

## III

(Otros actos)

## ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

## DECISIÓN DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

N.º 38/15/COL

de 4 de febrero de 2015

**por la que se adopta la Comunicación: «Directrices relativas a la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de transferencia de tecnología» [2016/196]**

EL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Visto el Acuerdo entre los Estados miembros de la AELC sobre el establecimiento de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia, y, en particular, su artículo 5, apartado 2, letra b), y su artículo 25, apartado 1,

considerando lo siguiente:

El Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología <sup>(1)</sup>, se ha incorporado al Acuerdo EEE como punto 5 del anexo XIV del Acuerdo EEE.

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación titulada «Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología» <sup>(2)</sup>.

Las Directrices de la Comisión Europea son también relevantes a efectos del Espacio Económico Europeo.

Debe garantizarse la aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE en todo el Espacio Económico Europeo.

De conformidad con el punto II del título «Disposiciones generales» al final del anexo XIV del Acuerdo EEE, el Órgano de Vigilancia de la AELC deberá aprobar, previa consulta a la Comisión Europea, actos que correspondan a los aprobados por la Comisión Europea a fin de mantener condiciones iguales de competencia.

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

1. Se publicará la siguiente Comunicación, que figura adjunta a la presente Decisión: «Directrices relativas a la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de transferencia de tecnología».
2. La Decisión, incluida la Comunicación del anexo, será auténtica en lengua inglesa.
3. La Comunicación se publicará en la sección EEE del *Diario Oficial de la Unión Europea* y en su Suplemento EEE.

<sup>(1)</sup> DO L 93 de 28.3.2014, p. 17, incorporado al Acuerdo EEE mediante Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 293/2014 de 12 de diciembre de 2014 (pendiente de publicación).

<sup>(2)</sup> DO C 89 de 28.3.2014, p. 3.

4. Los Estados de la AELC serán informados mediante copia de la presente Decisión, incluido el anexo.
5. La Comisión Europea será informada mediante copia de la presente Decisión, incluido el anexo.

Hecho en Bruselas, el 4 de febrero de 2015.

*Por el Órgano de Vigilancia de la AELC*

Oda Helen SLETNES

*Presidenta*

Helga JÓNSDÓTTIR

*Miembro del Colegio*

\_\_\_\_\_

## ANEXO

**COMUNICACIÓN DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC****Directrices relativas a la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de transferencia de tecnología**

- A. La presente Comunicación se adopta con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo («Acuerdo EEE») y en el Acuerdo entre los Estados miembros de la AELC sobre el establecimiento de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia («Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción»).
- B. La Comisión Europea («la Comisión») ha publicado una Comunicación titulada «Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología» <sup>(1)</sup>. Dicho acto no vinculante establece los principios que sigue la Comisión para la evaluación de los acuerdos de transferencia de tecnología con arreglo al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- C. El Órgano de Vigilancia de la AELC («el Órgano») considera que las Directrices de la Comisión Europea son pertinentes para el EEE. Con objeto de mantener las mismas condiciones de competencia y de garantizar la aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE en todo el Espacio Económico Europeo, el Órgano adopta la presente Comunicación en virtud de la facultad que le confiere el artículo 5, apartado 2, letra b), del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción. Se propone seguir los principios y normas establecidos en esta Comunicación cuando aplique las normas de competencia del EEE a un asunto concreto.
- D. En especial, la presente Comunicación establece los principios de evaluación de los acuerdos de transferencia de tecnología de conformidad con el artículo 53 del Acuerdo EEE y proporciona orientación sobre su aplicación.
- E. La presente Comunicación se aplica a los casos en los que el Órgano es la autoridad de vigilancia competente de conformidad con el artículo 56 del Acuerdo EEE.
- F. Esta Comunicación sustituye a la anterior Comunicación del Órgano de 2005 relativa a la aplicación del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de transferencia de tecnología <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> DO C 89 de 28.3.2014, p. 3.

<sup>(2)</sup> DO L 259 de 4.10.2007, p. 1, y Suplemento EEE 46 de 4.10.2007, p. 1.

**ÍNDICE**

1. **INTRODUCCIÓN**
2. **PRINCIPIOS GENERALES**
  - 2.1. El artículo 53 y los derechos de propiedad intelectual
  - 2.2. Marco general para la aplicación del artículo 53
  - 2.3. Definición del mercado
  - 2.4. La distinción entre competidores y no competidores
3. **APLICACIÓN DEL RECATT**
  - 3.1. Efectos del RECATT
  - 3.2. **Ámbito de aplicación y duración del RECATT**
    - 3.2.1. El concepto de acuerdos de transferencia de tecnología
    - 3.2.2. Concepto de transferencia
    - 3.2.3. Acuerdos entre dos partes
    - 3.2.4. Acuerdos de producción de productos contractuales
    - 3.2.5. Vigencia
    - 3.2.6. Relación con otros reglamentos de exención por categorías
      - 3.2.6.1. Los Reglamentos de exención por categorías de determinados acuerdos de especialización y de I+D
      - 3.2.6.2. El Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos verticales
  - 3.3. Los umbrales de cuota de mercado de la salvaguardia regulatoria
  - 3.4. Restricciones de la competencia especialmente graves de conformidad con el Reglamento de exención por categorías
    - 3.4.1. Principios generales
    - 3.4.2. Acuerdos entre competidores
    - 3.4.3. Acuerdos entre no competidores
  - 3.5. Restricciones excluidas
  - 3.6. Retirada e inaplicación del Reglamento de exención por categorías
    - 3.6.1. Procedimiento de retirada
    - 3.6.2. Inaplicación del Reglamento de Exención por Categorías
4. **APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53, APARTADOS 1 Y 3, FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECATT**
  - 4.1. Marco analítico general
    - 4.1.1. Marco analítico general
    - 4.1.2. Efectos negativos de los acuerdos de licencia restrictivos
    - 4.1.3. Efectos positivos de los acuerdos de licencia restrictivos y marco analítico de estos efectos

- 4.2. Aplicación del artículo 53 a diversos tipos de restricciones de acuerdos de licencia
  - 4.2.1. Obligaciones de pago de cánones
  - 4.2.2. Licencias exclusivas y restricciones de las ventas
    - 4.2.2.1. Licencias exclusivas y únicas
    - 4.2.2.2. Restricciones de las ventas
  - 4.2.3. Restricciones de la producción
  - 4.2.4. Restricciones de sector de aplicación
  - 4.2.5. Restricciones de uso cautivo
  - 4.2.6. Vinculación y agrupación
  - 4.2.7. Obligaciones de inhibición de la competencia
- 4.3. Acuerdos de resolución de conflictos
- 4.4. Consorcios tecnológicos
  - 4.4.1. Evaluación de la constitución y el funcionamiento de los consorcios tecnológicos
  - 4.4.2. Evaluación de las restricciones individuales en los acuerdos entre el consorcio y los licenciarios

## 1. INTRODUCCIÓN

- (1) Las presentes Directrices exponen los principios que se aplican para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología en virtud del artículo 53 del Acuerdo EEE («el artículo 53»). Los acuerdos de transferencia de tecnología tienen por objeto la concesión de licencias de derechos de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciario a explotar determinados derechos de tecnología para la producción de bienes o servicios, según lo definido en el artículo 1, apartado 1, letra c), del acto mencionado en el punto 5 del Anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología («el RECATT»)]<sup>(3)</sup>.
- (2) Con las presentes Directrices se pretende dar orientación sobre la aplicación del RECATT y del artículo 53 a los acuerdos de transferencia de tecnología que no están sujetos a dicho Reglamento. El RECATT y las Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación concurrente del artículo 54 del Acuerdo EEE («el artículo 54») a los acuerdos de transferencia de tecnologías<sup>(4)</sup>.
- (3) Los criterios que se exponen en estas Directrices deben aplicarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, lo que excluye una aplicación mecánica de los mismos. Cada asunto debe evaluarse según sus hechos, y estas directrices deben aplicarse de manera razonable y flexible. Los ejemplos se exponen a modo de explicación y no pretenden ser exhaustivos. El Órgano de Vigilancia seguirá de cerca el funcionamiento del RECATT y de las Directrices en el marco del régimen de aplicación de la normativa establecido por el capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción («el Protocolo 4»)<sup>(5)</sup> por si fuera necesario introducir cambios.

<sup>(3)</sup> DO L 93 de 28.3.2014, p. 17, incorporado al Acuerdo EEE mediante Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 293/2014 de 12 de diciembre de 2014 (pendiente de publicación). El RECATT sustituye al acto anteriormente mencionado en el punto 5 del Anexo XIV del Acuerdo EEE, Reglamento (CE) n.º 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 123 de 27.4.2004, p. 11), incorporado al Acuerdo EEE mediante Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 42/2005 de 11 de marzo de 2005 (DO L 198 de 28.7.2005, p. 42 y Suplemento EEE n.º 38 de 28.7.2005, p. 24).

<sup>(4)</sup> Véanse por analogía los asuntos acumulados C-395/96 P y C- 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. 2000 I-1365, apartado 130, y el apartado 106 de las Directrices del Órgano relativas a la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, DO C 208 de 6.9.2007, p. 1 y Suplemento EEE n.º 42 de 6.9.2007, p. 1.

<sup>(5)</sup> De conformidad con el Acuerdo por el que se modifica el Protocolo 4 del Acuerdo de los Estados de la AELC por el que se establece un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia, de 24 de septiembre de 2004, que entró en vigor el 20 de mayo de 2005, el capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción refleja en gran medida, en el pilar de la AELC, el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

- (4) Estas Directrices no afectan a la interpretación del artículo 53 y del RECATT que puedan hacer el Tribunal de la AELC, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES

### 2.1. El artículo 53 y los derechos de propiedad intelectual

- (5) El objetivo global del artículo 53 es proteger la competencia en el mercado para así promover el bienestar de los consumidores y una asignación eficiente de los recursos. El artículo 53, apartado 1, prohíbe todos los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas<sup>(6)</sup> que puedan afectar al comercio entre las Partes Contratantes («Estados del EEE»)<sup>(7)</sup> y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia<sup>(8)</sup>. Como excepción a esta norma, el artículo 53, apartado 3, dispone que la prohibición del apartado 1 del mismo artículo puede declararse inaplicable a los acuerdos entre empresas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos ni ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
- (6) La legislación sobre propiedad intelectual confiere derechos exclusivos a los titulares de patentes, derechos de autor, derechos sobre diseños, marcas y otros derechos legalmente protegidos. El titular de la propiedad intelectual tiene derecho a impedir el uso no autorizado de la misma y a explotarla, por ejemplo, concediendo licencias sobre la misma. Una vez que un producto que incorpora un derecho de propiedad intelectual, con excepción de los derechos de representación<sup>(9)</sup>, ha sido comercializado en el Espacio Económico Europeo (EEE) por el titular del derecho o con su consentimiento, queda agotado el derecho de propiedad intelectual en todo el territorio del EEE, incluidos los Estados AELC, en el sentido de que el titular ya no puede utilizarlo para controlar la venta del producto (principio de agotamiento del EEE)<sup>(10)</sup>. La legislación sobre propiedad intelectual no confiere al titular del derecho el derecho a impedir a los licenciarios o a los compradores que vendan los productos que incorporan la tecnología objeto de la licencia. El principio de agotamiento del EEE está en consonancia con la función esencial de los derechos de propiedad intelectual, que es conceder al titular el derecho a impedir que otras personas exploten su propiedad intelectual sin su consentimiento.
- (7) El hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual confiera derechos exclusivos de explotación no implica que los derechos de propiedad intelectual sean inmunes al Derecho de competencia. Concretamente, el artículo 53 es aplicable a los acuerdos por los que el titular de unos derechos de propiedad intelectual concede a otra empresa una licencia de explotación de los mismos<sup>(11)</sup>. Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas de competencia del EEE. De hecho, ambos cuerpos legales persiguen el mismo objetivo básico de promoción del bienestar de los consumidores y asignación eficiente de los recursos. La innovación constituye un componente esencial y dinámico de una economía de mercado abierta y competitiva. Los derechos de propiedad intelectual fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Lo mismo hace la competencia al obligar a las empresas a innovar. Así pues, tanto los derechos de propiedad intelectual como la competencia son necesarios para fomentar la innovación y su explotación competitiva.

<sup>(6)</sup> En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

<sup>(7)</sup> Véanse las Directrices del Órgano relativas a los efectos sobre el comercio previstas en los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE, DO C 291 de 30.11.2006, p. 46 y Suplemento EEE n.º 59 de 30.11.2006, p. 18.

<sup>(8)</sup> En lo sucesivo, por «restringir» se entenderá también impedir y falsear el juego de la competencia.

<sup>(9)</sup> Que incluye derechos de arrendamiento. Véase a este respecto el asunto 158/86, *Warner Brothers and Metronome Video*, Rec. 1988, p. 2605 y el asunto C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. 1998, p. I-5171.

<sup>(10)</sup> Este principio de agotamiento del EEE está consagrado, por ejemplo, en el artículo 7, apartado 1, del acto mencionado en el punto 9h del anexo XVII del Acuerdo EEE, Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas [DO L 299 de 8.11.2008, p. 25, incorporada al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 56/2007 de 9 de junio de 2007 (DO L 266 de 11.10.2007, p. 17 y Suplemento EEE n.º 48 de 11.10.2007, p. 13)], que dispone que el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE con dicha marca por el titular o con su consentimiento, y en el artículo 4, apartado 2, del acto mencionado en el punto 5 del anexo XVII del Acuerdo EEE, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador [DO L 111 de 5.5.2009, p. 16, incorporada al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 39/2011 de 1 de abril de 2011 (DO L 171 de 30.6.2011, p. 40 y Suplemento EEE n.º 37 de 30.6.2011, p. 47)], que establece que la primera venta en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento agotará el derecho de distribución en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

<sup>(11)</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig*, Rec. 1966, p. 429.

- (8) En la evaluación con arreglo al artículo 53 hay que tener en cuenta que la creación de derechos de propiedad intelectual a menudo exige considerables inversiones y con frecuencia es una empresa arriesgada. Por lo tanto, para no restringir la competencia dinámica y mantener los incentivos que existen para innovar, hay que evitar que se limite indebidamente la libertad del innovador de explotar aquellos derechos de propiedad intelectual que puedan tener valor. Así pues, en principio hay que permitir que el innovador saque el suficiente provecho de los proyectos que hayan tenido éxito para mantener los incentivos a la inversión, teniendo en cuenta los proyectos que fracasan. Los acuerdos de licencia de derechos de tecnología también pueden obligar al licenciatario a hacer considerables inversiones irrecuperables (esto es, que al abandonar ese ámbito de actividad específico, el licenciatario no puede utilizar la inversión para otras actividades, ni venderla salvo con considerables pérdidas) en la tecnología licenciada y en los activos de producción necesarios para explotarla. El artículo 53 no puede aplicarse haciendo abstracción de las inversiones *ex ante* y de los riesgos que conllevan. Por lo tanto, el riesgo que asumen las partes y la inversión irrecuperable que hay que hacer pueden justificar la exclusión del acuerdo del ámbito de aplicación del artículo 53 apartado 1, o el cumplimiento de las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, según el caso, durante el tiempo necesario para recuperar la inversión.
- (9) Para evaluar los acuerdos de licencia con arreglo al artículo 53, el marco analítico existente es lo suficientemente flexible para que se tengan debidamente en cuenta los aspectos dinámicos de la concesión de licencias de derechos de tecnología. No hay presunción de que los derechos de propiedad intelectual y los acuerdos de licencia planteen, en sí mismos, problemas de competencia. La mayoría de los acuerdos de licencia no restringen la competencia y generan eficiencias procompetitivas. De hecho, en sí la concesión de licencias favorece la competencia, toda vez que contribuye a la difusión de las tecnologías y favorece la innovación por parte del licenciante y del licenciatario. Además, con frecuencia hasta los acuerdos de licencia que restringen la competencia pueden generar eficiencias procompetitivas que hay que examinar a la luz del artículo 53, apartado 3, comparándolas con sus efectos negativos sobre la competencia <sup>(12)</sup>. Por lo tanto, la gran mayoría de los acuerdos de licencia son compatibles con el artículo 53.

## 2.2. Marco general para la aplicación del artículo 53

- (10) El artículo 53, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El artículo 53, apartado 1, se aplica tanto a las restricciones de la competencia entre las partes de un acuerdo como a las restricciones de la competencia entre cualquiera de las partes y terceros.
- (11) La evaluación de si un acuerdo de licencia restringe la competencia debe hacerse en el marco efectivo en que se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo que presuntamente contiene restricciones <sup>(13)</sup>. En esta evaluación hay que tomar en consideración el posible impacto del acuerdo en la competencia intertecnologías (esto es, competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras) y en la competencia intratecnología (esto es, competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología) <sup>(14)</sup>. El artículo 53, apartado 1, prohíbe las restricciones tanto de la competencia intertecnologías como de la competencia intratecnología. Por lo tanto, es preciso determinar en qué medida afecta o puede afectar el acuerdo a estos dos tipos de competencia.
- (12) Las dos preguntas siguientes ofrecen un marco útil para efectuar dicha evaluación. La primera pregunta está relacionada con el impacto del acuerdo sobre la competencia intertecnologías, mientras que la segunda se refiere al impacto del acuerdo sobre la competencia intratecnología. Como las restricciones pueden afectar a la competencia intertecnologías y a la competencia intratecnología a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de las dos preguntas en los apartados a) y b) para determinar si restringe la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 1:
- a) ¿Restringe el acuerdo de licencia la competencia efectiva o potencial que existiría de no haberse celebrado? En caso afirmativo, el acuerdo puede estar sujeto al artículo 53, apartado 1. Para esta evaluación es preciso tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia por parte de terceros. Por ejemplo, si dos empresas establecidas en Estados del EEE diferentes se conceden licencias cruzadas sobre tecnologías competidoras y se comprometen a no vender productos en los mercados nacionales de la otra parte, se restringe la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo. De igual modo, si un licenciante impone a sus licenciatarios la obligación de no utilizar tecnologías competidoras y esta obligación excluye del mercado las tecnologías de terceros, la competencia efectiva o potencial que habría existido a falta del acuerdo se ve restringida.

<sup>(12)</sup> La metodología que se sigue para aplicar el artículo 53, apartado 3, está expuesta en las Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, citadas en la nota 4.

<sup>(13)</sup> Asuntos 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 1966, p. 337, y C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, p. I-3111, apartado 76.

<sup>(14)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto *Consten y Gründig*, citada en la nota 11.

