłączenia zostały spełnione<sup>(74)</sup>.

175. Oceny porozumień ograniczających na podstawie art. 101 ust. 3 Traktatu dokonuje się w ich rzeczowym kontekście<sup>(75)</sup> i na podstawie aktualnych w danej chwili faktów. W ocenie uwzględnia się zatem 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 zmianie<sup>(76)</sup>. Stosując art. 101 ust. 3, 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 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.

176. Pierwszy warunek określony w art. 101 ust. 3 Traktatu 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 wówczas 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 wertykalnych<sup>(77)</sup>. Kolejny przykład potencjalnych korzyści można znaleźć w porozumieniach, w których właściciele technologii tworzą pakiet technologii licencjonowany na

<sup>(74)</sup> Sprawy połączone C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i inni przeciwko Komisji i in.* [2009] Zb.Orz. I-9291, pkt 82.

<sup>(75)</sup> Zob. sprawy połączone 25/84, 26/84, *Ford* [1985], Rec. 2725; sprawy połączone C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i inni przeciwko Komisji i in.* [2009] Zb.Orz. I-9291, pkt 103.

<sup>(76)</sup> Zob. w tym względzie na przykład decyzja Komisji z dnia 3 marca 1999 r. 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.

<sup>(77)</sup> Przywołanych w przypisie 52. Zob. zwłaszcza pkt 106 i nast.



rzeczeń 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.

177. Przy stosowaniu kryterium niezbędności, o którym mowa w art. 101 ust. 3 Traktatu, 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, prowadziło do istotnej utraty efektywności, dane ograniczenie 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 nieistotne<sup>(78)</sup>, 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.

178. Warunek, aby konsumenci otrzymali słuszną część korzyści, oznacza, że konsumenci produktów wytwarzanych na podstawie licencji muszą otrzymać przynajmniej rekompensatę równoważącą negatywne skutki porozumienia<sup>(79)</sup>. 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 cen<sup>(80)</sup>.

179. Ostatni warunek określony w art. 101 ust. 3 Traktatu, 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 przeszkodzą dla stosowania art. 102 Traktatu<sup>(81)</sup>. 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 dominującej<sup>(82)</sup>.

180. 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. 3 wymaga jednak zadbania o to, aby porozumienie nie powodowało nadmiernego ograniczenia konkurencji ani nadmiernego ograniczenia innowacyjności.

<sup>(80)</sup> Jak w pkt 98 i pkt 102.

<sup>(81)</sup> Zob. przez analogię pkt 130 spraw połączonych C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, przytoczonych 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, zob. w tym względzie sprawa C-309/99, *Wouters*, [2002] Rec. I-1577, pkt 120.

<sup>(82)</sup> Zob. w tym względzie: sprawa T-51/89, *Tetra Pak* (I), [1990] Rec. II-309. Zob. również pkt 106 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3 powyżej.

<sup>(78)</sup> W sprawie wspomnianych koncepcji zob. część 4.4.1.

<sup>(79)</sup> Zob. pkt 85 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, przytoczonych w przypisie 3.

#### 4.2. Stosowanie art. 101 do różnego rodzaju ograniczeń licencyjnych

181. 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 w innych częściach wytycznych, zwłaszcza w częściach 3.4 i 3.5, zostały omówione jedynie skrótowo.
182. 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. Inaczej jest w przypadku porozumień, w których strony tworzą pakiet technologii, następnie licencjonowany na rzecz stron trzecich. Takie porozumienia to grupy technologii, którym poświęcono część 4.
183. Niniejsza część nie traktuje o zobowiązaniach zawartych w porozumieniach licencyjnych, które zasadniczo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu. Zobowiązania te obejmują m.in.:
- a) zachowanie poufności;
  - b) zakaz udzielania sublicencji przez licencjodawców;
  - c) zakaz korzystania z licencjonowanych praw do technologii po wygaśnięciu porozumienia, o ile licencjonowane prawa do technologii zachowują 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.

##### 4.2.1. Opłaty licencyjne

184. Strony porozumienia licencyjnego mogą zwykle dowolnie określać wysokość opłaty licencyjnej uiszczanej przez licencjodawcę oraz sposób płatności, co nie narusza art. 101 ust. 1 Traktatu. 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 licencjo-

nowana 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 konkurencji<sup>(83)</sup>. Opłaty licencyjne z tytułu korzystania z oprogramowania obliczone na podstawie liczby użytkowników oraz liczby urządzeń są ogólnie zgodne z art. 101 ust. 1.