- b) ¿Restringe el acuerdo de licencia la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de la restricción o restricciones contractuales? En caso afirmativo, el acuerdo puede estar sujeto al artículo 53, apartado 1. Por ejemplo, si un licenciante impide a sus licenciatarios, que no eran competidores reales o potenciales antes del acuerdo, competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido a falta de las restricciones. Entre estas restricciones figuran la fijación vertical de los precios y las restricciones territoriales o de la clientela entre licenciatarios. Sin embargo, determinadas restricciones pueden, en ciertos casos, no estar sujetas al artículo 53, apartado 1, porque la restricción es necesaria para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza <sup>(15)</sup>. Esta exclusión de la aplicación del artículo 53, apartado 1, solo puede hacerse sobre la base de factores objetivos ajenos a las partes y no de las posiciones subjetivas y las características de las mismas. No se trata de determinar si las partes no habrían aceptado en su situación concreta celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, otras empresas en un contexto semejante no habrían celebrado un acuerdo menos restrictivo <sup>(16)</sup>. No bastan los argumentos según los cuales, si el proveedor no hubiera recurrido a una restricción, hubiera optado por la integración vertical. Las decisiones de recurrir o no a una integración vertical dependen de diversos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de índole interna a la empresa interesada.
- (13) El hecho de que el artículo 53, apartado 1, distinga los acuerdos cuyo objeto es una restricción de la competencia de los acuerdos cuyo efecto es una restricción de la competencia debería tenerse en cuenta en la aplicación del marco analítico expuesto en el punto 12 de las presentes directrices. Un acuerdo o restricción contractual solo está prohibido por el artículo 53, apartado 1, si tiene por objeto o efecto restringir la competencia intertecnología o la competencia intratecnología.
- (14) Las restricciones de la competencia por objeto son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia. Son restricciones que, a la luz de los objetivos de la normativa de competencia de la Unión, tienen un potencial tan grande de generación de efectos negativos sobre la competencia que no es necesario probar sus efectos sobre el mercado para aplicar el artículo 53, apartado 1 <sup>(17)</sup>. Además, es improbable que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 53, apartado 3. Para determinar si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia se tienen en cuenta varios factores, especialmente el contenido del acuerdo y los fines objetivos del mismo. También puede ser necesario tener en cuenta el contexto en que se aplica (o va a aplicarse) y el comportamiento real de las partes en el mercado <sup>(18)</sup>. En otras palabras, puede ser necesario hacer un examen del contexto factual del acuerdo y de las circunstancias específicas en que se aplica para determinar si una restricción concreta constituye una restricción por el objeto de la competencia. La aplicación práctica de un acuerdo puede revelar la existencia de una restricción por objeto en un acuerdo que formalmente no contenga ninguna cláusula expresa al efecto. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria. Puede considerarse que un acuerdo tiene un objetivo restrictivo incluso si la restricción de la competencia no es su única finalidad, sino que también persigue otros objetivos legítimos <sup>(19)</sup>. Por lo que concierne a los acuerdos de licencia, el Órgano considera que las restricciones enumeradas en la lista de restricciones de la competencia especialmente graves que figura en el artículo 4 del RECAT son restrictivas por su propio objeto <sup>(20)</sup>.
- (15) Véase la sentencia en el asunto *Société Technique Minière*, citado en la nota 13 y el asunto 258/78, *Nungesser*, Rec. 1982, p. 2015.
- (16) Para ejemplos, véanse los apartados (126) y (127).
- (17) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, p. I-4125, apartado 99.
- (18) Véanse los asuntos acumulados 29/83 y 30/83, *CRAM y Rhein-zink*, Rec. 1984, p. 1679, apartado 26, y los asuntos acumulados 96/82 y otros, *ANSEAU-NAVEWA*, Rec. 1983, p. 3369, apartados 23-25. Asunto T-491/07 *Groupement des cartes bancaires/Comisión*, sentencia de 29 de noviembre de 2012, apartado 146.
- (19) Asunto C-209/07 *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, Rec. 2008, p. I-8637, apartado 21.
- (20) Una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por objeto puede obtenerse en las Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, citadas en la nota 4. Véanse también los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, Rec. 2009, p. I-9291, apartados 59 a 64; el asunto C-209/07 *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, Rec. 2008, p. I-8637, apartados 21 a 39, el asunto C-8/08 *T-Mobile Netherlands y otros*, Rec. 2009, p. I-4529, apartados 31 y 36 a 39 y el asunto C32/11 *Allianz Hungária Biztosító y otros*, sentencia de 14 de marzo de 2013, apartados 33 a 38.
- (21) Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, Rec. 1998, citada en la nota 13.

servicios. Estos efectos negativos probables sobre la competencia deben ser apreciables <sup>(22)</sup>. Los efectos anticompetitivos apreciables son probables cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo. Poder de mercado es la capacidad de mantener los precios por encima de los niveles competitivos o la producción en términos de cantidades de producto, calidad y variedad del producto o innovación por debajo de los niveles competitivos durante un período de tiempo que no sea insignificante <sup>(23)</sup>. En principio, el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 53, apartado 1, es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 54 <sup>(24)</sup>.

- (16) Para analizar las restricciones de la competencia por efecto, en principio hay que definir el mercado de referencia y examinar y evaluar, en particular, la naturaleza de los productos y de las tecnologías afectados, la posición de mercado de las partes, la posición de mercado de los competidores, la posición de mercado de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras de entrada. En algunos casos es posible, sin embargo, demostrar los efectos anticompetitivos directamente analizando la conducta de las partes del acuerdo en el mercado. Puede ser posible, por ejemplo, determinar que un acuerdo se ha traducido en subidas de precios.
- (17) Ahora bien, los acuerdos de licencia también pueden tener importantes efectos procompetitivos, y la gran mayoría de esos acuerdos son, en efecto, procompetitivos. Pueden favorecer la innovación al permitir que los innovadores obtengan ingresos que cubran al menos parcialmente los costes de investigación y desarrollo. También pueden contribuir a la difusión de las tecnologías; esta difusión puede generar valor reduciendo los costes de producción del licenciataro o permitiéndole producir productos nuevos o mejorados. Las eficiencias para el licenciataro con frecuencia son el fruto de la combinación de la tecnología del licenciante con sus activos y tecnologías. Esta integración de activos y tecnologías complementarios puede conducir a una configuración coste/producción que sería imposible lograr sin el acuerdo. Por ejemplo, la combinación de la tecnología más avanzada del licenciante con los activos de producción o distribución más eficientes del licenciataro puede reducir los costes de producción o hacer posible la producción de un producto de más calidad. Los acuerdos de licencia también pueden contribuir al objetivo procompetitivo de eliminar obstáculos al desarrollo y explotación de la tecnología del licenciataro. Especialmente en los sectores en que abundan las patentes, estos acuerdos a menudo se concluyen para generar espacios de libertad de creación al evitar el licenciataro el riesgo de ser objeto de una demanda por violación de patente. Si el licenciante acepta no invocar sus derechos de propiedad intelectual para impedir la venta de productos del licenciataro, el acuerdo suprime un obstáculo a la venta de dichos productos y, de este modo, generalmente fomenta la competencia.
- (18) En los casos en que un acuerdo de licencia está sujeto al artículo 53, apartado 1, los efectos procompetitivos del mismo deben sopesarse junto con los efectos restrictivos en el contexto del artículo 53, apartado 3. Cuando se cumplen las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3, el acuerdo de licencia restrictivo es válido y aplicable, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto <sup>(25)</sup>. En cambio, no es probable que las restricciones graves cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3. Por regla general, tales acuerdos incumplen (al menos) una de las dos primeras condiciones del artículo 53, apartado 3. Generalmente no generan beneficios económicos objetivos ni beneficios para los consumidores. Asimismo, estos acuerdos tampoco suelen superar la prueba de indispensabilidad de la tercera condición. Por ejemplo, si las partes fijan el precio al que debe venderse el producto producido con la licencia, en principio el resultado es una menor producción y una mala asignación de los recursos, amén de precios más altos para los consumidores. Además, no es indispensable fijar el precio para conseguir las eficiencias derivadas del hecho de que ambos competidores dispongan de las dos tecnologías.

<sup>(22)</sup> La Comunicación del Órgano relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE (DO C 67 de 20.3.2003, p. 20 y Suplemento EEE n.º 15 de 20.3.2003, p. 11.) ofrece orientación sobre la cuestión de la apreciability de los efectos. La Comunicación hace una definición negativa de la apreciability. Los acuerdos que no están cubiertos por la Comunicación *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos apreciables. Es preciso proceder a su evaluación individual.

<sup>(23)</sup> Asunto T-321/05, *Astra Zeneca/Comisión*, Rec. 2010, p. II-2805, apartado 267.

<sup>(24)</sup> Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, apartado 26, citadas en la nota 4.

<sup>(25)</sup> Véase el artículo 1, apartado 2, del capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción.

### 2.3. Definición del mercado

- (19) El planteamiento que sigue el Órgano de Vigilancia de la AELC para definir el mercado de referencia está expuesto en su Comunicación sobre la definición del mercado de referencia a efectos del Derecho de competencia del EEE <sup>(26)</sup>. Las presentes Directrices solamente abordan los aspectos de la definición del mercado que son de especial importancia en el ámbito de las licencias de derechos de tecnología.
- (20) La tecnología es un insumo que se integra en un producto o en un proceso de producción. Por lo tanto, las licencias de derechos de tecnología pueden afectar a la competencia tanto en los mercados de insumos como en los mercados de producción. Por poner un ejemplo, un acuerdo entre dos partes que venden productos competidores y que se conceden licencias cruzadas de derechos de tecnología relacionadas con la producción de tales productos puede restringir la competencia en el mercado de productos de referencia. También puede restringir la competencia en el mercado tecnológico y posiblemente también en otros mercados de insumos. Por lo tanto, para evaluar los efectos competitivos de los acuerdos de licencia puede ser necesario definir los mercados de productos de referencia y los mercados tecnológicos de referencia <sup>(27)</sup>.
- (21) El mercado de productos de referencia está integrado por los productos contractuales (que incorporan la tecnología licenciada) y por los productos considerados por los compradores intercambiables o sustituibles por los productos contractuales, por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. Los productos contractuales podrán formar parte de un mercado de producto final o intermedio.
- (22) Los mercados tecnológicos están integrados por derechos de tecnología licenciada y sus sustitutos, es decir: otras tecnologías consideradas por los licenciarios intercambiables o sustituibles por los derechos de tecnología licenciada, por razón de sus características, sus cánones o el uso que se prevea hacer de ellos. Partiendo de la tecnología comercializada por el licenciante, hay que determinar qué otras tecnologías alternativas podrían utilizar los licenciarios en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, esto es, de los cánones. Otro planteamiento alternativo consiste en examinar el mercado de los productos que incorporan los derechos de tecnología licenciada [véase el apartado (25)].
- (23) El término «mercado de productos» utilizado en el artículo 3 del RECATT y definido en el artículo 1, apartado 1, letra m), se refiere a los mercados de bienes y servicios de referencia tanto en su dimensión geográfica como de productos.
- (24) El «mercado geográfico de referencia» se define en el artículo 1, apartado 1, letra l), del RECATT y comprende el territorio en el que las empresas en cuestión participan en la oferta y la demanda de productos o en la concesión de licencias de tecnología, en el que las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras áreas vecinas porque las condiciones de competencia son notablemente distintas en dichas áreas. El mercado geográfico del mercado tecnológico de referencia puede ser diferente del mercado geográfico de los mercados de productos de referencia.
- (25) Una vez definidos los mercados de referencia, pueden asignarse cuotas de mercado a las diversas fuentes de competencia del mercado, cuotas que servirán de indicador de la fortaleza relativa de los operadores del mercado. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte que le corresponde a cada tecnología del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Pero con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones. Otro método alternativo, que se usa para el cálculo de la salvaguardia regulatoria, tal como se explica en el artículo 8, letra d), del RECATT, consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes [para más detalles, véase el apartado (86) y ss.]. En casos individuales que no pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del RECATT puede ser necesario, si resulta factible, aplicar ambos planteamientos para evaluar con mayor precisión la posición de mercado del licenciante, además de tener en cuenta otros factores que dan una buena indicación de la posición de mercado relativa de las tecnologías disponibles [para más factores, véanse los apartados (157) y (159) y ss.] <sup>(28)</sup>.

<sup>(26)</sup> Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia a efectos del Derecho de competencia en el Espacio Económico Europeo (EEE) (DO L 200 de 16.7.1998, p. 48 y Suplemento EEE n.º 28 de 16.7.1998, p. 3).

<sup>(27)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión COMP/M.5675 de la Comisión, *Syngenta/Monsanto*, en la que la Comisión analizó la fusión de dos productores de girasol integrados verticalmente examinando i) el mercado de insumos (a saber, el intercambio y la concesión de licencias) de las variedades (líneas parentales e híbridos) y ii) el mercado de producción para la comercialización de híbridos. En la Decisión COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, la Comisión definió, además de un mercado para la producción de melamina de alta gama, también un mercado tecnológico de insumos para el suministro de tecnologías de producción de melamina. Véase también COMP/M.269, *Shell/Montecatini*.

<sup>(28)</sup> Véase también la Decisión COMP/M.5675 de la Comisión *Syngenta/Monsanto* y la Decisión COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

- (26) Algunos acuerdos de licencia pueden afectar a la competencia en la innovación. Para analizar estos efectos, en principio, el Órgano se limitará, no obstante, a examinar el impacto del acuerdo sobre la competencia en los mercados de productos y los mercados tecnológicos existentes <sup>(29)</sup>. La competencia en tales mercados puede verse afectada por acuerdos que retrasen la introducción de productos mejorados o nuevos llamados a reemplazar a los existentes. En estos casos la innovación es una fuente de competencia potencial que hay que tener en cuenta al evaluar el impacto del acuerdo sobre los mercados de productos y los mercados tecnológicos. En un número limitado de casos puede, no obstante, resultar útil y necesario también analizar por separado los efectos sobre la competencia en innovación. Así ocurre especialmente cuando el acuerdo afecta a la innovación orientada a la creación de nuevos productos y cuando es posible determinar en una fase inicial los polos de investigación y desarrollo <sup>(30)</sup>. En estos casos puede analizarse si tras el acuerdo habrá un número suficiente de polos de investigación y desarrollo competidores para que se mantenga la competencia efectiva en materia de innovación.

#### 2.4. La distinción entre competidores y no competidores

- (27) En general los acuerdos entre competidores encierran un mayor peligro para la competencia que los acuerdos entre no competidores. Sin embargo, la competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología (competencia intratecnológica entre licenciatarios) constituye un complemento importante de la competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras (competencia intertecnologías). Así, por ejemplo, la competencia intratecnológica puede desembocar en unos precios más bajos para los productos que incorporan la tecnología en cuestión, que no solo pueden generar beneficios directos e inmediatos para los consumidores de estos productos, sino que además estimulan aún más la competencia entre las empresas que utilizan tecnologías competidoras. En el contexto de las licencias, también hay que tener en cuenta que los licenciatarios venden su propio producto; no revenden un producto que les suministra otra empresa. Puede haber, pues, un mayor margen para la diferenciación de los productos y la competencia en calidad entre los licenciatarios que en el caso de los acuerdos verticales de reventa de productos.
- (28) Para conocer la relación competitiva existente entre las partes, es necesario determinar si habrían sido competidores reales o potenciales de no haberse celebrado el acuerdo. Si a falta del acuerdo las partes no hubiesen sido competidores reales o potenciales en ningún mercado de referencia afectado por el acuerdo, se considera que no son competidores.
- (29) En principio, no se consideran competidoras las partes de un acuerdo si están en una posición unilateral o bilateral de bloqueo. Existe posición unilateral de bloqueo cuando un derecho de tecnología no puede explotarse sin que ello constituya una infracción de otro derecho de tecnología válido, o si una de las partes no puede ser activa de forma comercialmente viable en el mercado de referencia sin infringir el derecho de tecnología válido de la otra parte. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un derecho de tecnología cubre un perfeccionamiento de otro derecho de tecnología y el perfeccionamiento no puede utilizarse legalmente sin una licencia del derecho de tecnología. Se da una posición bilateral de bloqueo cuando no se puede explotar ninguno de los dos derechos de tecnología sin que ello constituya una infracción del otro, o cuando ninguna parte puede ser activa de forma comercialmente viable en el mercado de referencia sin infringir el derecho de tecnología válido de la otra parte, y cuando las otras partes tienen por tanto que concederse una licencia o una autorización mutuamente <sup>(31)</sup>. No obstante, en la práctica, habrá casos en los que no haya certeza sobre si un derecho de tecnología concreto es válido y ha sido infringido.
- (30) Las partes son competidores reales en el mercado de producto si, antes del acuerdo, ambas ya estaban activas en el mismo mercado de producto de referencia. El hecho de que ambas ya estuvieran activas en el mismo mercado de producto de referencia, sin haber celebrado un acuerdo de licencia, es un fuerte indicio de que no se están bloqueando una a la otra. En tal caso, puede suponerse que son competidores reales, a no ser, y hasta, que se demuestre la existencia de una posición de bloqueo (en particular, mediante una resolución judicial firme).
- (31) El licenciatario puede considerarse competidor potencial en el mercado de producto si es probable que, a falta de acuerdo, realice las inversiones adicionales necesarias para penetrar en el mercado de referencia en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de los productos. La probable entrada debería evaluarse con criterios realistas, es decir, sobre la base de los hechos del caso concreto. La entrada es tanto más probable si el licenciatario posee activos que puedan utilizarse fácilmente para entrar en el mercado sin incurrir en importantes costes irre recuperables, o si ya ha hecho planes o realizado otras inversiones iniciales para entrar en el mercado.

<sup>(29)</sup> Véanse también los puntos 119 a 122 de las Directrices del Órgano sobre la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal («Directrices horizontales») (DO C 362 de 12.12.2013, p. 3 y Suplemento EEE n.º 69 de 12.12.2013, p. 1).

<sup>(30)</sup> Véase también el apartado 157.

<sup>(31)</sup> En una situación en que las empresas se han comprometido en general a conceder licencias a determinados derechos de propiedad intelectual, no puede considerarse que las partes tengan una posición de bloqueo sobre la base de estos derechos de propiedad intelectual.

Debe haber posibilidades reales concretas de que el licenciatarario pueda entrar en el mercado de referencia y competir con empresas consolidadas <sup>(32)</sup>. Asimismo, no podrá tacharse al licenciatarario de potencial competidor si su entrada en un mercado no es una estrategia económicamente viable <sup>(33)</sup>.

- (32) En el contexto específico de los derechos de propiedad intelectual, un factor adicional para evaluar si las partes son competidores potenciales en un mercado concreto es la posibilidad de que sus derechos de propiedad intelectual se encuentren en una posición de bloqueo, esto es, que el licenciatarario no pueda entrar en el mercado en cuestión sin infringir los derechos de propiedad intelectual de la otra parte.
- (33) A falta de seguridad, por ejemplo, en forma de resolución judicial firme sobre la existencia de una posición de bloqueo, las partes, al abordar la cuestión de si son competidores potenciales, deberán basarse en todas las pruebas disponibles, en particular la posibilidad de que se infrinjan los derechos de propiedad intelectual, y si existen posibilidades reales de burlar derechos de propiedad intelectual existentes. La realización de considerables inversiones o planes avanzados de entrar en un mercado concreto pueden apoyar la visión de que las partes son al menos competidores potenciales, incluso aunque no pueda excluirse una posición de bloqueo. Podrán exigirse pruebas especialmente convincentes de la existencia de una posición de bloqueo cuando a ambas partes les convenga invocar dicha posición de bloqueo para que no se las considere competidores; por ejemplo, cuando la supuesta posición de bloqueo se refiera a tecnologías intercambiables que sean sustitutivas desde un punto de vista tecnológico [véase el apartado (22)] o si hay una inducción financiera significativa del licenciante al licenciatarario.
- (34) Para constituir una presión competitiva realista, la entrada de otro competidor debe ser posible en un plazo muy corto <sup>(34)</sup>. En principio, en un plazo de uno o dos años. Sin embargo, en algunos casos se pueden tomar en consideración plazos más largos. El plazo que necesitan las empresas ya presentes en el mercado para ajustar su capacidad puede servir de referencia para determinar este plazo. Por ejemplo, es probable que se considere que las partes son competidores potenciales en el mercado de productos si el licenciatarario produce con su propia tecnología en un mercado geográfico y comienza a producir en otro mercado geográfico con otra tecnología licenciada competidora. En tales circunstancias, el licenciatarario probablemente hubiese podido entrar en el segundo mercado geográfico con su propia tecnología, salvo que mediasen factores objetivos que lo impidiesen, como la existencia de derechos de propiedad intelectual de bloqueo.
- (35) Las partes son competidores reales en el mercado tecnológico si bien ya están concediendo derechos de licencia de tecnología sustituible, o si el licenciatarario ya está concediendo derechos de licencia de su tecnología y el licenciante entra el mercado tecnológico concediendo al licenciatarario una licencia para derechos de licencia de tecnología competidora.
- (36) Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado tecnológico cuando poseen tecnologías sustituibles si el licenciatarario no ha concedido licencias sobre su propia tecnología, siempre y cuando probablemente lo hubiera hecho en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de la tecnología. En el caso de los mercados tecnológicos, suele ser más difícil evaluar si las partes son competidores potenciales. Por esta razón, a efectos de la aplicación del RECAT, la competencia potencial en el mercado tecnológico no se tiene en cuenta [véase el apartado (83)] y a efectos de la aplicación del RECAT las partes se consideran no competidores.
- (37) En algunos casos también es posible concluir que, si bien el licenciante y el licenciatarario producen productos competidores, no son competidores en el mercado de productos de referencia ni en el mercado tecnológico de referencia porque la tecnología objeto de la licencia representa una innovación tan radical que la tecnología del licenciatarario ha quedado obsoleta o no resulta competitiva. En estos casos, la tecnología del licenciante crea un mercado nuevo o excluye del mercado existente la tecnología del licenciatarario. Pero, con frecuencia, no es posible llegar a esta conclusión en el momento en que se celebra el acuerdo. Generalmente hasta que la tecnología o los productos que la incorporan no llevan algún tiempo a disposición de los consumidores no resulta evidente si la tecnología más antigua ha quedado obsoleta o ha dejado de ser competitiva. Por ejemplo, cuando se desarrolló la tecnología de los CD y se comercializaron los lectores de CD y los CD, no era obvio que esta nueva tecnología fuese a reemplazar la tecnología de los LP. Pasaron varios años antes de que quedase claro. Por lo tanto, se considerará que las partes son competidores si en el momento de celebrarse el acuerdo no es evidente que la tecnología del licenciatarario haya quedado obsoleta o no sea competitiva. Sin embargo, como los apartados 1 y 3 del artículo 53 deben aplicarse a la luz del contexto real en que se celebra el acuerdo, la evaluación es sensible a los cambios sustanciales en los hechos. La consideración de la relación entre las partes cambiará y la relación pasará a ser una relación entre no competidores si más adelante la tecnología del licenciatarario deviene obsoleta o deja de ser competitiva en el mercado.