185. W odniesieniu do porozumień licencyjnych między konkurentami należy pamiętać, że (zob. pkt (100)-(101) i (116) powyżej) w ograniczonej liczbie przypadków zobowiązanie do uiszczania opłat licencyjnych może być równoznaczne z ustalaniem cen, które uważa się za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji (zob. 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 własne prawa do technologii licencjodawcy.
186. Inne rodzaje uzgodnień między konkurentami dotyczące opłat licencyjnych podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %, nawet jeżeli ograniczają konkurencję. Artykuł 101 ust. 1 Traktatu 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, trzeba przeanalizować opłaty uiszczane przez innych licencjodawców na rynku produktowym za te same lub zastępcze technologie. W takich przypadkach spełnienie warunków określonych w art. 101 ust. 3 jest mało prawdopodobne.
187. Niezależnie od tego, że wyłączenie grupowe stosuje się tylko dopóty, dopóki prawa do technologii zachowują 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 Traktatu. 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.

<sup>(83)</sup> Bez uszczerbku dla ewentualnego zastosowania art. 102 TFUE 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).

188. 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 skutku 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 trzeba zatem rozważyć, czy ograniczenie powoduje efekt zamknięcia. W tym celu zaleca się korzystanie z ram analitycznych określonych poniżej w części 4.2.7. W przypadku odczuwalnego efektu zamknięcia porozumienia takie są objęte art. 101 ust. 1 Traktatu. 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.
- 4.2.2. *Wyłączność porozumień licencyjnych i ograniczenia sprzedaży*
189. 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.
- 4.2.2.1. *Licencje wyłączne i licencje jedyne*
190. „Licencja wyłączna” oznacza, że sam licencjodawca nie jest uprawniony do prowadzenia produkcji w oparciu o licencjonowane prawa do technologii ani nie jest uprawniony do udzielania osobom trzecim licencji na prawa do technologii ogólnie, do określonego zastosowania lub na określonym terytorium. Oznacza to, że licencjobiorca jest jedynym podmiotem uprawnionym do prowadzenia produkcji w oparciu o licencjonowane prawa do technologii ogólnie, do określonego zastosowania lub na określonym terytorium.
191. W przypadku gdy licencjodawca zobowiązuje się nie prowadzić samodzielnej produkcji ani nie udzielać innych licencji na produkcję na danym terytorium, terytorium to może obejmować cały świat lub jakkolwiek jego część. 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.
192. Wzajemne licencje zwrotne między konkurentami wchodzi w zakres art. 4 ust. 1 lit. c) TTBER, zgodnie z którym podział rynku i klientów między konkurentami stanowi najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Wzajemne licencje jedyne między konkurentami podlegają jednak 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 zmonopolizowanie, gwarantując stronom, że są na rynku jedynym źródłem produkcji opartej na licencjonowanych technologiach.
193. 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 Traktatu 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.
194. Licencje wyłączne między podmiotami niebędącymi konkurentami – w stopniu objętym art. 101 ust. 1 Traktatu<sup>(84)</sup> – 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.

<sup>(84)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Nungesser* przytoczony w przypisie 13.

195. Jeżeli jednak licencjodawca posiada już możliwość do zastąpienia technologią, którą wykorzystuje do produkcji wewnętrznej, licencja wyłączna może nie być konieczna do zapewnienia licencjodawcy zachęty do wprowadzenia produktu na rynek. W takiej sytuacji udzielanie licencji wyłącznej może natomiast wchodzić w zakres art. 101 ust. 1 Traktatu, w szczególności gdy licencjodawca ma władzę rynkową na rynku produktowym. Interwencja może być uzasadniona przede wszystkim wtedy, gdy dominujący licencjodawca otrzyma licencję wyłączną na jedną lub kilka konkurencyjnych technologii. Porozumienia takie przypuszczalnie wchodziły w zakres art. 101 ust. 1 i jest mało prawdopodobne, aby spełniały warunki określone w art. 101 ust. 3. Aby art. 101 ust. 1 miał zastosowanie, wejście na rynek technologiczny musi być trudne, a licencjonowana technologia musi stanowić rzeczywiste źródło konkurencji na rynku. W takim przypadku licencja wyłączna może wykluczyć licencjodawców będących osobami trzecimi, zwiększyć bariery wejścia i pozwolić licencjodawcy na utrzymanie władzy rynkowej.
196. 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 4.4). Zwykle będzie istniał wymóg, aby licencje na technologie, które leżą u podstaw zamkniętego standardu, były udzielane osobom trzecim w sposób sprawiedliwy, rozsądny i niedyskryminujący<sup>(85)</sup>. 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 udzielenie licencji również osobom trzecim.

#### 4.2.2.2. Ograniczenia sprzedaży

197. W odniesieniu do ograniczeń sprzedaży ważne jest odróżnienie udzielania licencji między konkurentami od udzielania licencji między podmiotami niebędącymi konkurentami.
198. 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) TTBER.
- Takie ograniczenia sprzedaży 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.
199. W przypadku porozumień jednostronnych między konkurentami wyłączenie grupowe stosuje się do ograniczeń sprzedaży czynnej lub biernej prowadzonej przez licencjodawcę lub licencjonodawcę na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony lub na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów (zob. art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (i) TTBER). Powyżej progu udziału w rynku wynoszącego 20 % ograniczenia sprzedaży między licencjonodawcą a licencjodawcą objęte są art. 101 ust. 1 Traktatu, 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 licencjonodawcy na terytorium, na którym sam korzysta z technologii, jest stosunkowo słaba. Wówczas ograniczenia sprzedaży czynnej mogą okazać się niezbędne, aby skłonić licencjonodawcę do udzielenia licencji. W razie braku takich ograniczeń licencjonodawca narażałby się na aktywną konkurencję w głównym obszarze swojej działalności. Podobnie niezbędne może być ograniczenie sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjonodawcę, zwłaszcza jeżeli licencjodawca dysponuje stosunkowo słabą pozycją rynkową na przydzielonym mu terytorium i dokonał znacznych inwestycji w celu efektywnego korzystania z licencjonowanej technologii.
200. Wyłączenie grupowe obejmuje także ograniczenia sprzedaży czynnej na terytorium lub na rzecz grupy klientów przydzielonych innemu licencjodawcy, który nie był konkurentem licencjonodawcy w chwili zawierania z nim porozumienia licencyjnego. Ma to jednak miejsce wyłącznie w przypadku, gdy porozumienie między stronami ma charakter jednostronny (zob. art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (ii) TTBER). Powyżej progu udziału w rynku takie ograniczenia sprzedaży czynnej mogą być objęte art. 101 ust. 1 Traktatu, jeżeli strony dysponują znaczącą władzą rynkową. Ograniczenie może być jednak niezbędne w rozumieniu art. 101 ust. 3 przez okres potrzebny chronionemu licencjodawcy do wejścia na nowy rynek i zaznaczenie swojej obecności na przydzielonym mu terytorium lub wobec przydzielonej mu grupy klientów. Ochrona przed sprzedażą czynną pozwala licencjodawcy przewyciężyć asymetrię związaną z faktem, że niektórzy licencjodawcy są przedsiębiorstwami konkurującymi z licencjonodawcą, a zatem posiadającymi już ugruntowaną pozycję rynkową. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez licencjodawców na terytorium przydzielonym innemu licencjodawcy lub na rzecz przydzielonej mu grupy klientów stanowią zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) TTBER najpoważniejsze ograniczenia konkurencji.

<sup>(85)</sup> 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.

201. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami ograniczenia sprzedaży między licencjodawcą a licencjodawcą podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Powyżej tego progu ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjodawców na terytoriach zastrzeżonych wyłącznie dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonych dla niego grup klientów mogą być niezbędne do rozpowszechniania wartościowych technologii, a zatem wykraczać poza zakres art. 101 ust. 1 lub spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3 Traktatu. 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 braku takich ograniczeń licencjodawca narażałby się na aktywną konkurencję w głównym obszarze swojej działalności. W innych przypadkach ograniczenia sprzedaży nałożone na licencjodawcę mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1 i nie spełniać warunków określonych w art. 101 ust. 3. Prawdopodobnie będzie tak w przypadku, gdy indywidualny licencjodawca dysponuje znaczącą władzą rynkową, jak również gdy pojawia się efekt kumulacji szeregu podobnych porozumień zawartych przez licencjodawców razem dysponujących silną pozycją na rynku.
202. Ograniczenia sprzedaży obciążające licencjodawcę, o ile objęte są art. 101 ust. 1 Traktatu, 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 licencjodawcę od osób trzecich. Ograniczenia, o których mowa, a zwłaszcza ograniczenia sprzedaży czynnej, mogą być jednak niezbędne w rozumieniu art. 101 ust. 3, aby skłonić licencjodawcę do inwestowania w wytwarzanie, wprowadzanie do obrotu i sprzedaż produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Prawdopodobnie motywacja licencjodawcy 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.
203. W odniesieniu do ograniczeń sprzedaży między licencjodawcami 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 wynoszącego 30 % ograniczenia takie hamują konkurencję „wewnątrztechnologiczną” i mogą być objęte art. 101 ust. 1 Traktatu, jeżeli indywidualny licencjodawca 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 licencjodawcy 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 (119) do (127) powyżej).
- #### 4.2.3. Ograniczenia produkcji
204. Wzajemne ograniczenia produkcji w porozumieniach licencyjnych między konkurentami zalicza się do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji określonych w art. 4 ust. 1 lit. b) TTBER (zob. pkt (103) powyżej). Artykuł 4 ust. 1 lit. b) nie obejmuje ograniczeń produkcji dotyczących technologii licencjodawcy nakładanych na licencjodawcę w porozumieniach jednostronnych lub na jednego z licencjodawców w porozumieniu wzajemnym. Ograniczenia takie podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. Powyżej progu udziału w rynku ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę 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 licencjodawcy, a ograniczenie produkcji znacznie przekracza produkcję licencjodawcy przed zawarciem porozumienia. Wówczas skutek spowodowany ograniczeniem produkcji jest ograniczony nawet na rynkach o rosnącym popycie. Przy stosowaniu art. 101 ust. 3 Traktatu 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 licencjodawcę mogą spełniać warunki określone w art. 101 ust. 3. Jest jednak mało prawdopodobne, aby miało to miejsce wtedy, gdy strony dysponują znaczącą władzą rynkową.
205. 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 licencjodawców w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami polega na ograniczeniu konkurencji „wewnątrztechnologicznej” między licencjodawcami. Znaczenie negatywnych skutków dla konkurencji zależy od pozycji rynkowej licencjodawcy i licencjodawców oraz stopnia, w jakim ograniczenia produkcji uniemożliwiają licencjodawcy zaspokojenie popytu na produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia.
206. 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.

207. Ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę 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 licencjodawcę w oparciu o licencjonowaną technologię. Jeżeli licencjodawca nie mógłby określać wielkości produkcji licencjodawcy, wiele porozumień licencyjnych mogłoby nie dojść do skutku, co miałooby negatywny wpływ na rozpowszechnianie nowej technologii. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy licencjodawca jest także producentem, gdyż wówczas produkcja licencjodawcy 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 licencjodawcę, zabraniającymi mu prowadzenia sprzedaży na terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego grupy klientów.

#### 4.2.4. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań

208. 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 odrębnego rynku produktowego. 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 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.

209. 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.

210. Zważywszy, 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 licencjodawca może wytworzyć w obrębie licencjonowanych dziedzin zastosowań.

211. Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań ogranicza korzystanie przez licencjodawcę 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 licencjodawcy 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 4.2.2 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.

212. 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 licencjodawców 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 licencjodawca może rozwijać własną technologię bez obawy o skargę licencjodawcy o naruszenie praw własności.

213. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nałożone na licencjodawców 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 licencjodawca 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 licencjodawcy 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 licencjodawcę 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 Traktatu. 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 licencjodawcy 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 licencjodawca był także narażony na skargi o naruszenie praw własności poza zakresem licencjonowanej dziedziny zastosowań. Jeżeli jednak licencjodawca 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.
214. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nałożone na licencjodawcę 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 licencjodawców przed prowadzeniem działalności w dziedzinach, w których sam korzysta z technologii, zniechęciłoby go to prawdopodobnie do udzielania licencji.
215. W porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami licencjodawca ma zazwyczaj także prawo udzielania różnym licencjodawcom licencji jedynych lub licencji wyłącznych ograniczonych do jednej lub kilku dziedzin zastosowań. Ograniczenia takie ograniczają konkurencję „wewnątrztechnologiczną” między licencjodawcami w taki sam sposób jak licencje wyłączne i tak też są analizowane (zob. część 4.2.2.1 powyżej).
- 4.2.5. *Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek*
216. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek zdefiniować można jako zobowiązanie licencjodawcy 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 licencjodawcy 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.
217. W przypadku porozumień licencyjnych między konkurentami ograniczenie pozwalające licencjodawcy prowadzić produkcję w oparciu o licencję jedynie w celu zastosowania jej we własnych produktach uniemożliwia mu dostarczanie komponentów osobom trzecim. Jeżeli przed zawarciem porozumienia licencjodawca 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 licencjodawca jest rzeczywistym lub prawdopodobnym dostawcą komponentów, niezbędne jest zbadanie wpływu porozumienia na jego działalność. Jeżeli, przedstawiając się na technologię licencjodawcy, licencjodawca 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

218. W przypadku porozumień licencyjnych między podmiotami niebędącymi konkurentami wskutek ograniczeń do wytwarzania produktów na własny użytek pojawić się mogą dwa podstawowe zagrożenia dla konkurencji: ograniczenie konkurencji „wewnątrztechnologicznej” na rynku dostaw materiałów do produkcji oraz wyłączenie arbitrażu między licencjobiorcami, co daje licencjodawcy większe możliwości nakładania na licencjobiorców dyskryminujących opłat licencyjnych.
219. 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 Traktatu. Licencjobiorca nie może jednak być ograniczony 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.
220. 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.
- 4.2.6. *Wiązanie i łączenie*
221. 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.
222. 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.
223. 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 „wiążącego”<sup>(86)</sup>.
224. 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 Traktatu. Jeżeli licencjobiorcy posługują się znakiem towarowym lub marką licencjodawcy albo jeżeli związek między produktem, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia,

<sup>(86)</sup> W kwestii obowiązujących ram analitycznych zob. część 4.2.7 poniżej oraz pkt 129 i nast. Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 52.