<sup>(32)</sup> Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *European Night Services y otros/Comisión*, Rec. 1998, p. II- 3141, apartado 137.

<sup>(33)</sup> Asunto T-461/07, *Visa Europe Ltd y Visa International Service/Comisión Europea*, Rec. 2011 p. II-1729, apartado 167.

<sup>(34)</sup> Asunto T-461/07, *Visa Europe Ltd and Visa International Service/Comisión Europea*, Rec. 2011, p. II-1729, apartado 189.

- (38) En algunos casos las partes pueden convertirse en competidores después de celebrarse el acuerdo al desarrollar o adquirir y empezar a explotar el licenciataria una tecnología competidora. En tal caso, hay que tener en cuenta que las partes no eran competidores en el momento en que se celebró el contrato y que este se concluyó en dicho contexto. Por consiguiente, el Órgano se centrará principalmente en el impacto del acuerdo en la capacidad del licenciataria de explotar su propia tecnología (competidora). En particular, la lista de restricciones de la competencia especialmente graves aplicables a los acuerdos entre competidores no se aplicará a esos acuerdos salvo que se modifique un aspecto material del acuerdo después de que las partes se conviertan en competidores (véase el artículo 4, apartado 3, del RECATT).
- (39) También puede ocurrir que las empresas se conviertan en competidores tras la celebración del acuerdo porque el licenciataria ya estaba presente en el mercado de referencia donde el producto contractual se vendió, antes de que se le concediese la licencia, y porque el licenciante haya entrado en el mercado de referencia tras el acuerdo gracias a la tecnología licenciada o a una tecnología nueva. En este caso también se seguirá aplicando al acuerdo la lista de restricciones de la competencia especialmente graves aplicable a los acuerdos entre no competidores, salvo que se modifique un aspecto importante del acuerdo (véase el artículo 4, apartado 3, del RECATT). Una enmienda importante incluye la celebración de un nuevo acuerdo de transferencia de tecnología entre las partes por lo que respecta a tecnologías competidoras que pueden utilizarse para la producción de productos que compitan con los productos contractuales.

### 3. APLICACIÓN DEL RECATT

#### 3.1. Efectos del RECATT

- (40) Las categorías de acuerdos de transferencia de tecnología que cumplen los requisitos establecidos en el RECATT se benefician de una exención de la prohibición del artículo 53, apartado 1. Los acuerdos exentos por categorías son válidos y aplicables legalmente. Solo pueden prohibirse de cara al futuro y ello previa retirada de la exención por categorías por el Órgano o por las autoridades nacionales de competencia de los Estados AELC. Estos acuerdos no pueden ser prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 por los tribunales nacionales con ocasión de una demanda interpuesta por un particular.
- (41) La exención de determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología se basa en la presunción de que estos acuerdos, si entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, cumplen las cuatro condiciones establecidas en el artículo 53, apartado 3. Se presupone, pues, que estos acuerdos generan eficiencias económicas, que las restricciones que contienen son indispensables para alcanzar estas eficiencias, que se reserva a los consumidores de los mercados afectados una participación equitativa en los incrementos de eficiencia y que los acuerdos no ofrecen a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Los umbrales fijados para las cuotas de mercado (artículo 3), la lista de restricciones especialmente graves (artículo 4) y las restricciones excluidas (artículo 5) que establece el RECATT persiguen garantizar que los acuerdos restrictivos solamente se beneficien de la exención por categorías si se puede presumir con suficiente seguridad que cumplen las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3.
- (42) Como se indica en la sección 4 de las presentes directrices, muchos de los acuerdos de licencia no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, porque no restringen la competencia en absoluto o porque la restricción es insignificante<sup>(35)</sup>. En la medida en que de todos modos estos acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del RECATT, no es necesario determinar si están sujetos al artículo 53, apartado 1<sup>(36)</sup>.
- (43) Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías es importante examinar si en el caso individual de que se trate el acuerdo está sujeto a lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, y, en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho artículo. No se presume que los acuerdos de transferencia de tecnología que no están cubiertos por la exención por categorías son incompatibles con el artículo 53, apartado 1, o incumplen las condiciones del apartado 3 de ese mismo artículo. Concretamente, el mero hecho de que las cuotas de mercado de las partes excedan de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3 del RECATT no basta para considerar que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Es preciso hacer una evaluación de los efectos probables del acuerdo. Solamente cuando los acuerdos contienen restricciones especialmente graves de la competencia cabe presumir, en principio, que están prohibidos por el artículo 53.

<sup>(35)</sup> Véase, a este respecto, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 22.

<sup>(36)</sup> Con arreglo al apartado 2 del capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, los acuerdos que pueden afectar al comercio entre Estados AELC pero que no están prohibidos por el artículo 53, no pueden ser prohibidos por las legislaciones nacionales de competencia.

### 3.2. **Ámbito de aplicación y duración del RECATT**

#### 3.2.1. *El concepto de acuerdos de transferencia de tecnología*

- (44) El RECATT y estas Directrices tienen por objeto los acuerdos de transferencia de tecnología. De conformidad con el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, el concepto de «derechos de tecnología» comprende los conocimientos técnicos y las patentes, los modelos de utilidad, los derechos sobre diseño, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales puedan obtenerse dichos certificados, los certificados sobre obtenciones vegetales y los derechos de autor de programas informáticos o una combinación de los mismos, así como las solicitudes de estos derechos y del registro de estos derechos. Los derechos de tecnología licenciados deben permitir al licenciario producir, con o sin otros insumos, los productos contractuales. El RECATT solo se aplica en los Estados del EEE en los que el licenciante es titular de los derechos de tecnología pertinentes; en otro caso, no hay derechos de tecnología para transferir a efectos del RECATT.
- (45) Los conocimientos técnicos se definen en el artículo 1, apartado 1, letra i), del RECATT como un conjunto de información práctica derivada de pruebas y experiencias, que es secreta, sustancial y determinada:
- a) «Secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles.
  - b) «Sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen la información que es importante y útil para la producción de los productos cubiertos por el acuerdo de licencia o la aplicación del proceso cubierto por el acuerdo de licencia. En otras palabras, la información debe contribuir o facilitar de manera significativa la producción de los productos contractuales. Si los conocimientos técnicos se refieren a un producto y no a un procedimiento, esta condición significa que los conocimientos técnicos han de ser útiles para la producción del producto contractual. Esta condición no se cumple si se puede producir el producto contractual mediante una tecnología que es de dominio público. Esta condición no implica, no obstante, que el producto contractual tenga que ser de mayor valor que los productos producidos con tecnologías de dominio público. En el caso de las tecnologías de procesos, esta condición implica que los conocimientos técnicos han de ser útiles en el sentido de que en el momento de la celebración del acuerdo sea razonable esperar que sirvan para mejorar la competitividad del licenciario, por ejemplo, reduciendo sus costes de producción.
  - c) «Determinada» significa que es posible verificar que los conocimientos técnicos licenciados se ajustan a los criterios de secreto y sustancialidad. Esta condición se cumple cuando los conocimientos técnicos licenciados están descritos en manuales o de otra forma escrita. Con todo, en algunos casos el cumplimiento de esta exigencia puede ser posible pero no razonable. Los conocimientos técnicos licenciados pueden ser conocimientos prácticos de los empleados del licenciante. Estos empleados pueden, por ejemplo, tener conocimientos sustanciales y secretos sobre un determinado proceso de producción que se transfieren al licenciario en forma de formación de sus empleados. En tales casos, basta con que se describa en el acuerdo la naturaleza general de los conocimientos técnicos y se indique qué empleados han participado o van a participar en la transferencia de los mismos al licenciario.
- (46) Las disposiciones de los acuerdos de transferencia de tecnología relativos a la compra de productos por el licenciario solamente están cubiertos por el RECATT si, y en la medida en que, tales disposiciones están directamente relacionadas con la producción o venta de los productos contractuales. Por lo tanto, no cabe aplicar el RECATT a (las partes de) un acuerdo de transferencia de tecnología por lo que respecta a los insumos o equipos que se utilizan para otros fines distintos de la producción de los productos contractuales. Por ejemplo, cuando la leche se vende junto con la concesión de licencias de tecnología para la producción de queso, solo la leche utilizada para la producción de queso con la tecnología licenciada estará cubierta por el RECATT.
- (47) Las disposiciones de los acuerdos de transferencia de tecnología relativos a la concesión de licencias de otros tipos de propiedad intelectual, como marcas y derechos de autor, distintas de los derechos de autor de programas informáticos [respecto de los derechos de autor de programas informáticos véanse los apartados (44) y (62)], solo están cubiertas por el RECATT si, y en la medida en que, estén directamente relacionadas con la producción o venta de los productos contractuales. Esta condición garantiza que las disposiciones que tienen por objeto otros tipos de derechos de propiedad intelectual estén cubiertas por la exención por categorías si estos derechos de propiedad intelectual sirven para que el licenciario explote mejor los derechos de tecnología licenciada. Por ejemplo, si un licenciante autoriza al licenciario a utilizar su marca en los productos que incorporan la tecnología licenciada, esta licencia de marca puede ayudar al licenciario a explotar mejor la tecnología

licenciada al hacer posible que los consumidores asocien inmediatamente el producto con las características que le confiere los derechos de tecnología licenciada. Una obligación consistente en que el licenciatarario tenga que utilizar la marca del licenciante también puede contribuir a la difusión de la tecnología al permitir que el licenciante sea identificado con la fuente de la tecnología. El RECATT abarca los acuerdos de transferencia de tecnología en este caso aun cuando el principal interés de las partes resida en la explotación de la marca en lugar de la tecnología <sup>(37)</sup>.

- (48) El RECATT no cubre la concesión de licencias de derechos de autor salvo los derechos de autor de los programas informáticos [salvo para la situación expuesta en el apartado (47)]. No obstante, como norma general, el Órgano aplicará los principios expuestos en el RECATT y en las presentes Directrices al evaluar los acuerdos de licencia de derechos de autor para la producción de los productos contractuales en virtud del artículo 53.
- (49) En cambio, las licencias de derechos de alquiler y de representación protegidos por los derechos de autor, en particular películas o música, plantean problemas específicos y puede resultar inapropiado evaluarlas con arreglo a los principios expuestos en estas Directrices. A la hora de aplicar el artículo 53 se han de tener en cuenta las particularidades de la obra y el modo en que se explota <sup>(38)</sup>. Por consiguiente, el Órgano no aplicará el RECATT y las presentes Directrices por analogía a los acuerdos de licencia de estos derechos.
- (50) El Órgano tampoco hará extensivos los principios expuestos en el RECATT y en las presentes Directrices a los acuerdos de licencia de marca [salvo para la situación expuesta en el apartado (47)]. Los acuerdos de licencia de marca se dan con frecuencia en el contexto de la distribución y reventa de bienes y servicios y generalmente son más afines a los acuerdos de distribución que a los de licencia de tecnología. Cuando una licencia de marca está directamente relacionada con el uso, venta o reventa de bienes y servicios y no constituye el objeto primordial del acuerdo, el acuerdo de licencia está cubierto por el acto mencionado en el punto 2 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas <sup>(39)</sup> («Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales»)].

### 3.2.2. Concepto de «transferencia»

- (51) El concepto de «transferencia» implica que la tecnología debe pasar de una empresa a otra. Estas transferencias suelen realizarse por medio de licencias por las que el licenciante otorga al licenciatarario el derecho a utilizar sus derechos de tecnología exigiendo como contraprestación el pago de un canon.
- (52) Según figura en el artículo 1, apartado 1, letra c), del RECATT, las cesiones en las que parte del riesgo asociado a la explotación de los derechos de tecnología quedan en poder del cedente, también se consideran acuerdos de transferencia de tecnología. En particular, este es el caso en que el importe pagadero por la cesión depende del volumen de negocios obtenido por el cesionario respecto de los productos elaborados con la tecnología cedida, la cantidad de tales productos o el número de operaciones realizadas utilizando la tecnología en cuestión.
- (53) Un acuerdo por el que el licenciante se comprometa a no ejercer sus derechos sobre la tecnología contra el licenciatarario, también puede considerarse una transferencia de derechos de tecnología. La esencia de una licencia de patente pura es el derecho a operar dentro del ámbito de aplicación del derecho exclusivo de la patente. En consecuencia, el RECATT también cubre los llamados acuerdos de no oposición y los llamados acuerdos de resolución de conflictos, por los que el licenciante permite al licenciatarario producir dentro del ámbito cubierto por la patente <sup>(40)</sup>.

### 3.2.3. Acuerdos entre dos partes

- (54) Con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra c), del RECATT, este es aplicable únicamente a los acuerdos de transferencia de tecnología «entre dos empresas». Los acuerdos de transferencia de tecnología entre más de dos empresas no están cubiertos por el RECATT. El factor determinante para distinguir entre acuerdos bilaterales y multilaterales es si el acuerdo lo concluyen más de dos empresas.

<sup>(37)</sup> El RECATT podría abarcar ahora el acuerdo de transferencia de tecnología evaluado en la Decisión de la Comisión en *Moosehead/Whitbread* (DO L 100 de 20.4.1990, p. 32), véase en particular el apartado 16 de dicha Decisión.

<sup>(38)</sup> Véase el asunto 262/81, *Coditel (II)*, Rec. 1982, p. 3381.

<sup>(39)</sup> DO L 102 de 23.4.2010, p. 1, incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión 77/2010 (DO L 244 de 16.9.2010, p. 35 y Suplemento EEE n.º 49 de 16.9.2010, p. 34).

<sup>(40)</sup> Los términos «licencia» y «licenciado» utilizados en las presentes Directrices también incluyen la renuncia y los acuerdos de resolución de conflictos siempre que la transferencia de derechos de tecnología se realice según lo descrito en esta sección. Respecto de los acuerdos de resolución de conflictos, véase el apartado (234) y siguientes.

- (55) Los acuerdos concluidos por dos empresas entran dentro del ámbito de aplicación del RECATT aunque impongan condiciones para más de un nivel comercial. Por ejemplo, el RECATT es aplicable a un acuerdo de licencia que se refiera no solo a la fase de producción sino también a la de distribución, al especificar las obligaciones que el licenciatario debe o puede imponer a los revendedores de los productos producidos al amparo de la licencia <sup>(41)</sup>.
- (56) Los acuerdos que establecen consorcios tecnológicos y las licencias expedidas por ellos son en general acuerdos entre varias partes y no están cubiertos por el RECATT <sup>(42)</sup>. El concepto de consorcio tecnológico abarca los acuerdos por los que dos o más partes deciden compartir sus tecnologías y conceder licencias globales sobre las mismas. El concepto de consorcio tecnológico también incluye los acuerdos por los que dos o más empresas conceden una licencia a un tercero y le autorizan a conceder licencias sobre el paquete de tecnologías.
- (57) Los acuerdos de licencia entre más de dos empresas con frecuencia suscitan las mismas cuestiones que los acuerdos de licencia de la misma naturaleza concluidos entre dos empresas. En su evaluación individual de los acuerdos de licencia de la misma naturaleza que los cubiertos por la exención por categorías pero celebrados por más de dos empresas, el Órgano aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT. No obstante, los consorcios tecnológicos y las licencias de estos se tratan específicamente en la sección 4.4.

#### 3.2.4. Acuerdos de producción de productos contractuales

- (58) Del artículo 1, apartado 1, letra c), del RECATT se desprende que, para que los acuerdos de licencia estén cubiertos por el RECATT, deben tener por objeto «la producción de los productos contractuales», es decir, de productos que incorporen la tecnología licenciada o sean producidos con ella. La licencia tiene que permitir al licenciatario o su(s) subcontratista(s) explotar la tecnología licenciada para la producción de bienes o servicios (véase asimismo el considerando 7 del preámbulo del RECATT).
- (59) Cuando el objeto del acuerdo no sea la elaboración de productos contractuales sino, por ejemplo, el mero bloqueo del desarrollo de una tecnología competidora, el acuerdo de licencia no estará cubierto por el RECATT y no podrán utilizarse las presentes Directrices para evaluar el acuerdo. En general, si las partes se abstienen de explotar los derechos de tecnología licenciados, no habrá una actividad de aumento de la eficacia, en cuyo caso no existirá la motivación esencial de la exención por categorías. Ahora bien, esta explotación no tiene que consistir forzosamente en una integración de activos. También puede consistir en que la licencia genere espacios de libertad de creación al permitir al licenciatario explotar su propia tecnología sin correr el riesgo de ser objeto de una demanda por infracción por el licenciante. En el caso de las licencias entre competidores, el hecho de que las partes no exploten la tecnología licenciada puede ser señal de que el acuerdo es, en realidad, un cartel encubierto. Por estos motivos, el Órgano examinará con especial atención estos casos.
- (60) El RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia destinados a la producción de los productos contractuales por parte del licenciatario o su(s) subcontratista(s). Por lo tanto, no cabe aplicar el RECATT a (las partes de) los acuerdos de transferencia de tecnología que permiten conceder sublicencias. Con todo, el Órgano aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT y las presentes Directrices a estos acuerdos de «licencia principal» entre licenciante y licenciatario (esto es, acuerdos por los que el licenciante permite al licenciatario dar una sublicencia de la tecnología). Los acuerdos entre el licenciatario y los sublicenciatarios para la producción de productos contractuales están cubiertos por el RECATT.
- (61) El término «productos contractuales» se refiere a los productos y servicios producidos con los derechos de tecnología objeto de la licencia. Los productos son, pues, contractuales si la tecnología licenciada se utiliza en el proceso de producción o si se incorpora al propio producto. En las presentes Directrices, el término «productos que incorporan la tecnología licenciada» cubre ambas situaciones. El RECATT se aplica en todos los casos en que se concede licencia de los derechos de tecnología para producir bienes y servicios. El marco que establecen el RECATT y las Directrices descansa sobre la premisa de que tiene que haber un vínculo directo entre la tecnología

<sup>(41)</sup> Véase el considerando 6 del RECATT y la sección 3.2.6 de las presentes Directrices.

<sup>(42)</sup> Véase el apartado 248.

licenciada y un producto contractual dado. Cuando no existe este vínculo, es decir, cuando el objeto principal del acuerdo no es la comercialización de un producto concreto, el marco analítico del RECATT y las Directrices puede no resultar apropiado.

- (62) La concesión de licencias de derechos de autor de programas informáticos a efectos de la mera reproducción y distribución de obras protegidas, es decir, la producción de copias para su reventa, no se considera «producción» a efectos del RECATT y, por lo tanto, no está cubierta por el RECATT ni por las presentes Directrices. Tal reproducción para la distribución está en cambio cubierta por analogía por el Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales<sup>(43)</sup> y las Directrices sobre Restricciones Verticales<sup>(44)</sup>. Existe reproducción para la distribución cuando se concede una licencia para reproducir los programas informáticos, independientemente de los medios técnicos empleados para la distribución de estos. Por ejemplo, ni el RECATT ni las presentes Directrices cubren las licencias de derechos de autor de programas informáticos cuando al licenciatarario se le facilita una copia maestra del programa informático a fin de reproducirlo y venderlo a los usuarios finales. Tampoco cubren la concesión de licencias de derechos de autor de programas informáticos ni la distribución de programas por medio de licencias «shrink wrap», es decir, una serie de condiciones incluidas en el paquete de la copia física que se considera que el usuario final acepta por el hecho de abrir el envoltorio del paquete, o la concesión de licencias de derechos de autor de programas informáticos y la distribución de programas por medio de la descarga en línea.
- (63) Por otra parte, no se considera mera reproducción, sino producción cuando el programa objeto de la licencia es incorporado por el licenciatarario en el producto contractual. Por ejemplo, el RECATT y las Directrices abarcan la concesión de licencias de derechos de autor de programas informáticos cuando el licenciatarario tiene derecho a reproducir el programa informático incorporándolo en un dispositivo con el que el programa interactúa.
- (64) El RECATT cubre la «subcontratación» por la que el licenciante transfiere derechos de tecnología mediante licencia al licenciatarario, que se obliga a producir determinados productos con dicha tecnología únicamente para el licenciante. La subcontratación también puede conllevar el suministro por el licenciante de equipos destinados a la producción de los bienes y servicios cubiertos por el acuerdo. Para que este último tipo de subcontratación esté cubierto por el RECATT como parte de un acuerdo de transferencia de tecnología, el equipo suministrado debe estar directa y exclusivamente relacionado con la producción de los productos contractuales. La subcontratación también está cubierta por la Comunicación del Órgano referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE<sup>(45)</sup>. Conforme a esa Comunicación, que sigue vigente, los acuerdos de subcontratación por los que el subcontratante se compromete a producir determinados productos exclusivamente para el contratista en principio no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Los acuerdos de subcontratación por los que el contratista determina el precio de transferencia del producto contractual intermedio entre los subcontratistas en una cadena de valor de subcontratación generalmente también quedan fuera del artículo 53, apartado 1, siempre que los productos contractuales sean fabricados exclusivamente para el contratista. No obstante, otras restricciones impuestas al subcontratista, como la obligación de no efectuar o explotar sus propias actividades de investigación y desarrollo, pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 53<sup>(46)</sup>.
- (65) El RECATT también es aplicable a los acuerdos por los que el licenciatarario tiene que realizar actividades de desarrollo antes de obtener un producto o un procedimiento que esté en condiciones de explotación comercial, siempre que se haya definido el producto contractual. Aunque sea necesario realizar tales actividades e inversiones, el objeto del acuerdo es la producción de un producto contractual, es decir, los productos producidos con los derechos de tecnología licenciada.
- (66) El RECATT y estas Directrices no abarcan los acuerdos por los que se licencian derechos de tecnología con el fin de que el licenciatarario pueda realizar actividades de investigación y desarrollo en varios campos, como el desarrollo de un producto derivado de estos trabajos de investigación y desarrollo<sup>(47)</sup>. Por ejemplo, el RECATT y las presentes Directrices no cubren las licencias concedidas sobre instrumentos de investigación tecnológica utilizados para posteriores actividades de investigación. Tampoco cubren los acuerdos de subcontratación de actividades de investigación y desarrollo por los que el licenciatarario se obliga a llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo cubierto por la tecnología licenciada y a la retrocesión del paquete tecnológico mejorado al licenciante<sup>(48)</sup>. El objeto principal de tales acuerdos es la prestación de servicios de investigación y desarrollo encaminados a mejorar la tecnología, y no la producción de bienes y servicios con la tecnología licenciada.

<sup>(43)</sup> Véase la nota 39.

<sup>(44)</sup> DO C 362 de 22.11.2012, p. 1 y Suplemento EEE n.º 65 de 22.11.2012, p. 1.

<sup>(45)</sup> DO L 153 de 18.6.1994, p. 30 y Suplemento EEE n.º 15 de 18.6.1994, p. 29.

<sup>(46)</sup> Punto 3 de la Comunicación del Órgano sobre los subcontratos, citada en la nota 44.

<sup>(47)</sup> Véase también la sección 3.2.6.1.

<sup>(48)</sup> No obstante, este último ejemplo está cubierto por el Reglamento (UE) n.º 1217/2010, citado en la nota 50, véase también la sección 3.2.6.1.

### 3.2.5. Vigencia

- (67) En función de la duración del RECATT, que expira el 30 de abril de 2026, la exención por categorías es aplicable en tanto el derecho de propiedad objeto de la licencia no haya expirado o no haya sido declarado inválido. En el caso de los conocimientos técnicos, la exención por categorías es aplicable mientras los conocimientos técnicos objeto de la licencia sigan siendo secretos, salvo que los conocimientos técnicos pasen a ser de dominio público por causa imputable al licenciatarario, en cuyo caso la exención se aplica mientras dure el acuerdo (véase el artículo 2 del RECATT).
- (68) La exención por categorías se aplica a todos los derechos de tecnologías licenciadas cubiertas por el acuerdo y deja de aplicarse en la fecha en que expire, deje de ser válido o pase a ser de dominio público el último derecho de tecnología en el sentido del RECATT.

### 3.2.6. Relación con otros reglamentos de exención por categorías

- (69) El RECATT abarca los acuerdos de licencia de derechos de tecnología entre dos empresas con fines de producción de productos contractuales. Ahora bien, los derechos de tecnología también pueden ser un elemento de otros tipos de acuerdos. Además, los productos que incorporan la tecnología licenciada se venden posteriormente en el mercado. Por consiguiente, es preciso abordar la cuestión de la interacción entre el RECATT y el acto mencionado en el punto 6 del Anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (UE) n.º 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización («Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización»)]<sup>(49)</sup>, el acto mencionado en el punto 7 del Anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (UE) n.º 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo («Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo»)]<sup>(50)</sup> y el Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales<sup>(51)</sup>.

#### 3.2.6.1. Los Reglamentos de exención por categorías de determinados acuerdos de especialización y de I+D

- (70) El RECATT no es aplicable a la concesión de licencias en el contexto de los acuerdos de especialización que estén cubiertos por el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización o a la concesión de licencias en el contexto de acuerdos de investigación y desarrollo que estén incluidos en el ámbito del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo (véase el considerando 7 y el artículo 9 del RECATT).
- (71) Con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra d), del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización, este Reglamento cubre, en particular, los acuerdos de producción en común en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen a producir en común determinados productos. Este Reglamento también es aplicable a las cláusulas relativas a la cesión o uso de derechos de propiedad intelectual, siempre que no sean el objeto principal del acuerdo pero estén directamente relacionadas con, y sean necesarias para, su aplicación.
- (72) Cuando las matrices establecen una empresa en participación de producción y conceden a esta una licencia de tecnología que se utiliza en la elaboración de los productos que produce, la licencia está sujeta al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización y no al RECATT. Por consiguiente, las licencias concedidas en el contexto de una empresa en participación de producción normalmente se consideran sujetas al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización. No obstante, si a su vez la empresa en participación concede a terceros licencias sobre dicha tecnología, la actividad no guarda relación con la producción de la empresa en participación y, por lo tanto, no está cubierta por ese Reglamento. Esos acuerdos de licencia, que agrupan las tecnologías de las partes, constituyen consorcios tecnológicos, de los que se ocupa la sección 4.4 de las presentes Directrices.
- (73) El Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo cubre los acuerdos por los que dos o más empresas deciden realizar en común determinadas actividades de investigación y desarrollo y explotar en común los resultados. Con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra m), de dicho Reglamento, la investigación y desarrollo, o la explotación de los resultados, se llevan a cabo en común cuando las tareas correspondientes son realizadas por un equipo, una entidad o una empresa común, cuando son confiadas en común a un tercero o cuando son repartidas entre las partes en función de una especialización en la investigación, el desarrollo, la producción y la distribución, incluida la concesión de licencias. Ese Reglamento cubre también los

<sup>(49)</sup> DO L 335 de 18.12.2010, p. 43, incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión 3/2011 (DO L 93 de 7.4.2011, p. 32 y Suplemento EEE n.º 19 de 7.4.2011, p. 7).

<sup>(50)</sup> DO L 335 de 18.12.2010, p. 36, incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión 3/2011 (DO L 93 de 7.4.2011, p. 32 y Suplemento EEE n.º 19 de 7.4.2011, p. 7).

<sup>(51)</sup> Véase la nota 39.

acuerdos de investigación y desarrollo previo pago por los que dos o más empresas acuerdan que las actividades de investigación y desarrollo serán realizadas por una parte y financiadas por otra parte, con o sin explotación conjunta de los resultados de las mismas [véase el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso vi), del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo].

- (74) De ello se desprende que el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo cubre las licencias que se concedan las partes y las que éstas concedan a una entidad común en el contexto de un acuerdo de investigación y desarrollo. La licencia está sujeta únicamente al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo y no al RECATT. En el contexto de tales acuerdos las partes también pueden fijar las condiciones para licenciar a terceros los resultados del acuerdo de investigación y desarrollo. No obstante, como los terceros licenciarios no son parte del acuerdo de investigación y desarrollo, el acuerdo de licencia concluido con ellos no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo. Tal acuerdo puede acogerse a la exención por categorías prevista en el RECATT si cumplen las condiciones establecidas en él.

#### 3.2.6.2. El Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales

- (75) El Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales se aplica a los acuerdos suscritos por dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Así pues, cubre los acuerdos de suministro y distribución <sup>(52)</sup>.
- (76) Habida cuenta de que el RECATT solamente cubre los acuerdos entre dos partes y dado que un licenciario que venda productos que incorporan la tecnología licenciada es un proveedor a efectos del Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales, esos dos reglamentos de exención por categorías están estrechamente relacionados. El acuerdo entre el licenciante y el licenciario está sujeto al RECATT mientras que los acuerdos entre un licenciario y los compradores están sujetos al Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales <sup>(53)</sup>.
- (77) El RECATT también exige los acuerdos entre el licenciante y el licenciario cuando el acuerdo impone al licenciario obligaciones relativas al modo de comercialización de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Concretamente, puede obligarse al licenciario a establecer cierto tipo de sistema de distribución, como la distribución exclusiva o selectiva. Sin embargo, los acuerdos de distribución que se celebran para dar cumplimiento a estas obligaciones deben cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales para quedar eximidos. Por ejemplo, el licenciante puede obligar al licenciario a establecer un sistema basado en la distribución exclusiva según ciertas reglas. Sin embargo, del artículo 4, letra b), del Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales se desprende que, en general, los distribuidores deben poder hacer libremente ventas pasivas en el territorio de otros distribuidores exclusivos de la licencia.
- (78) Además, de conformidad con el Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales, en principio los distribuidores deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente en los territorios cubiertos por los sistemas de distribución de los otros proveedores, es decir, de otros licenciarios que produzcan sus propios productos con los derechos de tecnología licenciada. Ello se debe a que a efectos del Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales cada licenciario es un proveedor distinto. Sin embargo, los argumentos que justifican la exención por categorías de las restricciones de las ventas activas dentro de un sistema de distribución del proveedor, prevista en ese Reglamento, también pueden ser válidos cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada son vendidos por distintos licenciarios con una marca común perteneciente al licenciante. Cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada se venden con una identidad de marca común puede haber las mismas razones de eficiencia para aplicar los mismos tipos de restricciones entre los sistemas de distribución de los licenciarios que en un único sistema vertical de distribución. En estos casos lo más probable es que el Órgano no plantee objeciones a las restricciones si se cumplen por analogía los requisitos del Reglamento de Exención General por Categorías para Acuerdos Verticales. Para que medie una identidad de marca común, los productos deben venderse y comercializarse con una marca común que sea predominante en lo tocante a facilitar al consumidor información sobre la calidad y otros datos pertinentes. No basta con que además de las marcas de los licenciarios el producto lleve la marca del licenciante identificándolo como la fuente de la tecnología licenciada.

### 3.3. Los umbrales de cuota de mercado de la salvaguardia regulatoria

- (79) En virtud del artículo 3 del RECATT, la exención por categorías de los acuerdos restrictivos o, en otras palabras, la salvaguardia regulatoria del RECATT está sujeta a umbrales de cuota de mercado que limitan el beneficio de la exención a los acuerdos de los que en general cabe presumir que, aunque pueden ser restrictivos, cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3. Cuando no se cumplen estos umbrales, hay que evaluar el acuerdo.

<sup>(52)</sup> Véase también el folleto «La política de competencia en Europa — Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución», Comisión Europea, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012, Luxemburgo.

<sup>(53)</sup> Respectivamente notas 39 y 44.

El hecho de que las cuotas de mercado rebasen los umbrales no da lugar a la presunción ni de que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, ni de que el acuerdo no cumple las condiciones del artículo 53, apartado 3. Si no contiene restricciones especialmente graves de conformidad con el artículo 4 del RECATT, hay que proceder a un análisis del mercado.

#### Los umbrales de cuota de mercado

- (80) El umbral de cuota de mercado aplicable a efectos de la salvaguardia regulatoria del RECATT varía según se trate de un acuerdo entre competidores o no competidores.
- (81) Los umbrales de cuota de mercado se aplican tanto al mercado o mercados de referencia de los derechos de tecnología licenciada como al mercado o mercados de referencia de los productos contractuales. Si se supera el umbral de cuota de mercado en uno o varios mercados de producto y tecnología, la exención por categorías no es aplicable al acuerdo en ese mercado o mercados de referencia. Por ejemplo, si el acuerdo de licencia afecta a dos mercados de producto distintos, la exención por categorías puede ser aplicable a uno de los mercados y no al otro.
- (82) De conformidad con el artículo 3, apartado 1, del RECATT, la salvaguardia regulatoria prevista en el artículo 2 del RECATT se aplica a los acuerdos entre competidores a condición de que la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en cualquier mercado de referencia. El umbral de cuota de mercado del artículo 3, apartado 1, del RECATT es aplicable si las partes son competidores reales o potenciales en el mercado o mercados de productos o competidores efectivos en el mercado tecnológico [para la distinción entre competidores y no competidores, véanse los apartados (27) y ss.].
- (83) La competencia potencial en el mercado tecnológico no se tiene en cuenta ni a efectos de la aplicación de los umbrales de cuota de mercado ni a efectos de la aplicación de la lista de restricciones especialmente graves relativa a los acuerdos entre competidores. Fuera del recinto protegido que constituye la salvaguardia regulatoria del RECATT, la competencia potencial en el mercado tecnológico sí se tiene en cuenta pero no conduce a la aplicación de la lista de restricciones especialmente graves para acuerdos entre competidores.
- (84) Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia no son competidoras, se aplica el umbral de cuota de mercado del artículo 3, apartado 2, del RECATT. Un acuerdo entre no competidores está cubierto siempre que la cuota de mercado de las partes no exceda del 30 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia afectados.
- (85) En caso de que las partes se convirtiesen en competidoras en el sentido del artículo 3, apartado 1, del RECATT, en un momento posterior, por ejemplo, cuando el licenciario ya estuviera presente en el mercado de producto antes de la concesión de la licencia y posteriormente el licenciante se convirtiese en un proveedor efectivo o potencial en el mismo mercado de producto de referencia, se aplicará el umbral de cuota de mercado del 20 % a partir de esa fecha posterior en que se convirtieron en competidores. No obstante, en tal caso se seguirá aplicando al acuerdo la lista de restricciones de la competencia especialmente graves aplicables a los acuerdos entre no competidores, salvo que posteriormente se modifique un aspecto importante del acuerdo [véanse el artículo 4, apartado 3, del RECATT y el apartado (39) de las presentes Directrices].

#### Cálculo de las cuotas de mercado en el mercado o mercados tecnológicos para la aplicación de la salvaguardia regulatoria

- (86) El cálculo de las cuotas de mercado en los mercados de referencia donde se han licenciado los derechos de la tecnología, en virtud del RECATT, se aparta de la práctica habitual, por las razones que se explican en el apartado (87) de las presentes Directrices. En el caso de los mercados tecnológicos, del artículo 8, letra d), de dicho Reglamento se desprende que, tanto para el producto como para la dimensión geográfica del mercado de referencia, la cuota de mercado del licenciante se calculará sobre la base de las ventas del licenciante y de todos los licenciarios de productos que incorporen la tecnología licenciada. Con este planteamiento, el total de las ventas del licenciante y de los licenciarios de productos contractuales se calcula como parte de todas las ventas de productos competidores, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que es licenciada.
- (87) Este enfoque para calcular la cuota de mercado del licenciante en el mercado tecnológico como su «huella» en el nivel del producto, se ha escogido por las dificultades prácticas de calcular la cuota de mercado de un licenciante sobre la base de los ingresos por cánones [véase el apartado (25)]. Además de la dificultad general de obtener datos fiables de los ingresos por cánones, los ingresos reales por cánones también pueden subestimar seriamente la posición de una tecnología en el mercado en caso de que los pagos de cánones se reduzcan como consecuencia de acuerdos de licencia cruzada o del suministro de productos vinculados. Basar la cuota de mercado del licenciante en el mercado tecnológico en los productos producidos con dicha tecnología frente a los productos producidos con tecnologías competidoras no acarrearía tal riesgo. Dicha huella en el nivel del producto reflejará bien en general la posición de mercado de la tecnología.

- (88) Lo ideal sería que tal huella se calculara excluyendo del mercado de productos los productos producidos con tecnologías propias para las que no se concede licencia, puesto que esas tecnologías propias son solo una presión indirecta sobre la tecnología licenciada. Sin embargo, como puede ser difícil, en la práctica, para el licenciante y los licenciarios saber si otros productos en el mismo mercado de producto se fabrican con tecnologías licenciadas o con tecnologías propias, el cálculo de la cuota de mercado de la tecnología, a efectos de la aplicación del RECATT, se basa en los productos producidos con la tecnología licenciada como parte de todos los productos vendidos en ese mercado de productos. Este planteamiento basado en la huella de la tecnología en el mercado o mercados de productos globales puede esperarse que reduzca la cuota de mercado calculada incluyendo productos producidos con tecnologías propias, pero no obstante, por lo general, constituye un buen indicador de la posición de mercado de la tecnología. En primer lugar, porque refleja la competencia potencial de las empresas que producen con su propia tecnología y que probablemente decidirían conceder licencias sobre la misma de producirse un aumento pequeño pero permanente en el precio de las licencias. En segundo lugar, porque incluso cuando es poco probable que otros titulares de tecnologías decidan conceder licencias, el licenciante no tiene forzosamente poder de mercado en el mercado tecnológico, ni siquiera si su cuota de ingresos procedentes de cánones es elevada. Si el mercado de productos descendente es competitivo, la competencia existente en ese nivel puede restringir el margen de maniobra del licenciante. Un incremento de los cánones en la fase de producción repercute en los costes del licenciario, haciéndolo menos competitivo, lo que puede hacerle perder ventas. La cuota de mercado de la tecnología en el mercado de productos también refleja este elemento y, por consiguiente, suele ser un buen indicador del poder de mercado del licenciante en el mercado tecnológico.
- (89) Para estimar la posición de mercado de la tecnología, también hay que tener en cuenta la dimensión geográfica del mercado tecnológico. Esta a veces puede diferir de la dimensión geográfica del respectivo mercado de productos descendente. A efectos de la aplicación del RECATT, la dimensión geográfica del mercado tecnológico de referencia también viene determinada por el mercado o mercados de producto. Sin embargo, al margen de la salvaguardia regulatoria del RECATT, puede ser conveniente considerar también un área geográfica posiblemente más amplia, en la que el licenciante y los licenciarios de tecnologías competidoras intervienen en la concesión de licencias de estas tecnologías y en la que las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas y pueden distinguirse de otras áreas vecinas porque las condiciones de competencia son apreciablemente diferentes en dichas áreas.
- (90) En el caso de nuevas tecnologías que no hayan generado ventas en el año natural precedente, se considera que la cuota de mercado es nula. A medida que se vayan produciendo las ventas, la tecnología irá acumulando cuota de mercado. Si la cuota de mercado aumenta posteriormente por encima del umbral de referencia del 20 % o del 30 %, la salvaguardia regulatoria seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepasó el umbral (véase el artículo 8, letra e), del RECATT).

#### Cálculo de las cuotas de mercado en los mercados de productos para la aplicación de la salvaguardia regulatoria

- (91) En el caso de los mercados de referencia donde se venden los productos contractuales, la cuota de mercado del licenciario se debe calcular tomando como referencia sus ventas de productos que incorporen la tecnología del licenciante y de productos competidores, es decir, las ventas totales del licenciario en el mercado de productos en cuestión. Si el licenciante también es proveedor de productos en el mercado de referencia, también hay que tener en cuenta sus ventas en el mercado de productos de que se trate. No obstante, en el cálculo de las cuotas de mercado en los mercados de productos no se tienen en cuenta las ventas de otros licenciarios a la hora de calcular la cuota de mercado del licenciario o del licenciante.
- (92) Las cuotas de mercado deben calcularse partiendo del valor de las ventas del año anterior, siempre que se disponga de estos datos. El valor de las ventas normalmente es un indicador más exacto de la posición que ocupa una tecnología que el volumen de ventas. Sin embargo, si no se dispone de datos en términos de valor, pueden utilizarse estimaciones basadas en otra información de mercado fiable, como el volumen de ventas.
- (93) Los principios expuestos en la sección 3.3 de las presentes Directrices pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos:

#### Acuerdos de licencia entre no competidores

##### *Ejemplo 1*

La empresa A, que se especializa en el desarrollo de productos y técnicas biotecnológicos, desarrolla un nuevo producto llamado Xeran. A no puede producir Xeran porque no dispone de las instalaciones de producción y distribución necesarias para ello. La empresa B es uno de sus competidores y produce sus productos con tecnologías no protegidas que son de dominio público. En el año 1, B vendió 25 millones EUR de productos producidos con tecnologías de dominio público. En el año 2, A concede a B una licencia para la producción

de Xeran. En ese año B vende 15 millones EUR con tecnologías de dominio público y 15 millones EUR de Xeran. En el año 3 y siguientes B solo produce y vende Xeran, por un valor de 40 millones EUR anuales. El año 2 A también concede una licencia a C. Hasta entonces C no estaba presente en ese mercado de productos. C solo produce y vende Xeran, por un valor de 10 millones EUR el año 2 y 15 millones EUR el año 3 y siguientes. Se determina que el valor global del mercado de Xeran y sus sustitutos, en el que están activos B y C, es de 200 millones EUR anuales.