- 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 licencjodawca (i licencjodawca) prowadzi produkcję w oparciu o tę samą technologię, mało prawdopodobne jest, aby licencjodawca byli chętni do wzięcia licencji na tę technologię, jeżeli nie wszyscy korzystaliby z niej w zadowalający technicznie sposób.
225. Wiązanie może mieć także skutki pozytywne dla konkurencji, jeżeli produkt związany pozwala licencjodawcy znacznie efektywniej korzystać z licencjonowanej technologii. Przykładowo, jeżeli licencjodawca udziela licencji na konkretną technologię procesową, strony mogą także uzgodnić, że licencjodawca nabędzie od licencjodawcy katalizator przeznaczony do stosowania z licencjonowaną technologią i umożliwiający 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.
- 4.2.7. Zakaz konkurencji
226. Zakaz konkurencji w kontekście licencjonowania technologii ma postać nałożonego na licencjodawcę zakazu korzystania z technologii osób trzecich konkurujących z licencjonowaną technologią. O ile zakaz konkurencji dotyczy produktu lub dodatkowej technologii dostarczanych przez licencjodawcę, został on omówiony w części 4.2.6 poświęconej wiązaniu.
227. Zgodnie z TTBER zakaz konkurencji 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 %.
228. Podstawowym zagrożeniem dla konkurencji wynikającym z zakazu konkurencji jest wykluczenie technologii osób trzecich. Zakaz konkurencji może również ułatwiać znowę między licencjodawcami, w przypadku gdy kilku licencjodawców stosuje go w odrębnych porozumieniach (w razie łącznego stosowania). Wykluczenie konkurencyjnych technologii zmniejsza presję konkurencyjną na opłaty licencyjne pobierane przez licencjodawcę i konkurencję między istniejącymi technologiami poprzez ograniczenie możliwości przechodzenia przez licencjodawców 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 %.
229. Z wykluczeniem mamy do czynienia, gdy znaczna część potencjalnych licencjodawców 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 licencjodawców. Jeżeli bariery wejścia na rynek są niskie, mogą się na nim pojawić nowi licencjodawcy i korzystać z ekonomicznie atrakcyjnych technologii należących do osób trzecich, a zatem stanowić rzeczywistą alternatywę dla licencjodawców 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 licencjodawcami wskutek zakazu konkurencji. 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 licencjodawców oraz ich dostępu do systemu dystrybucji. Przy ocenie efektu zamknięcia na szczeblu dystrybucji Komisja posługuje się będzie ramami analitycznymi określonymi w części IV.2.1 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>(87)</sup>.
230. Jeżeli licencjodawca dysponuje znaczącą władzą rynkową, zobowiązanie licencjodawców 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 konkurencji obejmował znaczną część rynku. Nawet przy jego braku efekt taki może wystąpić, jeżeli zakaz konkurencji dotyczy przedsiębiorstw, które najprędzej udzieliłyby licencji na konkurencyjne technologie. Zagrożenie wykluczeniem jest szczególnie duże, gdy liczba potencjalnych licencjodawców jest ograniczona, a porozumienie licencyjne dotyczy technologii stosowanej przez licencjodawców 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 wiąże wprawdzie także zdolności produkcyjne w odniesieniu do danego składnika produkcji, ale nie wiąże popytu na produkty rynku niższego szczebla wytworzone przez licencjodawcę. W tym ostatnim przypadku licencjodawcy w celu wejścia na rynek muszą jedynie uzyskać dostęp do jednego lub kilku licencjodawców dysponujących odpowiednimi zdolnościami produkcyjnymi. Mało prawdopodobne jest, aby licencjodawca, nakładając na swoich licencjodawców zakaz

<sup>(87)</sup> Porównaj: przypis 52.

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.

231. 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 nabycia 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.
232. 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 Traktatu, 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.
233. Po trzecie, w przypadkach, w których licencjodawca podejmuje znaczne inwestycje, przykładowo w zakresie szkoleń i dostosowania licencjonowanej technologii do potrzeb licencjobiorcy, zakaz konkurowania lub alternatywnie zobowiązanie do wytwarzania minimalnej ilości produktów lub uiszczania minimalnych opłat licencyjnych mogą okazać się niezbędne, aby nakłonić licencjodawcę do poczynienia inwestycji i uniknąć problemu zablokowania działalności. Zazwyczaj jednak licencjodawca może bezpośrednio obciążyć licencjobiorcę kosztami takich inwestycji, pobierając opłatę ryczałtową, co oznacza, że istnieją rozwiązania alternatywne o charakterze mniej ograniczającym niż zakaz konkurowania.

#### 4.3. Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów

234. Klauzule o licencjonowaniu praw do technologii w porozumieniach o rozstrzygnięciu sporów mogą służyć jako środek rozstrzygnięcia sporów lub unikania sytuacji, w której jedna ze stron wykonuje swoje prawa własności intelektualnej, aby powstrzymać drugą od korzystania z jej własnych praw do technologii<sup>(88)</sup>.
235. Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów w kontekście sporów dotyczących 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 mogą zdecydować się na przerwanie sporu lub wycofanie powództwa, ponieważ może okazać się ono zbyt kosztowne, czasochłonne lub niepewne pod względem wyniku. Porozumienia mogą również oszczędzić wysiłków sądów lub właściwych organów administracyjnych podejmowanych w celu podjęcia decyzji w sprawie, a zatem mogą przyczynić się do zwiększenia korzyści ekonomicznych. Z drugiej strony w interesie ogólnym jest wyeliminowanie nieważnych praw własności intelektualnej jako nieuzasadnionej bariery dla innowacji i działalności gospodarczej<sup>(89)</sup>.