En el año 2, el año en que se concluyen los acuerdos de licencia, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 0 %, ya que su cuota de mercado depende del volumen total de sus ventas de Xeran en el año anterior. En el año 3 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 12,5 %, porcentaje que refleja el valor del Xeran producido por B y C el año 2. El año 4 y siguientes la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 27,5 %, porcentaje que refleja el valor del Xeran producido por B y C el año anterior.

En el año 2, la cuota de mercado de B en el mercado de productos es del 12,5 %, porcentaje que refleja los 25 millones EUR de ventas de B en el año 1. En el año 3, la cuota de mercado de B es del 15 % al haber crecido sus ventas en el año 2 hasta alcanzar los 30 millones EUR. En el año 4 y siguientes, la cuota de mercado de B es del 20 % porque su volumen de ventas anual es de 40 millones EUR. La cuota de mercado de C en el mercado de productos en cuestión es del 0 % en los años 1 y 2, del 5 % en el año 3 y del 7,5 % en adelante.

Como los acuerdos de licencia entre A y B, y entre A y C, son entre no competidores y la cuota de mercado de A, B y C se mantiene todos los años por debajo del 30 %, cada acuerdo se beneficia de la salvaguardia regulatoria del RECAT.

### *Ejemplo 2*

La misma situación que en el primer ejemplo, pero ahora B y C operan en mercados geográficos diferentes. Se determina que el valor global del mercado de Xeran y sus sustitutos es de 100 millones EUR anuales en cada mercado geográfico.

En este caso, hay que calcular la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico de referencia sobre la base de datos de las ventas de productos en cada uno de los dos mercados geográficos. En el mercado en que está activa B, la cuota de mercado de A depende de las ventas de Xeran de B. Como en este ejemplo se asume que el valor total del mercado es de 100 millones EUR, esto es, la mitad que en el primer ejemplo, la cuota de mercado de A es del 0 % en el año 2, del 15 % en el año 3 y del 40 % en adelante. La cuota de mercado de B es del 25 % en el año 2, del 30 % en el año 3 y del 40 % en adelante. En los años 2 y 3, ni la cuota de mercado de A ni la de B supera el umbral del 30 %. Pero sí lo superan a partir del año 4, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, letra e), del RECAT, después del año 6 el acuerdo de licencia entre A y B ya no puede seguir beneficiándose de la salvaguardia regulatoria y tiene que ser objeto de una evaluación individual.

En el mercado en que está activa C la cuota de mercado de A depende de las ventas de Xeran de C. Dadas las ventas de C, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 0 % en el año 2, del 10 % en el año 3 y del 15 % en adelante. C tiene la misma cuota de mercado en el mercado de productos: 0 % en el año 2, 10 % en el año 3 y 15 % en adelante. El acuerdo de licencia entre A y C se beneficia, pues, de la salvaguardia regulatoria durante todo el período considerado.

## Acuerdos de licencia entre competidores

### *Ejemplo 3*

Las empresas A y B están presentes en el mismo mercado de productos de referencia y en el mismo mercado geográfico de referencia con determinado producto químico. Cada una es titular de una patente sobre tecnologías diferentes con las que producen el producto en cuestión. En el año 1, A y B firman un acuerdo de licencia cruzada por el que cada una de las dos partes concede a la otra el derecho a utilizar su tecnología. En el año 1, A y B solo utilizan su propia tecnología y A vende 15 millones EUR del producto y B vende 20 millones EUR del producto. A partir del año 2, ambas empresas utilizan su propia tecnología y la de la otra parte. A partir de ese año, A vende 10 millones EUR del producto producido con su propia tecnología y 10 millones EUR del producto producido con la tecnología de B. Por su parte, a partir del año 2, B vende, 15 millones EUR del producto producido con su propia tecnología y 10 millones EUR del producto producido con la tecnología de A. Se determina que el valor global del mercado del producto y sus sustitutos es de 100 millones EUR anuales.

Para evaluar el acuerdo de licencia a la luz del RECATT, hay que calcular las cuotas de mercado de A y B en el mercado tecnológico y en el mercado de productos. La cuota de mercado de A en el mercado tecnológico depende del valor de las ventas del año anterior del producto producido, tanto por A como por B, con la tecnología de A. Así pues, en el año 2 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 15 %, porcentaje que refleja su propia producción y sus ventas de 15 millones EUR del año 1. A partir del año 3, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 20 %, porcentaje que refleja el valor de 20 millones EUR de las ventas del producto producido con la tecnología de A y producido y vendido por A y B (10 millones EUR cada una). De manera similar, en el año 2 la cuota de mercado de B en el mercado tecnológico es del 20 % y posteriormente del 25 %.

Las cuotas de mercado de A y B en el mercado de productos dependen de sus respectivas ventas del producto en el año anterior, independientemente de la tecnología utilizada. La cuota de mercado de A en el mercado de productos es del 15 % en el año 2 y del 20 % a continuación. La cuota de mercado de B en el mercado de productos es del 20 % en el año 2 y del 25 % a continuación.

Como se trata de un acuerdo entre competidores, su cuota de mercado combinada, tanto en el mercado tecnológico como en el mercado de productos, tiene que estar por debajo del umbral del 20 % para que el acuerdo se beneficie de la salvaguardia regulatoria. Está claro que no es así. La cuota de mercado combinada en el mercado tecnológico y en el mercado de productos es del 35 % en el año 2 y del 45 % en adelante. Por lo tanto, este acuerdo tendrá que ser objeto de una evaluación individual.

### **3.4. Restricciones de la competencia especialmente graves de conformidad con el Reglamento de exención por categorías**

#### *3.4.1. Principios generales*

- (94) El artículo 4 del RECATT contiene una lista de restricciones especialmente graves de la competencia. La clasificación de una restricción como restricción especialmente grave de la competencia se basa en la naturaleza de la restricción y en la experiencia, que demuestra que tales restricciones casi siempre son anticompetitivas. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General <sup>(54)</sup>, una restricción especialmente grave puede ser consecuencia del objetivo manifiesto del acuerdo o de las circunstancias del caso [véase el apartado (14)]. Las restricciones especialmente graves pueden, excepcionalmente, ser objetivamente necesarias para un acuerdo de una naturaleza o tipo concreto <sup>(55)</sup> y caer fuera del ámbito del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE. Además, las empresas siempre pueden alegar un argumento de eficiencia de conformidad con el artículo 53, apartado 3, en un caso individual <sup>(56)</sup>.
- (95) Del artículo 4, apartado 1, y del artículo 4, apartado 2, del RECATT se desprende que, cuando un acuerdo de transferencia de tecnología contiene una restricción especialmente grave de la competencia, todo él queda excluido del ámbito de aplicación de la exención por categorías. A efectos de la aplicación del RECATT no es posible dissociar las restricciones especialmente graves del resto del acuerdo. Es más, el Órgano estima que, en el contexto de la evaluación individual, las restricciones especialmente graves de la competencia solo cumplirán las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3, en circunstancias excepcionales [véase el apartado (18)].
- (96) El artículo 4 del RECATT distingue los acuerdos entre competidores de los acuerdos entre no competidores.

#### *3.4.2. Acuerdos entre competidores*

- (97) El artículo 4, apartado 1, del RECATT contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en el caso de acuerdos entre competidores. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, el RECATT no es aplicable a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:
- la restricción de la capacidad de una parte de determinar sus precios al vender productos a terceros;
  - la limitación de la producción, salvo las limitaciones de la producción de productos contractuales impuestas al licenciatario en un acuerdo no recíproco o impuestas a uno solo de los licenciatarios en un acuerdo recíproco;

<sup>(54)</sup> Véase la jurisprudencia citada en la nota 18.

<sup>(55)</sup> Véase el apartado 18 de las Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, citadas en la nota 4.

<sup>(56)</sup> Asunto T-17/93 *Matra*, Rec. 1994, p. II-595, apartado 85.

- c) la asignación de mercados o clientes, excepto:
- i) la obligación del licenciante y/o del licenciario, en un acuerdo no recíproco, de no producir con los derechos de tecnología licenciada en el territorio exclusivo reservados a la otra parte y/o de no vender, activa o pasivamente, en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes reservado a la otra parte;
  - ii) la restricción, en un acuerdo no recíproco, de las ventas activas del licenciario en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciario, siempre que este último no fuera una empresa competidora del licenciante en la fecha de conclusión de su propia licencia;
  - iii) la obligación de que el licenciario produzca los productos contractuales solamente para su propio uso, siempre que no se restrinja al licenciario la venta activa y pasiva de los productos contractuales como recambios para sus productos;
  - iv) la obligación del licenciario en un acuerdo no recíproco de producir los productos contractuales solamente para un cliente dado, cuando la licencia se haya concedido con el fin de crear una fuente alternativa de suministro para ese cliente;
- d) la restricción de la capacidad del licenciario de explotar sus propios derechos de tecnología o la restricción de la capacidad de cualquiera de las partes en el acuerdo de realizar actividades de investigación y desarrollo, a menos que esta última restricción sea imprescindible para impedir la revelación a terceros de los conocimientos técnicos licenciados.

#### Distinción entre acuerdos recíprocos y no recíprocos entre competidores

- (98) Para diversas restricciones especialmente graves, el RECATT establece una distinción entre acuerdos recíprocos y no recíprocos. La lista de restricciones especialmente graves es más estricta para los acuerdos recíprocos que para los acuerdos no recíprocos. Los acuerdos recíprocos son acuerdos de licencia cruzada en los que las tecnologías licenciadas son tecnologías competidoras o pueden utilizarse para la producción de productos competidores. Un acuerdo no recíproco es un acuerdo en el que solamente una de las partes licencia sus derechos de tecnología a la otra o un acuerdo en el que, si se conceden licencias cruzadas, los derechos de tecnologías licenciadas no son tecnologías competidoras y no pueden utilizarse para la producción de productos competidores. Un acuerdo no se considerará recíproco a efectos del RECATT por el mero hecho de contener una obligación de retrocesión o porque el licenciario licencia al licenciante los perfeccionamientos que haya introducido en la tecnología licenciada. Cuando posteriormente, un acuerdo no recíproco se convierte en un acuerdo recíproco por la concesión de una segunda licencia entre las mismas partes, cabe la posibilidad de que estas tengan que modificar la primera licencia para evitar que el acuerdo contenga una restricción especialmente grave. En la evaluación del caso el Órgano tendrá en cuenta el tiempo transcurrido entre la concesión de la primera y la segunda licencia.

#### Restricciones de los precios entre competidores

- (99) La restricción especialmente grave de la competencia expuesta en el artículo 4, apartado 1, letra a), del RECATT se refiere a los acuerdos entre competidores que tienen por objeto la fijación de precios para productos vendidos a terceros, incluidos los productos que incorporan la tecnología licenciada. La fijación de precios entre competidores constituye una restricción de la competencia por su propio objeto. La fijación de precios puede adoptar la forma de un acuerdo directo sobre el precio exacto que debe aplicarse o sobre una lista de precios con ciertos descuentos máximos autorizados. Carece de importancia que se trate de precios fijos, mínimos, máximos o recomendados. La fijación de precios también puede realizarse indirectamente, desincentivando las desviaciones del nivel de precios acordado, por ejemplo, previendo un aumento del nivel del canon en caso de reducción de los precios del producto por debajo de cierto nivel. Hay que señalar, no obstante, que una obligación de pago por el licenciario de un canon mínimo no es asimilable de por sí a la fijación de precios.
- (100) Cuando el canon se calcula en función de las ventas del producto, su cuantía tiene un impacto directo sobre el coste marginal del producto y, por lo tanto, influye directamente en los precios del producto<sup>(57)</sup>. De ahí que los competidores puedan servirse de los acuerdos de licencia cruzada con cánones variables recíprocos para coordinar o aumentar los precios en los mercados de productos descendentes<sup>(58)</sup>. No obstante, el Órgano solo

<sup>(57)</sup> Véase a este respecto el apartado 98 de las Directrices sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, citadas en la nota 4.

<sup>(58)</sup> Lo mismo ocurre cuando una parte concede a la otra una licencia y se compromete a comprarle un insumo material al licenciario. El precio de compra puede desempeñar la misma función que los cánones.

considerará las licencias cruzadas con cánones periódicos recíprocos como fijación de precios cuando el acuerdo carezca de toda finalidad competitiva y, por consiguiente, no constituya un auténtico acuerdo de licencia. Si no crea valor y, por tanto, no tiene justificación comercial, el acuerdo es una farsa y equivale a un cártel.

- (101) La restricción especialmente grave a que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra a), del RECATT también cubre los acuerdos en virtud de los cuales los cánones se calculan en función de las ventas totales de productos, independientemente de que se utilice o no la tecnología licenciada. Estos acuerdos también se encuadran en el artículo 4, apartado 1, letra d), según el cual no debe restringirse la capacidad del licenciataro de explotar sus propios derechos de tecnología [véase el apartado (116) de las presentes Directrices]. Por lo general estos acuerdos restringen la competencia ya que aumentan el coste de utilización de los derechos de tecnología competidora del licenciataro y restringen la competencia que existía en ausencia del acuerdo <sup>(59)</sup>. Esto es así tanto si los acuerdos son recíprocos como si no lo son.
- (102) Con todo, excepcionalmente un acuerdo en virtud del cual los cánones se calculen en función de las ventas totales de los productos puede cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3, en casos individuales si hay factores objetivos que permiten concluir que la restricción resulta indispensable para la concesión de licencias procompetitivas. Así puede ocurrir si, sin la restricción, resulta imposible o excesivamente difícil calcular y controlar el canon que ha de abonar el licenciataro, por ejemplo porque la tecnología del licenciante no deje rastro visible en el producto final y no haya otro método de control alternativo.

#### Las restricciones de la producción entre competidores

- (103) La restricción especialmente grave de la competencia contemplada en el artículo 4, apartado 1, letra b), del RECATT se refiere a las limitaciones recíprocas de la producción de las partes. Una restricción de la producción es una limitación de la cantidad que puede producir y vender una de las partes. El artículo 4, apartado 1, letra b), no comprende las limitaciones de la producción impuestas al licenciataro por un acuerdo no recíproco, ni las limitaciones de la producción impuestas a uno de los licenciataros por un acuerdo recíproco, siempre que la limitación de la producción solo afecte a productos producidos con la tecnología licenciada. Así pues, el artículo 4, apartado 1, letra b), incluye entre las restricciones especialmente graves las restricciones recíprocas de la producción de las partes y las restricciones de la producción del licenciante con relación a su propia tecnología. Cuando los competidores se ponen de acuerdo para imponerse limitaciones recíprocas de la producción, el objeto y el efecto probable del acuerdo consiste en reducir la producción en el mercado. Lo mismo cabe decir de los acuerdos que reducen los incentivos que tienen las partes para ampliar su producción, por ejemplo, aplicando cánones por unidad recíprocos que aumenten si crece la producción, u obligando a ambas partes a compensar a la otra si se supera cierto nivel de producción.
- (104) El trato más favorable de las limitaciones cuantitativas no recíprocas se basa en la consideración de que una restricción unilateral no se traduce necesariamente en una menor producción en el mercado y el riesgo de que el acuerdo no sea un auténtico acuerdo de licencia es también menor cuando la restricción no es recíproca. Cuando un licenciataro acepta una restricción unilateral, es probable que el acuerdo desemboque en una integración real de tecnologías complementarias o en una eficiencia que contribuya a una mayor integración de la tecnología más avanzada del licenciante con los activos productivos del licenciataro. De igual forma, en un acuerdo recíproco una restricción de la producción de solo uno de los licenciataros es probable que refleje el mayor valor de la tecnología licenciada por una de las partes y puede promover la concesión de licencias procompetitivas.

#### Reparto de clientes y mercados entre competidores

- (105) La restricción de la competencia especialmente grave a que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra c), del RECATT consiste en la asignación de mercados o clientes. Los acuerdos por los que los competidores se reparten mercados y clientes tienen por objeto restringir la competencia. Un acuerdo recíproco entre competidores por el que las partes acuerdan no producir en determinados territorios o no vender activa y/o pasivamente en determinados territorios o a determinados grupos de clientes reservados a la otra parte, se considera una restricción especialmente grave. Así, por ejemplo, la concesión de derechos de licencia exclusivos entre competidores se considera reparto de mercados.
- (106) El artículo 4, apartado 1, letra c), se aplica con independencia de que el licenciataro siga siendo libre de utilizar sus propios derechos de tecnología. Una vez que el licenciataro se ha equipado para utilizar la tecnología del licenciante con el fin de producir determinado producto, puede resultarle costoso mantener otra línea de producción distinta con otra tecnología para satisfacer los pedidos de los clientes cubiertos por las restricciones. Además, dado el potencial anticompetitivo de la restricción, el licenciataro puede tener pocos incentivos para producir con su propia tecnología. Asimismo, es muy improbable que esta restricción sea indispensable para la concesión de licencias procompetitivas.

<sup>(59)</sup> Véase el asunto 193/83, *Windsurfing International*, Rec. 1986, p. 611, apartado 67.

- (107) Con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c), inciso i), no es una restricción especialmente grave el que en un acuerdo no recíproco el licenciante conceda al licenciataro una licencia exclusiva para producir con la tecnología licenciada en determinado territorio y, de este modo, acepte no producir los productos contractuales o no suministrarlos desde ese territorio. Tales licencias exclusivas se benefician de la exención por categorías sea cual sea el alcance del territorio. Si la licencia es de alcance mundial, la exclusiva implica que el licenciante se abstendrá de entrar o permanecer en el mercado. La exención por categorías también es aplicable si en un acuerdo no recíproco el licenciataro no tiene permitido producir en un territorio exclusivo reservado al licenciante. La finalidad de tales acuerdos puede ser ofrecer al licenciante y/o licenciataro incentivos para invertir en la tecnología licenciada y desarrollarla. Por lo tanto, estos acuerdos no tienen necesariamente por objeto el reparto de mercados.
- (108) Con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c), inciso i), y por el mismo motivo, la exención por categorías también es aplicable a los acuerdos no recíprocos por los que las partes se obligan a no vender activa o pasivamente en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado a la otra parte. A efectos de la aplicación del RECATT, el Órgano interpreta ventas «activas» y «pasivas» según la definición de las Directrices sobre restricciones verticales <sup>(60)</sup>. Las restricciones de los licenciarios o licenciantes para vender activa y/o pasivamente en el territorio o al grupo de clientes de la otra parte solo están amparadas por la exención por categorías si dicho territorio o grupo de clientes ha sido reservado exclusivamente a esa otra parte. No obstante, en circunstancias especiales, los acuerdos que contienen tales restricciones pueden, en un caso determinado, cumplir también las condiciones del artículo 53, apartado 3, si la exclusividad es compartida sobre una base *ad hoc*, por ejemplo en caso de que resulte necesario para paliar una escasez temporal en la producción del licenciante o el licenciataro al que el territorio o grupo de clientes se ha asignado en exclusiva. En tales casos, es probable que el licenciante o el licenciataro sigan estando suficientemente protegidos contra las ventas activas y/o pasivas para tener un incentivo para conceder licencias de su tecnología o invertir para trabajar con la tecnología licenciada. Tales restricciones, incluso cuando restrinjan la competencia, también favorecerán la difusión procompetitiva y la integración de esa tecnología con los activos de producción del licenciataro.
- (109) Por tanto, el hecho de que el licenciante nombre al licenciataro exclusivo en un territorio dado, con lo que se obliga a no conceder a terceros licencias para producir con la tecnología del licenciante en dicho territorio tampoco constituye una restricción especialmente grave. En el caso de estas licencias únicas, la exención por categorías se aplica tanto si el acuerdo es recíproco como si no lo es, ya que el acuerdo no restringe la capacidad de las partes de explotar plenamente sus propios derechos de tecnología en sus respectivos territorios.
- (110) El artículo 4, apartado 1, letra c), inciso ii), excluye de la lista de restricciones especialmente graves y, por consiguiente, exime hasta el umbral de cuota de mercado la restricción en un acuerdo no recíproco de las ventas activas de un licenciataro en el territorio o al grupo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciataro. No obstante, esto presupone que el licenciataro protegido no fuese un competidor del licenciante en la fecha de conclusión de su propio acuerdo de licencia con el licenciante. Tales restricciones no pueden tratarse como especialmente graves. Como estas restricciones permiten al licenciante conceder a un licenciataro que no estaba en el mercado protección frente a las ventas activas de otros licenciarios que son competidores del licenciante y que por lo tanto ya están presentes en el mercado, es probable que induzcan al licenciataro a explotar la tecnología licenciada de manera más eficiente. Por otro lado, si los licenciarios se ponen de acuerdo para no efectuar ventas activas o pasivas en determinados territorios o a determinados grupos de clientes, el acuerdo equivaldría a un cartel entre licenciarios. Como este tipo de acuerdo no tiene por objeto la transferencia de tecnología, además no entraría dentro del ámbito de aplicación del RECATT.
- (111) El artículo 4, apartado 1, letra c), inciso iii), contiene otra excepción a la restricción especialmente grave del artículo 4, apartado 1, letra c): las restricciones de uso cautivo, es decir, los requisitos según los cuales el licenciataro únicamente puede producir los productos que incorporan la tecnología licenciada para su propio uso. Cuando el producto contractual es un componente, el licenciataro puede estar obligado a producir el componente solamente para incorporarlo en sus propios productos y a no venderlo a otros productores. Con todo, el licenciataro debe ser libre de vender los componentes como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe ser libre de vendérselos a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Estas restricciones de uso cautivo pueden ser necesarias para favorecer la difusión de la tecnología, particularmente entre competidores, y están cubiertas por la exención por categorías. De estas restricciones también se ocupa la sección 4.2.5.

<sup>(60)</sup> Véase la nota 44, apartado 51.

- (112) Por último, el artículo 4, apartado 1, letra c) inciso iv), excluye de la lista de restricciones especialmente graves la obligación impuesta al licenciataria en un acuerdo no recíproco de producir los productos contractuales solamente para un cliente dado con vistas a constituir una fuente alternativa de suministro para ese cliente. Por lo tanto, para que el artículo 4, apartado 1, letra c) inciso iv), sea aplicable, es preciso que la licencia se limite a crear una fuente alternativa de suministro para ese cliente. En cambio, no es preciso que solo se conceda una licencia de ese tipo. El artículo 4, apartado 1, letra c) inciso iv), también cubre los casos en que se concede a más de una empresa una licencia para producir para dicho cliente concreto. El artículo 4, apartado 1, letra c), inciso iv), se aplica independientemente de la duración del contrato de licencia. Por ejemplo, una única licencia para cumplir los requisitos de un proyecto de un cliente particular está cubierta por esta excepción. Si la licencia se concede únicamente para tal fin, el peligro de que tales acuerdos conduzcan a un reparto del mercado es limitado. En tales circunstancias, en particular, no se puede presumir que el acuerdo vaya a llevar al licenciataria a dejar de explotar su propia tecnología.
- (113) Las restricciones de acuerdos entre competidores que limitan la licencia a uno o más mercados de productos o sectores técnicos de aplicación <sup>(61)</sup> no son restricciones especialmente graves de la competencia. Tales restricciones están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %, tanto si el acuerdo es recíproco como si no lo es. No se considera que tales restricciones tengan por objeto la asignación de mercados o consumidores. No obstante, solo están amparadas por la exención por categorías si las restricciones de sector de aplicación no rebasan el ámbito de aplicación de las tecnologías licenciadas. Por ejemplo, si los licenciataria también se ven limitados en los ámbitos técnicos donde pueden utilizar sus propios derechos de tecnología, el acuerdo equivale a un reparto de mercados.
- (114) La exención por categorías se aplica tanto si la restricción de sector de aplicación es simétrica como si es asimétrica. Una restricción de sector de aplicación de un acuerdo recíproco de licencia es asimétrica cuando las partes solo pueden utilizar las tecnologías licenciadas en sectores de aplicación distintos. En tanto las partes sean libres de utilizar sus propias tecnologías sin restricción alguna, no se presume que el acuerdo induce a las partes a retirarse del sector o sectores cubiertos por la licencia o a abstenerse de entrar en dicho sector o sectores. Incluso si los licenciataria se dotan de los equipos necesarios para utilizar la tecnología licenciada dentro del sector de aplicación licenciado, es posible que el impacto sobre los activos utilizados para producir productos no cubiertos por la licencia sea nulo. A este respecto es importante que la restricción se refiera a mercados de productos o sectores de aplicación distintos y no a clientes, asignados por territorios o grupos, que compren productos pertenecientes al mismo mercado de productos o sector de aplicación. El riesgo de reparto del mercado se considera sustancialmente mayor en este último caso [véase el apartado (106)]. Además, las restricciones de sector de aplicación pueden ser necesarias para fomentar la concesión de licencias procompetitivas [véase el apartado (212)].

#### Restricciones sobre la capacidad de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo

- (115) La restricción especialmente grave de la competencia del artículo 4, apartado 1, letra d), cubre las restricciones de la capacidad de cualquiera de las partes de realizar investigación y desarrollo. Ambas partes deben ser libres de realizar actividades de investigación y desarrollo independientes. Esta regla es válida tanto si la restricción se aplica a un ámbito cubierto por la licencia como a otros ámbitos. Sin embargo, el mero hecho de que las partes se pongan de acuerdo para suministrarse mutuamente los perfeccionamientos de sus respectivas tecnologías no equivale a una restricción de las actividades de investigación y desarrollo independientes. El efecto sobre la competencia de tales acuerdos ha de ser evaluado a la luz de las circunstancias del caso. El artículo 4, apartado 1, letra d), tampoco se aplica a las restricciones de la libertad de una de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo con terceros si la restricción es necesaria para proteger los conocimientos técnicos del licenciante del peligro de ser revelados. Para beneficiarse de la exención, las restricciones impuestas para proteger los conocimientos técnicos del licenciante del peligro de ser revelados deben ser necesarias y proporcionales. Por ejemplo, si en el acuerdo se precisa qué empleados del licenciataria van a ser formados y serán responsables del uso de los conocimientos técnicos licenciados, puede bastar con imponer al licenciataria la obligación de no permitir a esos empleados participar en actividades de investigación y desarrollo con terceros. También pueden ser adecuadas otras salvaguardias.

#### Restricciones en el uso de la tecnología del licenciataria

- (116) Con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra d), el licenciataria también debe poder usar libremente sus propios derechos de tecnología competitiva, siempre que al hacerlo no haga uso de los derechos de tecnología licenciada del licenciante. Por lo que se refiere a sus propios derechos de tecnología, el licenciataria debe ser completamente

<sup>(61)</sup> Las restricciones de sector de aplicación se tratan en los apartados 208 y siguientes.

libre de determinar el lugar de fabricación o venta, los ámbitos técnicos de uso o los mercados de producto en los que produce, el volumen de producción o venta y el precio de venta. Tampoco puede estar obligado a pagar un canon por los productos que produce con sus propios derechos de tecnología [véase el apartado (101)]. Además, el licenciatario debe ser libre de licenciar sus propios derechos de tecnología a terceros. Cuando se imponen restricciones de la libertad del licenciatario para utilizar sus propios derechos de tecnología o su derecho a realizar investigación y desarrollo, se reduce la competitividad de la tecnología del licenciatario, con lo cual se restringe la competencia en los mercados de productos y tecnologías existentes y se reducen los incentivos que tiene el licenciatario para invertir en el desarrollo y perfeccionamiento de su tecnología. El artículo 4, apartado 1, letra d), no cubre las restricciones del uso por el licenciatario de tecnologías de terceros que compiten con la tecnología licenciada. Aunque estas obligaciones inhibitorias de la competencia pueden tener efectos de exclusión sobre tecnologías de terceros (véase la sección 4.2.7), no tienen generalmente el efecto de reducir los incentivos que tienen los licenciatarios para invertir en el desarrollo y la mejora de sus propias tecnologías.

### 3.4.3. Acuerdos entre no competidores

- (117) El artículo 4, apartado 2, del RECATT contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en caso de acuerdo entre no competidores. Con arreglo a esta disposición, el RECATT no es aplicable a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:
- a) la restricción de la capacidad de una de las partes de determinar sus precios al vender productos a terceros, sin perjuicio de la posibilidad de imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;
  - b) la restricción del territorio en el que el licenciatario pueda vender pasivamente los productos contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto:
    - i) la restricción de las ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado al licenciante;
    - ii) el requisito de producir los productos contractuales solamente para su propio uso, siempre que no se restrinjan al licenciatario las ventas activas y pasivas de los productos contractuales como recambios para sus productos;
    - iii) la obligación de producir los productos contractuales solamente para un cliente dado, cuando la licencia se haya concedido con el fin de constituir una fuente alternativa de suministro para ese cliente;
    - iv) la restricción de las ventas a usuarios finales por un licenciatario que opere en el comercio al por mayor;
    - v) la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva;
  - c) la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por licenciatarios que sean miembros de un sistema de distribución selectiva y que operen en el comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado.

### Fijación de los precios

- (118) La restricción especialmente grave de la competencia a que se refiere el artículo 4, apartado 2, letra a), consiste en la fijación de los precios de venta a terceros. Concretamente, esa disposición cubre las restricciones que tienen por objeto directo o indirecto la fijación de un precio de venta fijo o mínimo o de un nivel de precios fijo o mínimo al que deben atenerse el licenciante o el licenciatario al vender productos a terceros. Cuando los acuerdos fijan directamente el precio de venta, la restricción es inequívoca. Sin embargo, la fijación de precios de venta también puede producirse de manera indirecta. Un ejemplo de ello son los acuerdos que fijan los márgenes, que fijan el nivel máximo de los descuentos, que vinculan el precio de venta establecido a los precios de venta de la

competencia, las amenazas, la intimidación, las advertencias, las sanciones o las resoluciones de contrato relacionadas con el cumplimiento de determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijar los precios pueden ser más efectivos cuando se combinan con medidas para detectar las reducciones de precios, como la aplicación de un sistema de control de precios o la obligación de los licenciarios de comunicar las desviaciones de precios. De igual modo, la fijación directa o indirecta de los precios puede ganar en eficacia si se combina con medidas tendentes a disuadir al licenciario de rebajar su precio de venta, como puede ser que el licenciante obligue al licenciario a aplicar una cláusula de cliente preferente, es decir, le obligue a aplicar a determinado cliente cualquier condición preferente que aplique a otro cliente. Pueden utilizarse los mismos medios para hacer que los precios máximos o recomendados funcionen como precios de venta fijos o mínimos. Con todo, no se considera que el mero hecho de que licenciante entregue al licenciario una lista de precios recomendados o le imponga un precio de venta máximo conduzca a unos precios de venta fijos o mínimos.

#### Restricciones de las ventas pasivas del licenciario

- (119) El artículo 4, apartado 2, letra b), considera como restricciones especialmente graves de la competencia los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto la restricción de las ventas pasivas<sup>(62)</sup> de los licenciarios de productos que incorporen la tecnología licenciada<sup>(63)</sup>. Las restricciones de las ventas pasivas del licenciario pueden ser el resultado de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros licenciarios. También pueden ser el resultado de medidas indirectas encaminadas a inducir al licenciario a abstenerse de realizar tales ventas, como incentivos financieros y la aplicación de un sistema de control para verificar el destino efectivo de los productos licenciados. Las limitaciones cuantitativas pueden ser un instrumento indirecto destinado a restringir las ventas pasivas. El Órgano no presumirá que las limitaciones cuantitativas responden a dicho propósito. Sí lo hará, empero, cuando las limitaciones cuantitativas sirvan de instrumento para implementar un acuerdo de reparto del mercado. Son indicio de ello el hecho de que se vayan ajustando las cantidades a lo largo del tiempo de manera que cubran únicamente la demanda local, la combinación de limitaciones cuantitativas y la obligación de vender determinadas cantidades mínimas en el territorio, así como las obligaciones de cánones mínimos vinculadas a las ventas en el territorio, la aplicación de cánones diferenciados según el destino de los productos y el control del destino de los productos vendidos por cada licenciario. Hay varias excepciones importantes a la restricción especialmente grave general que cubre las ventas pasivas de los licenciarios; de estas excepciones se trata más adelante en los apartados (120) a (125).
- (120) Excepción 1: el artículo 4, apartado 2, letra b), no cubre las restricciones de las ventas (tanto activas como pasivas) del licenciante. Todas las restricciones de las ventas del licenciante están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Lo mismo cabe decir de todas las restricciones de las ventas activas del licenciario, con excepción de lo indicado con referencia a las ventas activas en el apartado (125). La exención por categorías de las restricciones de las ventas activas se basa en la presunción de que estas restricciones favorecen las inversiones, la competencia en factores distintos al precio y la mejora de la calidad de los servicios de los licenciarios al resolver los problemas de parasitismo y cautividad. En el caso de las restricciones de las ventas activas entre los territorios y grupos de clientes de los licenciarios, no es necesario que al licenciario protegido se le haya concedido un territorio exclusivo o un grupo exclusivo de clientes. La exención por categorías también se aplica a las restricciones de las ventas activas cuando se asigna un mismo territorio o grupo de clientes a más de un licenciario. Es probable que el hecho de garantizar a un licenciario que solo tendrá que enfrentarse a la competencia de un número limitado de licenciarios dentro del territorio en cuestión y no tendrá que hacer frente a la competencia de otros licenciarios de fuera de dicho territorio promueva inversiones generadoras de eficiencias.
- (121) Excepción 2: las restricciones de las ventas activas y pasivas de los licenciarios en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado al licenciante no son restricciones especialmente graves de la competencia [véase el artículo 4, apartado 2, letra b), inciso i)] y están cubiertas por la exención por categorías. Se presupone que hasta el umbral de cuota de mercado estas restricciones, si bien restringen la competencia, también favorecen la difusión procompetitiva de la tecnología y la integración de tal tecnología con los activos productivos del licenciario. Un territorio o un grupo de clientes puede ser reservado para el licenciante aunque este no esté produciendo con la tecnología licenciada en dicho territorio o para dicho grupo de clientes. Un territorio o un grupo de clientes también puede ser reservado por el licenciante para su ulterior explotación.

<sup>(62)</sup> Para la definición de ventas pasivas, véase el apartado (108) de las presentes Directrices y las Directrices del Órgano sobre restricciones verticales citadas en la nota 44, apartado 51.

<sup>(63)</sup> Esta restricción especialmente grave se aplica a los acuerdos de transferencia de tecnología relativos al comercio dentro del EEE. En la medida en que los acuerdos de transferencia de tecnología se refieran a exportaciones fuera del EEE o a importaciones o reimportaciones de fuera del EEE, véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-306/96, *Javico c Yves Saint Laurent*, Rec. 1998, p. I-1983. En dicha sentencia, el Tribunal manifestó en el apartado 20 que «no cabe considerar que un acuerdo que contenga el compromiso del revendedor respecto del productor de destinar la comercialización de los productos objeto del contrato a un mercado situado fuera de la Comunidad tenga por objeto restringir de manera significativa la competencia dentro del mercado común ni que pueda afectar en cuanto tal al comercio entre los Estados miembros».

- (122) Excepción 3: el artículo 4, apartado 2, letra b), inciso ii), incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciataria está obligado a producir los productos que incorporan la tecnología licenciada solamente para su propio uso (cautivo). Así pues, cuando el producto contractual es un componente, el licenciataria puede estar obligado a utilizar el producto solamente para incorporarlo en sus propios productos y a no venderlo a otros productores. Con todo, el licenciataria debe ser libre de vender activa y pasivamente los productos como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe poder vendérselos libremente a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Las restricciones de uso cautivo también se tratan en la sección 4.2.5.
- (123) Excepción 4: como en el caso de los acuerdos entre competidores [véase el apartado (112)], la exención por categorías también es aplicable a los acuerdos en que el licenciataria tiene la obligación de producir los productos contractuales únicamente para un cliente determinado para así crear una fuente alternativa de suministro para dicho cliente, independientemente de la duración del acuerdo de licencia [véase el artículo 4, apartado 2, letra b), inciso iii)]. En el caso de los acuerdos entre no competidores, es poco probable que este tipo de restricciones entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1.
- (124) Excepción 5: el artículo 4, apartado 2, letra b), inciso v), incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías la obligación del licenciataria, si opera a nivel mayorista, de no vender a usuarios finales, limitándose únicamente a vender a minoristas. Esta obligación permite al licenciante asignar al licenciataria la función de distribución al por mayor y en principio no está sujeta al artículo 53, apartado 1 <sup>(64)</sup>.
- (125) Excepción 6: finalmente, el artículo 4, apartado 2, letra b), inciso v), incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciataria no puede vender a distribuidores no autorizados. Esta excepción permite al licenciante imponer a los licenciarios la obligación de formar parte de un sistema de distribución selectiva. Con todo, en tal caso, con arreglo al artículo 4, apartado 2, letra c), los licenciarios deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente a los usuarios finales, sin perjuicio de la posibilidad de circunscribir al licenciataria a la función de mayorista, tal como está previsto en el artículo 4, apartado 2, letra b), inciso iv) [véase el apartado (124)]. En el territorio en el que el licenciante gestiona un sistema de distribución selectiva, este sistema no puede combinarse con territorios exclusivos o grupos exclusivos de clientes cuando esto llevaría a una restricción de ventas activas o pasivas a usuarios finales, ya que ello daría lugar a una restricción especialmente grave de la venta activa o pasiva por los licenciarios en virtud del artículo 4, apartado 2, letra c), sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un licenciataria que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado.
- (126) Las restricciones de las ventas pasivas de los licenciarios en un territorio exclusivo o a un grupo de clientes asignado a otro licenciataria, si bien normalmente constituyen una restricción especialmente grave, pueden caer fuera del artículo 53, apartado 1, por cierto período de tiempo si las restricciones son objetivamente necesarias para que el licenciataria protegido se introduzca en un nuevo mercado. Este puede ser el caso cuando los licenciarios tengan que realizar inversiones sustanciales en activos productivos y actividades promocionales para introducirse y crecer en un nuevo mercado. Todo nuevo licenciataria corre un riesgo considerable, habida cuenta sobre todo de que muchos de los gastos promocionales e inversiones en activos necesarios para producir con la tecnología en cuestión son irrecuperables, es decir, que en caso de retirada de ese ámbito de actividad concreto, la inversión no puede ser utilizada por el licenciataria para otras actividades, ni vendida salvo con una gran pérdida. Por ejemplo, el licenciataria puede ser el primero en producir y vender un nuevo tipo de producto o el primero en aplicar una tecnología nueva. En tales circunstancias, muchos licenciarios no suscribirían un acuerdo de licencia que no les protegiese durante cierto tiempo de las ventas (activas y) pasivas de otros licenciarios en su territorio o a su grupo de clientes por otros licenciarios. Cuando el licenciataria debe realizar inversiones sustanciales para la creación y el desarrollo de un nuevo mercado, las restricciones de las ventas pasivas de otros licenciarios en dicho territorio o a dicho grupo de clientes quedan fuera del artículo 53, apartado 1, durante el período necesario para que el licenciataria recupere las inversiones. En la mayoría de los casos, un período máximo de dos años a partir de la fecha en la que el producto contractual se comercializó por primera vez en el mercado en el territorio exclusivo por el licenciataria de que se trate o se vendió a su grupo de clientes exclusivo, se consideraría suficiente para que el licenciataria recuperara las inversiones realizadas. No obstante, en casos concretos, podría ser necesario un período de protección más largo para que el licenciataria pueda recuperar los costes en que haya incurrido.
- (127) Del mismo modo, la prohibición a todos los licenciarios de que vendan a determinadas categorías de consumidores finales puede no ser restrictiva de la competencia cuando tal restricción, por motivos sanitarios o de seguridad relacionados con la naturaleza peligrosa del producto en cuestión, resulta objetivamente necesaria.

<sup>(64)</sup> Véase el asunto 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875.

### 3.5. Restricciones excluidas

- (128) El artículo 5 del RECATT enumera tres tipos de restricciones que no están cubiertas por la exención por categorías y que, por consiguiente, han de ser objeto de una evaluación individual de sus efectos anticompetitivos y procompetitivos. El objetivo del artículo 5 es evitar la exención por categorías de acuerdos que puedan reducir los incentivos para innovar. Del artículo 5 se desprende que la inclusión en un acuerdo de licencia de una de las restricciones mencionadas en dicho artículo no obsta para la aplicación de la exención por categorías al resto del acuerdo, si el resto puede separarse de las restricciones excluidas. Solamente queda la restricción en cuestión no cubierta por la exención por categorías, por lo que será necesaria una evaluación individual.