236. Udzielanie licencji, w tym także licencji wzajemnych w ramach porozumień o rozstrzygnięciu sporów zazwyczaj samo w sobie nie ogranicza konkurencji, ponieważ zezwala stronom na korzystanie z należących do nich technologii po zawarciu porozumienia. Jeżeli ze względu na brak licencji możliwe jest wykluczenie licencjobiorcy z rynku, dostęp licencjobiorcy do danej technologii zagwarantowany porozumieniem o rozstrzygnięciu sporu na ogół nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1.
237. Jednak indywidualne warunki takich porozumień o rozstrzygnięciu sporów mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1. Udzielanie licencji w kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów traktuje się tak samo jak pozostałe porozumienia licencyjne<sup>(90)</sup>. W takich przypadkach szczególnie konieczne jest ustalenie, czy strony są konkurentami potencjalnymi czy rzeczywistymi.

#### Ograniczenia dotyczące płatności w porozumieniach o rozstrzygnięciu sporów

238. Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów zawierające klauzule dotyczące płatności za ograniczenia lub opóźnienie często nie wiążą się z transferem praw do technologii, lecz opierają się na transferze wartości z jednej strony w zamian za ograniczenie wejścia na rynek lub ekspansji na rynku drugiej strony i mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1<sup>(91)</sup>.
239. Jeśli jednak takie porozumienie o rozstrzygnięciu sporów obejmuje również licencjonowanie praw do technologii, których dotyczy podstawowy spór, i porozumienie to prowadzi do opóźnionego wprowadzenia przez licencjobiorcę produktu na którykolwiek z rynków lub innego ograniczenia zdolności licencjobiorcy w tym zakresie, porozumienie może wchodzić w zakres art. 101 ust. 1 i wówczas należałoby oceniać je zwłaszcza w świetle art. 4 ust. 1 lit. c) i d) TTBER (zob. część 3.4.2 powyżej). Jeżeli strony takiego porozumienia o rozstrzygnięciu sporów są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami i nastąpił

<sup>(88)</sup> TTBER i wytyczne do TTBER pozostają bez uszczerbku dla stosowania art. 101 do porozumień o rozstrzygnięciu sporów, które nie zawierają porozumienia licencyjnego.

<sup>(89)</sup> Sprawa 193/83 Windsurfing przeciwko Komisji, [1986] Rec. 611, pkt 92.

<sup>(90)</sup> Por. sprawa 65/86 Bayer przeciwko Sulhofer [1988], Rec. 5259, pkt 15.

<sup>(91)</sup> Zob. na przykład decyzja Komisji w sprawie Lundbeck, dotychczas nieopublikowana.

znaczny transfer wartości z licencjodawcy do licencjodawcy, Komisja zwróci szczególną uwagę na ryzyko podziału rynku.

*Licencjonowanie wzajemne w porozumieniach o rozstrzygnięciu sporów*

240. 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 Traktatu. 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.

241. 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 Traktatu, 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*

242. W kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów uważa się, że klauzule o niekwestionowaniu ważności praw zasadniczo nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 Traktatu. 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.

243. 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 Traktatu. Ograniczenie swobody kwestionowania prawa własności intelektualnej nie stanowi części konkretnego przedmiotu prawa własności intelektualnej i może ograniczać konkurencję. Na przykład klauzula o niekwestionowaniu ważności praw może naruszać art. 101 ust. 1, jeżeli prawo własności intelektualnej zostało uzyskane w oparciu o niepoprawne, mylące lub niepełne informacje<sup>(92)</sup>. Szczegółowa kontrola takich klauzul jest niezbędna również wtedy, gdy licencjodawca oprócz udzielania licencji na prawa do technologii nakłania licencjodawcę – w drodze zachęty finansowej lub o innym charakterze – aby zgodził się nie podważać ważności praw do technologii lub gdy prawa do technologii stanowią niezbędny wkład w produkcję licencjodawcy (zob. także pkt (136)).

#### 4.4. Grupy technologii

244. 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 licencjodawcom prowadzić działalność na rynku w oparciu o jedną licencję.

245. 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*<sup>(93)</sup>. Różne grupy technologii mogą wspierać standardy konkurencyjne<sup>(94)</sup>. 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 licencjodawcom

<sup>(92)</sup> Por. sprawa C-457/10 P, AstraZeneca przeciwko Komisji [2012], wyrok dotychczas nieopublikowany w Zb.Orz.

<sup>(93)</sup> Jeżeli chodzi o traktowanie standardów oraz porozumień standaryzacyjnych, zob. wytyczne horyzontalne, pkt 257 i następane, przytoczone w przypisie 27.