#### Retrocesiones exclusivas

- (129) El artículo 5, apartado 1, letra a), del RECATT se refiere a las retrocesiones exclusivas (esto es, una licencia exclusiva de retrocesión al licenciante del perfeccionamiento del licenciario) o a las cesiones al licenciante de perfeccionamientos de la tecnología licenciada. Si se obliga al licenciario a conceder al licenciante una licencia exclusiva referente a los perfeccionamientos que aporte a la tecnología licenciada o a ceder tales perfeccionamientos al licenciante, es probable que se muestre menos proclive a innovar, ya que tal obligación le impedirá explotar los perfeccionamientos, entre otras maneras, concediendo licencias a terceros. Una retrocesión exclusiva se define como una retrocesión que impide al licenciario (que es el innovador y licenciante del perfeccionamiento en este caso) explotar el perfeccionamiento (para su propia producción o para dar licencias a terceros). Esto es así tanto si el perfeccionamiento se refiere a la misma aplicación que la tecnología licenciada como si el licenciario desarrolla nuevas aplicaciones de esa tecnología. Con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra a), este tipo de obligaciones no está cubierto por la exención por categorías.
- (130) La aplicación del artículo 5, apartado 1, letra a), no depende de que el licenciante pague una contraprestación por el perfeccionamiento o por una licencia exclusiva. Con todo, la existencia y el nivel de dicha contraprestación puede ser un factor que hay que tener en cuenta en una evaluación individual a la luz del artículo 53. Si la retrocesión no es gratuita, hay menos probabilidades de que la obligación suponga un freno a la innovación. A la hora de evaluar las retrocesiones exclusivas que no están amparadas por la exención por categorías, la posición de mercado del licenciante en el mercado tecnológico también es un factor que hay que tener presente. Cuanto más sólida sea la posición del licenciante, más probabilidades habrá de que estas obligaciones de retrocesión tengan efectos restrictivos sobre la competencia en innovación. Cuanto más sólida sea la posición de la tecnología del licenciante, más importante será que el licenciario pueda convertirse en una importante fuente de innovación y competencia futura. El impacto negativo de las obligaciones de retrocesión también puede verse acrecentado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia. Cuando las tecnologías disponibles están controladas por un número limitado de licenciantes que imponen obligaciones de retrocesión exclusiva a los licenciarios, hay un mayor riesgo de que estas obligaciones tengan efectos anticompetitivos que cuando hay varias tecnologías y solamente algunas de ellas son objeto de licencias que contienen cláusulas de retrocesión exclusiva.
- (131) Las obligaciones de retrocesión no exclusiva están cubiertas por la salvaguardia regulatoria del RECATT. Esto es así incluso cuando son no recíprocas, es decir, si solo afectan al licenciario, y cuando en virtud del acuerdo, el licenciante tiene derecho a revelar las mejoras a otros licenciarios. Una obligación de retrocesión no recíproca puede favorecer la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante decidir libremente si transfiere, y en qué medida, sus propios perfeccionamientos a sus licenciarios. Una cláusula de este tipo también puede fomentar la difusión de la tecnología, en particular cuando cada licenciario sabe a la firma del contrato que estará en pie de igualdad con los demás licenciarios en cuanto a la tecnología utilizada para producir.
- (132) Las obligaciones de retrocesión no exclusiva pueden tener efectos negativos en la innovación en caso de acuerdos de licencia cruzada entre competidores en que una obligación de retrocesión para ambas partes se ve combinada con la obligación para cada parte de compartir con la otra los perfeccionamientos de su propia tecnología. La obligación de compartir todos los perfeccionamientos puede impedir que uno de los dos competidores adquiera una ventaja competitiva sobre su rival [véase, asimismo, el apartado (241)]. Ahora bien, es poco probable que el acuerdo impida a una u otra parte adquirir una ventaja competitiva sobre la otra si la licencia tiene por objeto permitir que las partes desarrollen sus respectivas tecnologías y si la licencia no las empuja a utilizar la misma base tecnológica en el diseño de sus productos. Así ocurre cuando la licencia tiene por objeto generar espacios de libertad de creación antes que mejorar la base tecnológica del licenciario.

## Cláusulas de no oposición y rescisión

- (133) La restricción excluida a que se refiere el artículo 5, apartado 1, letra b), del RECATT tiene por objeto las cláusulas de no oposición, es decir, las obligaciones directas o indirectas de no oponerse a la validez de la propiedad intelectual del licenciante, sin perjuicio de la posibilidad, en caso de licencia exclusiva, de que el licenciante rescinda el acuerdo de transferencia de tecnología en caso de que el licenciatario impugne la validez de alguno de los derechos de tecnología licenciados.
- (134) El motivo de la exclusión de las cláusulas de no oposición del ámbito de aplicación de la exención por categorías es que en principio son los licenciatarios quienes están en mejor situación para determinar si efectivamente un derecho de propiedad intelectual es inválido. En aras de una competencia sin falseamientos y en consonancia con los principios sobre los que descansa la protección de la propiedad intelectual, los derechos de propiedad intelectual inválidos deben ser suprimidos. La propiedad intelectual inválida frena la innovación en vez de promoverla. Es probable que el artículo 53, apartado 1, sea aplicable a las cláusulas de no oposición cuando la tecnología licenciada es valiosa y, por lo tanto, coloca en una posición de desventaja competitiva a las empresas a las que se impide utilizarla o que solo pueden hacerlo pagando un canon. En estos casos es improbable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3. No obstante, si la tecnología licenciada se refiere a un proceso técnicamente obsoleto que el licenciatario no utiliza, o si la licencia se otorga gratuitamente, no surge ninguna restricción de la competencia<sup>(65)</sup>. En cuanto a las cláusulas de no oposición en el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos, véanse los apartados (242) y (243).
- (135) Una cláusula que obligue al licenciatario a no oponerse a la titularidad de los derechos de tecnología no suele constituir una restricción de la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 1. Tenga o no el licenciante la propiedad de los derechos de tecnología, su uso por el licenciatario y cualquier otra parte depende en cualquier caso de la obtención de una licencia, y por lo tanto, en general, la competencia no se verá afectada<sup>(66)</sup>.
- (136) El artículo 5, apartado 1, letra b), del RECATT también excluye de la salvaguardia regulatoria de la exención por categorías el derecho, en el contexto de las licencias no exclusivas, del licenciante de rescindir el acuerdo en caso de que el licenciatario se oponga a la validez de los derechos de propiedad intelectual que el licenciante posea en la Unión. Dicho derecho de resolución puede tener el mismo efecto que una cláusula de no oposición, en particular cuando el apartarse de la tecnología del licenciante daría lugar a grandes pérdidas para el licenciatario (por ejemplo, cuando el licenciatario ya haya invertido en máquinas o herramientas específicas que no puedan utilizarse para producir con otra tecnología) o cuando la tecnología del licenciante sea necesaria para la producción del licenciatario. Por ejemplo, en el contexto de patentes esenciales para la norma, el licenciatario que elabore un producto que cumpla la norma tendrá que utilizar necesariamente todas las patentes incluidas en la norma. En tal caso, la impugnación de la validez de las patentes pertinentes puede dar lugar a una considerable pérdida si se rescinde el acuerdo de transferencia de tecnología. Cuando la tecnología no sea esencial para la norma, pero tenga una importante posición de mercado, el desincentivo para impugnar también podrá ser elevado considerando la dificultad para el licenciatario de encontrar una tecnología alternativa viable para licenciar. La cuestión de si la pérdida o ganancia del licenciatario sería significativa, y por tanto actuaría como un fuerte desincentivo para impugnar, debería evaluarse caso por caso.
- (137) En los casos descritos en el apartado (136), el licenciatario podrá verse disuadido de oponerse a la validez del derecho de propiedad intelectual, si se corriera el riesgo de rescindir el acuerdo de licencia y, por tanto, enfrentarse a importantes riesgos que van mucho más allá de sus obligaciones de pago de cánones. No obstante, cabe señalar que, fuera del contexto de estos casos, una cláusula de rescisión a menudo no supondrá un desincentivo importante para impugnar, y por tanto no producirá el mismo efecto que una cláusula de no oposición.
- (138) El interés público de reforzar el incentivo del licenciante para conceder licencias al no verse obligado a mantener una relación comercial con un licenciatario que se haya opuesto al objeto mismo del acuerdo de licencia debe sopesarse con el interés público en eliminar cualquier obstáculo a la actividad económica que pueda surgir cuando se concedió erróneamente un derecho de propiedad intelectual<sup>(67)</sup>. Al sopesar esos intereses, hay que tener en cuenta si el licenciatario cumple todas las obligaciones en virtud del acuerdo durante el período en cuestión, en concreto, la obligación de pagar los cánones acordados.
- (139) En el caso de licencias exclusivas, es menos probable en conjunto que las cláusulas de rescisión tengan efectos anticompetitivos. Una vez concedida la licencia, el licenciante puede verse en una situación particular de dependencia, ya que el licenciatario será su única fuente de ingresos por lo que respecta a los derechos de la tecnología licenciada si los cánones dependen de la producción con los derechos de la tecnología licenciada, que puede ser a menudo una forma eficiente de estructurar los pagos de cánones. En esta situación, los incentivos

<sup>(65)</sup> Véase a este respecto el asunto 65/86, *Bayer/Süßhoffer*, Rec. 1988, p. 5249.

<sup>(66)</sup> Por lo que respecta a la impugnación de la propiedad de una marca comercial, véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Moosehead/Whitbread* (DO L 100 de 20.4.1990, p. 32).

<sup>(67)</sup> Asunto 193/83 *Windsurfing International*, Rec. 1986, p. 611, apartado 92.

para la innovación y la concesión de licencias podrían verse perjudicados si, por ejemplo, el licenciante quedase atrapado en un acuerdo exclusivo con un licenciataria que ya no se esfuerza en desarrollar, producir o comercializar el producto (que va a ser) producido con los derechos de la tecnología licenciada<sup>(68)</sup>. Por esta razón, el RECATT exige las cláusulas de rescisión para los acuerdos de licencia exclusiva siempre que se cumplan las otras condiciones de la salvaguardia regulatoria, como el respeto del umbral de cuota de mercado. Fuera de la salvaguardia regulatoria, deberá realizarse una evaluación caso por caso teniendo en cuenta los diferentes intereses según lo descrito en el apartado (138).

- (140) Asimismo, el Órgano contempla de forma más favorable las cláusulas de no oposición y rescisión relacionadas con los conocimientos técnicos cuando la recuperación de los conocimientos licenciados puede resultar imposible o muy difícil una vez revelados. En estos casos, la obligación del licenciataria de no oponerse a la validez de los conocimientos técnicos licenciados contribuye a la difusión de tecnologías nuevas al permitir a los licenciantes menos poderosos conceder licencias a licenciarios más potentes sin temor a que éstos impugnen la validez de su propiedad intelectual una vez obtenidos los conocimientos técnicos. Por lo tanto, las cláusulas de no oposición y rescisión relacionadas únicamente con los conocimientos técnicos no están excluidas del ámbito del RECATT.

Limitar el uso o el desarrollo por el licenciataria de su propia tecnología entre no competidores

- (141) En caso de acuerdos entre no competidores, el artículo 5, apartado 2, excluye del ámbito de aplicación de la exención por categorías toda obligación directa o indirecta que limite la capacidad del licenciataria de explotar sus propios derechos de tecnología o limite la capacidad de las partes del acuerdo de realizar investigación y desarrollo, a menos que esa restricción sea imprescindible para impedir la revelación a terceros de los conocimientos técnicos licenciados. El contenido de esta condición es idéntico al de la restricción de la lista de restricciones especialmente graves para acuerdos entre competidores recogida en el artículo 4, apartado 1, letra d), restricción de la que se ocupan los apartados (115) y (116) de las presentes Directrices. Sin embargo, en el caso de los acuerdos entre no competidores no se puede considerar que este tipo de restricciones generalmente tiene efectos negativos sobre la competencia o que generalmente no se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 53, apartado 3<sup>(69)</sup>. Simplemente han de ser objeto de una evaluación individual.
- (142) En el caso de los acuerdos entre no competidores, el licenciataria generalmente no posee una tecnología competidora. No obstante, puede haber casos en que a efectos de la exención por categorías las partes sean consideradas no competidores incluso si el licenciataria posee una tecnología competidora. Por ejemplo, cuando el licenciataria posee una tecnología pero no la licencia y el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial en el mercado de productos. A efectos de la exención por categorías, en tales circunstancias las partes no son competidores ni en el mercado tecnológico ni en el mercado de productos descendente<sup>(70)</sup>. En estos casos es importante garantizar que no se limita la capacidad del licenciataria de explotar y desarrollar su propia tecnología. Esta tecnología constituye un factor de competencia en el mercado que se debe preservar. En tal situación, se considera en principio que las restricciones de la capacidad del licenciataria de explotar y desarrollar sus propios derechos de tecnología o de las actividades de investigación y desarrollo restringen la competencia y no cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3. Así, por ejemplo, una obligación para el licenciataria de pagar cánones no solo por los productos que produce con la tecnología licenciada sino también por los productos que produce con su propia tecnología por regla general limitará la capacidad del licenciataria de explotar su propia tecnología, por lo que quedará excluida del ámbito de aplicación de la exención por categorías.
- (143) Cuando el licenciataria no posee una tecnología competidora o no está desarrollando una tecnología competidora, una restricción que limite la capacidad de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo independientes puede restringir la competencia cuando solo estén disponibles unas pocas tecnologías. En tal caso, las partes pueden constituir una importante fuente (potencial) de innovación en el mercado. Así ocurre especialmente cuando las partes poseen los activos y cualificaciones necesarios para realizar más

<sup>(68)</sup> En el contexto de un acuerdo que técnicamente no es un acuerdo exclusivo, y cuando una cláusula de rescisión no está cubierta por la salvaguardia del RECATT, el licenciante podrá, en un caso específico, encontrarse en una situación similar de dependencia en relación con un licenciataria con gran poder de negociación. Tal dependencia se tendrá en cuenta en la evaluación individual.

<sup>(69)</sup> Véase el apartado 14.

<sup>(70)</sup> Véase el apartado 36.

actividades de investigación y desarrollo. En este caso es improbable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3. En otros casos en que hay diversas tecnologías disponibles y las partes no poseen activos o cualificaciones especiales, es probable que la restricción de la investigación y desarrollo no esté sujeta al artículo 53, apartado 1, por carecer de efectos restrictivos apreciables o que cumpla las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. La restricción puede favorecer la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante asegurarse de que la licencia no da nacimiento a un nuevo competidor e induciendo al licenciatario a centrarse en la explotación y desarrollo de la tecnología licenciada. Además, el artículo 53, apartado 1, solo es aplicable si el acuerdo reduce los incentivos que tiene el licenciatario para mejorar y explotar su propia tecnología. No es probable que ocurra así si el licenciante tiene derecho a rescindir el acuerdo de licencia si el licenciatario se pone a producir con su propia tecnología competidora. Este derecho no reduce los incentivos que tiene el licenciatario para innovar, ya que el acuerdo solo puede rescindirse cuando se ha desarrollado una tecnología viable desde el punto de vista comercial y los productos producidos con dicha tecnología están listos para ser comercializados.

### 3.6. Retirada e inaplicación del Reglamento de exención por categorías

#### 3.6.1. Procedimiento de retirada

- (144) Con arreglo al artículo 6 del RECATT, el Órgano y las autoridades de competencia de los Estados AELC pueden retirar el beneficio de la exención por categorías a un acuerdo concreto que pueda tener efectos anticompetitivos (deben tenerse en cuenta los efectos reales y potenciales) cuando no cumpla las condiciones del artículo 53, apartado 3. La facultad de las autoridades de competencia de los Estados AELC de retirar el beneficio de la exención por categorías está limitada a los casos en que el mercado geográfico de referencia no supera el territorio del Estado EFTA en cuestión.
- (145) Las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3, son acumulativas y han de cumplirse todas para que sea aplicable la norma de excepción <sup>(71)</sup>. Por lo tanto, puede retirarse la exención por categorías cuando un acuerdo concreto incumpla una o más de estas cuatro condiciones.
- (146) En caso de aplicación del procedimiento de retirada, recae en la autoridad que lleva a cabo la retirada la carga de la prueba de que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, y no cumple las cuatro condiciones establecidas en el artículo 53, apartado 3. Dado que la retirada implica que el acuerdo en cuestión es restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 1, y no cumple las condiciones del apartado 3 de ese mismo artículo, la retirada tiene que ir acompañada de una decisión negativa basada en los artículos 5, 7 o 9 del Capítulo II del Protocolo 4.
- (147) Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la retirada está justificada cuando:
- a) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;
  - b) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios, o porque el único propietario de la tecnología que licencia los derechos de la tecnología pertinentes celebre un acuerdo de licencia exclusivo con un licenciatario que ya esté activo en el mercado de producto, sobre la base de derechos de tecnología sustitutiva. Para ser considerados relevantes, los derechos de tecnología deben ser tanto técnica como comercialmente sustituibles para que el licenciatario pueda estar activo en el mercado de producto de referencia.
- (148) Los artículos 4 y 5 del RECATT, que contienen una lista de restricciones especialmente graves de la competencia y restricciones excluidas, persiguen evitar que los acuerdos eximidos vayan en detrimento de la innovación, retrasen la difusión de la tecnología y restrinjan indebidamente la competencia entre el licenciante y el licenciatario o entre licenciatarios. Con todo, en sí esta lista de restricciones especialmente graves y de restricciones excluidas no tiene en cuenta el posible impacto de los acuerdos de licencias. Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciante como a nivel de licenciatario. La exclusión de otros licenciantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciatarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciantes. Tal exclusión es probable cuando la mayoría de las empresas del mercado que pueden explotar (eficientemente) una licencia se ven imposibilitadas de hacerlo por acuerdos restrictivos y cuando los licenciantes potenciales se enfrentan a unas barreras de entrada relativamente altas. La exclusión de otros licenciatarios puede ser el resultado del efecto acumulativo de una serie de acuerdos

<sup>(71)</sup> Véase el apartado 42 de las Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, apartado 3, del Acuerdo EEE, citadas en la nota 4.

de licencia que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios impidiendo así que los licenciatarios potenciales accedan a la tecnología necesaria. La problemática de la exclusión se aborda con mayor detalle en las secciones 4.2.2 y 4.2.7. Por lo demás, es probable que el Órgano también retire el beneficio de la exención por categorías en los casos en que, en acuerdos individuales, un número significativo de licenciantes de tecnologías competidoras imponga a sus licenciatarios la obligación de hacerles extensiva cualquier condición más favorable acordada con otros licenciantes.

### 3.6.2. Inaplicación del Reglamento de Exención por Categorías

- (149) El artículo 7, apartado 2, del RECATT, incorporado en el Acuerdo EEE, prevé un procedimiento especial para la inaplicación del RECATT en los Estados AELC. Mientras que la Comisión puede excluir la aplicación del RECATT mediante reglamento dirigido a los Estados miembros de la UE, el artículo 7, apartado 2, del RECATT faculta al Órgano para declarar, mediante recomendación, que cuando redes paralelas de acuerdos similares de transferencia de tecnología cubran más del 50 % de un mercado de referencia en los Estados AELC, el RECATT no se aplicará a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado. La recomendación se dirigirá al Estado o Estados AELC que comprendan el mercado de referencia en cuestión. Tras la adopción de una recomendación por el Órgano en virtud del artículo 7, los Estados AELC tienen tres meses para notificar al Órgano si aceptan la recomendación. El silencio por parte de un Estado AELC se entenderá como aceptación. Si un Estado AELC acepta, o se entiende que acepta, la recomendación, deberá aplicarla en el plazo de tres meses a partir de la fecha de su adopción <sup>(72)</sup>.
- (150) Mientras que la retirada del beneficio del RECATT por el Órgano en aplicación del artículo 6 implica la adopción de una decisión con arreglo a los artículos 7 o 9 del Capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, el efecto de la inaplicación de la exención por categorías tras una recomendación del Órgano y la aceptación por los Estados AELC en virtud del artículo 7 del RECATT es simplemente suprimir, por lo que respecta a las restricciones y los mercados en cuestión, el beneficio del RECATT y restablecer la plena aplicación de los apartados 1 y 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE. Tras la inaplicación del RECATT en un mercado específico a acuerdos que contengan determinadas restricciones, los criterios desarrollados por la jurisprudencia pertinente del Tribunal de la AELC y de los tribunales de la Unión y las comunicaciones y decisiones adoptadas por el Órgano servirán de guía para la aplicación del artículo 53 a acuerdos concretos. Cuando proceda, el Órgano adoptará decisiones en casos específicos, que pueden servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.
- (151) A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50 %, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado.
- (152) El artículo 7 del RECATT no impone al Órgano la obligación de actuar en caso de que se supere el índice de cobertura del mercado del 50 %. En general, la adopción de un reglamento de conformidad con el artículo 7 es adecuada en caso de que sea probable que se restrinja de modo notable el acceso al mercado de referencia o la competencia dentro de dicho mercado. A la hora de evaluar la necesidad de aplicar el artículo 7, el Órgano considerará si la retirada individual sería una solución más adecuada. Ello puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyen a que se produzca un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos afectados dentro de los Estados AELC.
- (153) Toda recomendación que se adopte en aplicación del artículo 7 ha de establecer claramente su ámbito de aplicación. Por tanto, el Órgano ha de definir en primer lugar el mercado o mercados de productos de referencia y el mercado o mercados geográficos de referencia y, en segundo lugar, debe precisar a qué tipo de restricción ya no se aplicará el RECATT. Por lo que se refiere a este último aspecto, el Órgano puede modular el ámbito de aplicación de la recomendación en función del problema de competencia que trate de resolver. Así, por ejemplo, aunque se tendrán en cuenta todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia a efectos de la determinación del índice de cobertura del mercado del 50 %, el Órgano puede restringir el ámbito de aplicación de la recomendación a tan solo las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración. Por consiguiente, es posible que los acuerdos de duración inferior o de naturaleza menos restrictiva no se vean

<sup>(72)</sup> No obstante, del artículo 7, apartado 2, del RECATT se desprende que si un Estado AELC notifica al Órgano de Vigilancia de la AELC que no acepta su recomendación, el Órgano notificará a la Comisión esta respuesta. En caso de que la Comisión no estuviera de acuerdo con la posición del Estado AELC en cuestión, se aplicará el artículo 92, apartado 2, del Acuerdo EEE.

afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. En su caso, el Órgano también puede ofrecer asesoramiento, indicando el nivel de cuota de mercado que, en un mercado concreto, se puede considerar insuficiente para que una empresa individual aporte una contribución significativa al efecto acumulativo. En general, cuando la cuota de mercado de los productos que incorporan una tecnología licenciada de un licenciante individual no excede del 5 %, se considera que el acuerdo o la red de acuerdos que cubren la tecnología no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado <sup>(73)</sup>.