<sup>(94)</sup> 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.

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.

246. 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.

247. Porozumienia ustanawiające grupy technologii oraz określające warunki ich funkcjonowania, niezależnie od liczby stron, nie podlegają wyłączeniu grupowemu, jako że porozumienie ustanawiające grupę nie pozwala danemu licencjodawcy na wytwarzanie produktów objętych umową (zob. część 3.2.4). 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, porozumieniem wielostronnym, 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 objęte pkt (261) oraz częścią 4.4.2.

#### 4.4.1. Ocena utworzenia i funkcjonowania grup technologii

248. 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

249. W przypadku gdy udział w procesie tworzenia standardu lub grupy jest otwarty dla wszystkich zainteresowanych stron, 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.

#### Wybór i rodzaj technologii wchodzących w skład grupy

250. 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.

251. 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.

252. 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 (zarówno z handlowego jak i z 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. Fakt, że posiadacz technologii tylko deklaruje, iż technologia jest istotna, nie oznacza, że taka technologia jest istotna według kryteriów opisanych w niniejszym punkcie.

253. Jeżeli technologie wchodzące w skład grupy mają charakter zastępczy, opłaty licencyjne mogą być wyższe niż w innym wypadku, ponieważ licencjodawcy nie

- cierpią korzyści z rywalizacji między danymi technologiami. Jeżeli technologie wchodzące w skład grupy mają charakter uzupełniający, grupowanie technologii 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 za własną technologię, bez uwzględnienia tego, że wyższa opłata licencyjna za jedną technologię zazwyczaj zmniejsza popyt na technologie uzupełniające. Jeżeli opłaty licencyjne za technologie uzupełniające są ustalane indywidualnie, suma tych opłat może często przekroczyć kwotę, która zostałaby wspólnie ustalona w grupie za pakiet tych samych technologii uzupełniających. Ocenie roli technologii zastępczych poza grupą poświęcono pkt (262).
254. 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. Brak takiego opartego na popycie dowodu na komplementarność technologii wchodzących w skład grupy jest oznaką, że technologie te są uzupełniające, jeżeli (i) strony wnoszące technologie do grupy zachowują swobodę indywidualnego udzielania licencji na swoje technologie, (ii) grupa wyraża wolę, poza udzielaniem licencji na pakiet technologii wszystkich stron, udzielania również oddzielnych licencji na technologię każdej strony, oraz (iii) całkowita opłata licencyjna pobierana przy udzielaniu oddzielnych licencji na wszystkie technologie wchodzące w skład grupy nie przekracza wysokości opłat pobieranych przez grupę za cały pakiet technologii.
255. 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 Traktatu. 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 złączenia 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
256. 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.
257. Komisja uwzględni, jaki był sposób doboru ekspertów i jakie zadania zostały im powierzone. Eksperti 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. Eksperti 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.
258. Wreszcie istotne są mechanizmy rozstrzygania sporów przewidziane w dokumentach ustanawiających grupę i należy brać je pod uwagę. 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
259. Uwzględnić należy także uzgodnienia między stronami dotyczące wymiany informacji szczególnie chronionych<sup>(95)</sup>. Na rynkach oligopolistycznych wymiana informacji szczególnie chronionych, takich jak informacje dotyczące ustalania cen i produkcji, może ułatwiać zmonopolizację<sup>(96)</sup>. 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.

<sup>(95)</sup> Szczegóły dotyczące wymiany informacji znajdują się w wytycznych horyzontalnych, pkt 55 i następne, przytoczonych w przypisie 27.

<sup>(96)</sup> Zob. w tym względzie wyrok w sprawie *John Deere* przytoczonej w przypisie 11.

260. 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”

261. Stworzenie grupy i jej działalność, w tym udzielanie licencji, zasadniczo wykracza poza zakres art. 101 ust. 1 Traktatu niezależnie od pozycji rynkowej stron, o ile spełnione są wszystkie wymienione poniżej warunki:

- a) uczestnictwo w procesie tworzenia grupy jest otwarte dla wszystkich zainteresowanych właścicieli praw do technologii;
- b) przyjęto wystarczające zabezpieczenia w celu zagwarantowania, iż grupę tworzą jedynie technologie o istotnym charakterze (które tym samym są z definicji również technologiami uzupełniającymi);
- c) przyjęto dostateczne zabezpieczenia w celu dopilnowania, aby wymiana informacji szczególnie chronionych (takich jak informacje dotyczące ustalania cen i produkcji) 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 licencjodawcom na warunkach sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących (ang. FRAND)<sup>(97)</sup>;
- f) stronom wnoszącym technologię do grupy oraz licencjodawcom przysługuje swoboda w zakresie kwestionowania ważności i istotności technologii wchodzących w skład grupy, oraz;
- g) stronom wnoszącym technologię do grupy oraz licencjodawcom przysługuje swoboda w zakresie opracowywania konkurencyjnych produktów i technologii.

Poza obszarem „bezpiecznej przystani”

262. 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 licencjodawców 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 obejmie technologia wchodząca w skład grupy, również zmusza licencjodawców do płacenia za technologię, która potencjalnie nie jest im potrzebna. Włączenie takich 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.

263. Biorąc pod uwagę, że technologie zastępcze i uzupełniające mogą być opracowywane po stworzeniu grupy, konieczność oceny istotności może nie kończyć się wraz z utworzeniem grupy. Technologia może po stworzeniu grupy utracić istotny charakter z uwagi na pojawienie się na rynku nowych technologii osób trzecich. Jeżeli grupa dowie się, że taka nowa technologia osoby trzeciej jest oferowana licencjodawcom i że istnieje na nią wśród nich popyt, problemów związanych z wykluczeniem można uniknąć poprzez zaoferowanie nowym i istniejącym licencjodawcom licencji bez technologii, która już nie jest istotna, za odpowiednio niższą opłatę licencyjną. Cel ten można osiągnąć także w inny sposób.

264. Na etapie oceny grup technologii składających się z technologii o charakterze nieistotnym, ale uzupełniających, 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, licencjodawcy 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 związane 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 opłatę 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

<sup>(97)</sup> Szczegóły dotyczące FRAND znajdują się w wytycznych horyzontalnych, pkt 287 i następne, przytoczonych w przypisie 27.

okres, a technologie wchodzące w skład grupy wspierają standard przemysłowy de facto, należy również wziąć pod uwagę fakt, że grupa może zamknąć dostęp do rynku nowym technologiom zastępczym. Oceniając ryzyko wykluczenia w takich przypadkach, uwzględniając należy, czy licencjobiorcy mogą z odpowiednim wyprzedzeniem wypowiedzieć część porozumienia licencyjnego i uzyskać stosowne obniżenie opłat licencyjnych.

265. Nawet porozumienia o grupowaniu technologii, które ograniczają konkurencję, mogą prowadzić do poprawy efektywności sprzyjającej konkurencji (zob. pkt (245)), którą należy rozpatrywać na podstawie art. 101 ust. 3 i przeciwstawić negatywnemu wpływowi na konkurencję. Na przykład gdy grupy technologii obejmują patenty o charakterze nieistotnym, ale wypełniają wszystkie pozostałe kryteria obszaru „bezpiecznej przystani” wymienione w pkt (261), jeżeli włączenie technologii o charakterze nieistotnym do grupy w jakikolwiek sposób sprzyja konkurencji (zob. pkt (264)) i jeżeli licencjobiorcy mają możliwość uzyskania licencji na korzystanie tylko z części pakietu za odpowiednio mniejszą opłatą licencyjną (zob. pkt (264)), warunki art. 101 ust. 3 mogą być spełnione.

#### 4.4.2. Ocena poszczególnych ograniczeń w porozumieniach między grupami a ich licencjobiorcami

266. Jeżeli porozumienie o utworzeniu grupy technologii nie narusza art. 101 Traktatu, kolejnym krokiem jest ocena wpływu licencji, udzielanych przez grupę licencjobiorcom, 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 licencjobiorcami będącymi osobami trzecimi (zob. pkt (247)). Dlatego niniejsza część poświęcona jest indywidualnej ocenie zagadnień związanych z udzielaniem licencji, które są charakterystyczne dla udzielania licencji w kontekście grup technologii.

267. 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 najpoważniejszych ograniczeń konkurencji wymienionych w art. 4 TTBER (zob. część 3.4).

268. Przedsiębiorstwa, które tworzą grupę technologii zgodną z art. 101 Traktatu, 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 grupy i same w sobie mogą być uznane za ograniczenie konkurencji. W pewnych okolicznościach bardziej efektywne może się okazać uzgadnianie opłat licencyjnych w grupie 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. Licencjobiorcy muszą jednak zachować swobodę wyznaczania cen produktów wytwarzanych na licencji.

269. Jeżeli grupa posiada na rynku pozycję dominującą, opłaty licencyjne i inne warunki udzielania licencji winny być nienadmierne, rozsądne i niedyskryminujące, a licencje – niewyłączne<sup>(98)</sup>. 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 stawek 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.

<sup>(98)</sup> Jeżeli grupa technologii nie ma władzy rynkowej, wówczas udzielanie licencji z grupy w normalnych warunkach nie narusza jednak art. 101 ust. 1, nawet jeśli warunki te nie zostały spełnione.

270. Licencjodawcy i licencjobiorcy powinni mieć swobodę opracowywania konkurencyjnych produktów i standardów. Powinni 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 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.
271. 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.
272. Jednym z problemów dotyczących grup technologii 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 porozumienia<sup>(99)</sup>, w porozumieniu o transferze technologii między grupą a osobami trzecimi mogą wchodzić w zakres art. 101 ust. 1 Traktatu.
273. 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.

---

<sup>(99)</sup> Zob. część 3.5.