- (154) El período transitorio no inferior a seis meses que el Órgano tendrá que fijar en aplicación del artículo 7, apartado 2, debería permitir a las empresas afectadas adaptar sus acuerdos en función de la recomendación que declara la inaplicación del RECATT. El Órgano considera que el período transitorio debe partir de la fecha de adopción por un Estado AELC destinatario de las medidas nacionales de ejecución.
- (155) La recomendación y las medidas nacionales de ejecución que declaran la inaplicación del RECATT no afectarán a la condición de acuerdos eximidos por categorías de los acuerdos afectados en lo que respecta al período anterior a la entrada en vigor de las medidas nacionales de ejecución.

#### 4. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53, APARTADOS 1 Y 3, FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECATT

##### 4.1. Marco analítico general

- (156) Los acuerdos que no pueden acogerse a la exención por categorías, por ejemplo porque se rebasan los umbrales de cuota de mercado o porque se trata de acuerdos entre más de dos partes, son objeto de una evaluación individual. Los acuerdos que no restringen la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 1, o que cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3, son válidos y aplicables. Se recuerda que no pesa presunción alguna de ilegalidad sobre los acuerdos que no están amparados por la exención por categorías, siempre que no contengan restricciones especialmente graves de la competencia. En particular, no se presume la aplicabilidad del artículo 53, apartado 1, por el mero hecho de que se rebasen los umbrales de cuota de mercado. Siempre se ha de realizar una evaluación individual basada en los principios expuestos en las presentes Directrices.

##### Salvaguardia regulatoria si hay suficientes tecnologías controladas por terceros

- (157) A fin de promover la previsibilidad más allá de la aplicación del RECATT y limitar el análisis detallado a los casos que pueden plantear verdaderos problemas de competencia, el Órgano parte de la base de que, a falta de restricciones especialmente graves, es improbable que se infrinja el artículo 53 si hay al menos cuatro tecnologías controladas por terceros, amén de las controladas por las partes del acuerdo, que pueden sustituir a la tecnología licenciada con un coste comparable para el usuario. Para determinar si las tecnologías son suficientemente sustitutivas, hay que tomar en consideración la posición comercial relativa de estas tecnologías. Una tecnología ejerce una presión competitiva débil si no constituye una alternativa comercial viable a la tecnología licenciada. Así, por ejemplo, si a causa de los efectos de red en el mercado los consumidores prefieren claramente los productos que incorporan la tecnología licenciada, las demás tecnologías que ya estén presentes en el mercado o que puedan introducirse en él en un plazo de tiempo razonable pueden no constituir una verdadera alternativa y, por consiguiente, pueden ejercer una presión competitiva limitada.
- (158) El hecho de que un acuerdo no pueda beneficiarse de la salvaguardia regulatoria descrita en el apartado (157) no implica que entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, ni que, aunque así sea, no se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo artículo. En cuanto a la salvaguardia regulatoria de las cuotas de mercado prevista en el RECATT, esta salvaguardia regulatoria adicional tan solo crea una presunción negativa de que el acuerdo no está prohibido por el artículo 53. Si un acuerdo no puede acogerse a la salvaguardia regulatoria, ha de ser objeto de una evaluación a la luz de los principios establecidos en las presentes Directrices.

##### 4.1.1. Factores relevantes

- (159) Al aplicar el artículo 53 a casos individuales es necesario tener debidamente en cuenta cómo se desarrolla la competencia en el mercado en cuestión. A este respecto, son especialmente importantes los siguientes factores:
- a) la naturaleza del acuerdo;
  - b) la posición de mercado de las partes;

<sup>(73)</sup> Véase el apartado 8 de la Comunicación del Órgano relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 22.

- c) la posición de mercado de los competidores;
  - d) la posición de mercado de los compradores en los mercados de referencia;
  - e) las barreras de entrada; y
  - f) la madurez del mercado.
- (160) La importancia de cada factor puede variar según el caso y depende de todos los demás factores. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado de las partes constituye, por lo general, una clara indicación de poder de mercado, pero puede no ser un indicador fiable cuando las barreras de entrada son poco importantes. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas sobre la importancia de cada factor.
- (161) Los acuerdos de transferencia de tecnología pueden ser de muchos tipos. Resulta, pues, importante analizar la naturaleza del acuerdo atendiendo a la relación competitiva entre las partes y las restricciones que contiene el acuerdo. Al examinar las restricciones, no solo hay que tener en cuenta lo que estipula expresamente el acuerdo. De la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas.
- (162) La posición de mercado de las partes, en particular las empresas controladas *de facto* o *de jure* por las partes, nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado que tienen el licenciante, el licenciario o ambos. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. Así ocurre especialmente cuando la cuota de mercado refleja ventajas en materia de costes u otras ventajas competitivas respecto de los competidores. Estas ventajas competitivas pueden ser el resultado, por ejemplo, de ser una empresa pionera en el mercado, de la titularidad de patentes esenciales o de una tecnología más avanzada. No obstante, las cuotas de mercado son siempre solo uno de los factores en la evaluación de las posiciones de mercado. Por ejemplo, en particular en el caso de los mercados tecnológicos, las cuotas de mercado no siempre son un buen indicador de la posición de mercado relativa de la tecnología en cuestión y las cuotas de mercado pueden variar considerablemente en función de los distintos métodos de cálculo.
- (163) Las cuotas de mercado y las posibles ventajas y desventajas competitivas también se tienen en cuenta a la hora de evaluar la posición de mercado de los competidores. Cuanto más fuertes y numerosos sean los competidores efectivos, menos peligro habrá de que las partes puedan ejercer individualmente su poder de mercado. En cambio, una estructura de mercado caracterizada por un número bastante limitado de competidores con una posición de mercado (dimensión, costes, potencial de I + D, etc.) bastante parecida puede aumentar el riesgo de colusión.
- (164) La posición de mercado de los compradores nos da una indicación de si uno o más compradores goza de poder de compra. El primer indicador del poder de compra es la cuota de mercado del comprador en el mercado en que se realizan las compras. Esta cuota refleja la importancia que tiene su demanda para posibles proveedores. Otros indicadores se basan en la posición del comprador en su mercado de reventa, incluidos aspectos tales como la cobertura geográfica de sus puntos de venta y su imagen de marca entre los consumidores finales. En algunas circunstancias el poder de negociación de los compradores puede impedir que el licenciante o el licenciario ejerzan su poder de mercado, evitándose así los problemas de competencia que se habrían planteado. Así sucede especialmente cuando hay compradores fuertes que están en condiciones de traer nuevas fuentes de suministro al mercado y les resulta interesante hacerlo si se produce un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos. Cuando un comprador importante simplemente obtiene del proveedor unas condiciones favorables o se limita a repercutir en sus clientes los incrementos de precios, no cabe considerar que goza de una posición que le permite impedir que el licenciario ejerza su poder de mercado en el mercado de productos y, por ende, evitar el problema de competencia que plantea en ese mercado tal poder de mercado <sup>(74)</sup>.
- (165) Las barreras de entrada vienen determinadas por la capacidad de las empresas ya presentes en el mercado de aumentar su precio por encima del nivel competitivo sin provocar la entrada de otros competidores. En ausencia de barreras de entrada, la entrada fácil y rápida de otros competidores hace que tales incrementos no sean rentables. Cuando es probable que la entrada efectiva de competidores que impidan o dificulten el ejercicio de poder de mercado se produzca en el plazo de uno o dos años, cabe afirmar, por regla general, que las barreras de entrada son de escasa importancia.

(74) Véase el asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 101.

- (166) Las barreras de entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance, normativas vigentes, especialmente si establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad de recursos cuya oferta es limitada debido a, por ejemplo, limitaciones naturales, instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa pionera y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo. Los acuerdos restrictivos suscritos por empresas también pueden constituir una barrera de entrada si dificultan el acceso y excluyen a los competidores (potenciales). Pueden alzarse barreras de entrada en todas las etapas del proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución. Algunos de estos factores pueden considerarse barreras de entrada en función particularmente de si conllevan costes irrecuperables. Son costes irrecuperables los que son necesarios para entrar o mantenerse en un mercado, pero se pierden al abandonar el mismo. Cuantos más costes irrecuperables haya, más cuidadosamente deberán sopesar los competidores potenciales el riesgo de entrar en el mercado y más creíbles serán las amenazas de los operadores ya establecidos de contrarrestar su competencia, ya que los costes irrecuperables hacen muy gravoso para las empresas ya establecidas abandonar el mercado. Entrar en un mercado normalmente conlleva ciertos costes irrecuperables, de mayor o menor cuantía. Por lo tanto, la competencia efectiva generalmente es más eficaz y debe pesar más en el análisis de un asunto que la competencia potencial.
- (167) En un mercado maduro, esto es, un mercado que existe desde hace cierto tiempo, en el que la tecnología empleada es bien conocida, está bastante difundida y no experimenta cambios importantes y en el que la demanda se mantiene relativamente estable o en descenso, es más fácil que las restricciones de la competencia tengan efectos negativos que en mercados más dinámicos.
- (168) Al evaluar las restricciones específicas, puede ser preciso prestar atención a otros factores. Entre ellos pueden figurar el efecto acumulativo, es decir, la cobertura del mercado por acuerdos similares, la duración de los acuerdos, el marco reglamentario y aquellos comportamientos que puedan ocasionar o facilitar las colusiones, como el liderazgo en materia de precios, los cambios de precios anunciados y los debates sobre el precio «correcto», la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad, la discriminación de precios y anteriores conductas colusorias.

#### 4.1.2. Efectos negativos de los acuerdos de licencia restrictivos

- (169) Las principales consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de los acuerdos de transferencia de tecnología restrictivos son las siguientes:
- a) reducción de la competencia intertecnologías entre las empresas que operan en un mercado tecnológico o en un mercado de productos que incorporan las tecnologías en cuestión, incluida la posibilidad de favorecer las colusiones, tanto explícitas como implícitas;
  - b) exclusión de los demás competidores, al incrementar sus costes restringiendo su acceso a insumos esenciales o aumentando de cualquier otro modo las barreras de entrada; y
  - c) reducción de la competencia intratecnología entre las empresas que producen productos con la misma tecnología.
- (170) Los acuerdos de transferencia de tecnología pueden restringir la competencia intertecnologías, es decir, la competencia entre las empresas que conceden licencias de tecnologías sustituibles o fabrican con tecnologías sustituibles, especialmente cuando se imponen obligaciones recíprocas. Por ejemplo, si dos competidores intercambian tecnologías competidoras y se imponen la obligación recíproca de cederse mutuamente los perfeccionamientos que aporten a estas tecnologías y si el acuerdo impide que uno de los dos competidores aventaje tecnológicamente al otro, la competencia en innovación entre las partes se ve restringida [véase, asimismo, el apartado (241)].
- (171) La concesión de licencias entre competidores también puede facilitar las colusiones. El riesgo de colusión es especialmente grande en los mercados concentrados. Para que se produzca una colusión, es necesario que las empresas implicadas tengan opiniones similares sobre qué redundaría en interés de ambas y cómo deben funcionar los mecanismos de coordinación. Para que la colusión resulte fructífera, las empresas también deben estar en condiciones de controlarse mutuamente y debe haber mecanismos de disuasión adecuados que garanticen que resulte preferible no desviarse de la estrategia común en el mercado, y las barreras de entrada deben ser suficientemente grandes como para limitar la entrada o expansión de competidores externos. Un acuerdo puede facilitar la colusión aumentando la transparencia en el mercado, controlando determinadas conductas y levantando barreras de entrada. Las colusiones también pueden verse favorecidas en casos excepcionales por los acuerdos de licencia que desembocan en un gran paralelismo en materia de costes, porque si las empresas tienen costes similares es más probable que tengan puntos de vista similares sobre las condiciones de coordinación <sup>(75)</sup>.

<sup>(75)</sup> A este respecto, véase el apartado 36 de las Directrices del Órgano sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 29.

- (172) Los acuerdos de licencia también pueden afectar a la competencia intertecnologías levantando barreras a la entrada y expansión de otros competidores. Estos efectos de exclusión pueden ser el resultado de restricciones que disuadan o impidan a los licenciarios conceder licencias a terceros. Por ejemplo, hay riesgo de exclusión de terceros cuando los licenciantes establecidos en el mercado imponen obligaciones de inhibición de la competencia a los licenciarios de resultados de las cuales el número de licenciarios disponibles resulta insuficiente y cuando es difícil la entrada a nivel de licenciario. Los proveedores de tecnologías sustitutivas también pueden verse excluidos si un licenciante que goza del suficiente grado de poder de mercado agrupa varias partes de una tecnología y las licencia juntas en forma de paquete pese a que solamente una parte del paquete sea esencial para producir determinado producto.
- (173) Los acuerdos de transferencia de tecnología también pueden restringir la competencia intratecnología, es decir, la competencia entre empresas que fabrican con la misma tecnología. Un acuerdo que imponga restricciones territoriales a los licenciarios impidiéndoles vender en el territorio de los otros licenciarios reduce la competencia entre los mismos. Los acuerdos de licencia también pueden restringir la competencia intratecnología facilitando las colusiones entre licenciarios. Además, los acuerdos de licencia que reducen la competencia intratecnología pueden facilitar las colusiones entre propietarios de tecnologías competidoras o reducir la competencia intertecnologías aumentando las barreras de entrada.

#### 4.1.3. Efectos positivos de los acuerdos de licencia restrictivos y marco analítico de estos efectos

- (174) Hasta los acuerdos de licencia restrictivos producen, a menudo, efectos procompetitivos consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos. La evaluación de los posibles efectos procompetitivos se realiza en el marco del artículo 53, apartado 3, que contiene una excepción a la prohibición del apartado 1 del mismo artículo. Para que esa excepción sea aplicable, el acuerdo de licencia debe producir beneficios económicos objetivos, las restricciones de la competencia deben ser indispensables para conseguir las eficiencias, se ha de reservar a los consumidores una participación equitativa en las eficiencias obtenidas y el acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Una empresa que se basa en el artículo 53, apartado 3, debe demostrar, con pruebas y argumentos convincentes, que se cumplen las condiciones para obtener una exención <sup>(76)</sup>.
- (175) La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el artículo 53, apartado 3, se efectúa en el contexto real en el que se producen <sup>(77)</sup> y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede por tanto variar en función de modificaciones importantes de los hechos. La excepción contemplada en el artículo 53, apartado 3, se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones y deja de aplicarse cuando no sea así <sup>(78)</sup>. Sin embargo, al aplicar el artículo 53, apartado 3, es preciso tener en cuenta las inversiones iniciales irrecuperables realizadas por las partes y el tiempo y limitaciones necesarias para recuperar una inversión destinada a aumentar la eficiencia. El artículo 53 no puede aplicarse sin considerar las inversiones *ex ante* y los riesgos que conllevan. Por lo tanto, el riesgo que asumen las partes y la inversión irrecuperable necesaria para aplicar el acuerdo pueden justificar la exclusión del acuerdo del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, o el cumplimiento de las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, según el caso, durante el tiempo necesario para recuperar la inversión.
- (176) La primera condición del artículo 53, apartado 3, exige una evaluación de los beneficios objetivos en términos de eficiencias generadas por el acuerdo. A este respecto, es de señalar que los acuerdos de licencia permiten principalmente integrar tecnologías complementarias y otros activos para sacar al mercado productos nuevos o mejorados o para producir los productos a un precio más bajo. Fuera del contexto de los carteles que constituyen restricciones especialmente graves, con frecuencia se conceden licencias porque al licenciante le resulta más eficiente licenciar la tecnología que explotarla él mismo. Puede ser el caso especialmente cuando el licenciario ya tiene acceso a los activos de producción necesarios. El acuerdo permite entonces al licenciario acceder a una tecnología que puede combinarse con esos activos, lo que le permite explotar tecnologías nuevas o mejoradas. Otro ejemplo del potencial de las licencias para generar eficiencias es el caso en que el licenciario ya tiene una tecnología cuya combinación con la tecnología del licenciante genera sinergias. Esta integración de dos tecnologías puede conducir a una configuración coste/producción que sería imposible lograr sin el acuerdo. Los acuerdos de licencia también pueden producir eficiencias en la fase de distribución, como ocurre con los acuerdos verticales de distribución. Estas eficiencias pueden consistir en reducciones de costes o en la prestación

<sup>(76)</sup> Asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C- 519/06 P, *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, Rec. 2009, p. I-9291, apartado 82.

<sup>(77)</sup> Véanse los asuntos acumulados 25/84 y 26/84, *Ford*, Rec. 1985, 2725; asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C- 519/06 P, *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, Rec. 2009, p. I-9291, apartado 103.

<sup>(78)</sup> A este respecto, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1999 en TPS (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Del mismo modo, la prohibición del artículo 53, apartado 1, también se aplica solamente en tanto el acuerdo tenga una finalidad restrictiva o efectos restrictivos.

de valiosos servicios a los consumidores. Los efectos positivos de los acuerdos verticales han sido descritos en las Directrices del Órgano sobre Restricciones Verticales <sup>(79)</sup>. Otro ejemplo de posibles eficiencias se encuentra en los acuerdos por los que varios propietarios de tecnologías agrupan sus respectivas tecnologías en un único paquete tecnológico que licencian a terceros. Estos acuerdos de consorcio tecnológico pueden reducir los costes de transacción ya que los licenciarios no tienen que celebrar un acuerdo distinto con cada uno de los licenciantes. También puede haber acuerdos de licencia procompetitivos cuyo objeto sea generar espacios de libertad de creación. En los sectores en que abundan los derechos de propiedad intelectual y los productos pueden violar derechos de propiedad intelectual existentes y futuros, los acuerdos de licencia por los que las partes acuerdan no ejercer sus derechos de propiedad intelectual en detrimento de la otra parte resultan procompetitivos, toda vez que permiten a las partes desarrollar sus respectivas tecnologías sin el riesgo de ser demandadas por violación de derechos de propiedad intelectual.

- (177) Al hacer la prueba de la indispensabilidad del artículo 53, apartado 3, el Órgano examinará sobre todo si las restricciones individuales hacen posible que la actividad en cuestión se realice de manera más eficiente que en su ausencia. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a las condiciones del mercado y a las circunstancias que afrontan las partes del acuerdo. No se exige a las empresas que invocan el artículo 53, apartado 3, que consideren alternativas hipotéticas y teóricas. Pero sí deben explicar y demostrar por qué resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo alternativas aparentemente realistas y bastante menos restrictivas. Si el resultado de la prueba es que con una alternativa comercialmente realista menos restrictiva se perderían muchas eficiencias, la restricción se considera indispensable. En algunos casos también puede ser necesario determinar si el acuerdo en sí es indispensable para conseguir las eficiencias. Así puede ocurrir, por ejemplo, con los consorcios tecnológicos que incluyen tecnologías complementarias pero no esenciales <sup>(80)</sup>, en cuyo caso hay que determinar hasta qué punto la inclusión de esas tecnologías da lugar a eficiencias concretas o si sin una pérdida significativa de eficiencias se puede limitar el consorcio a las tecnologías para las que no hay sustitutos. Tratándose de un simple acuerdo de licencia entre dos partes, generalmente basta con un examen de si las restricciones individuales son indispensables. Normalmente no hay ninguna alternativa menos restrictiva al acuerdo de licencia en sí.
- (178) La condición de reservar a los consumidores una participación equitativa en los beneficios implica que los consumidores de los productos producidos con la licencia al menos deben ser compensados por los efectos negativos del acuerdo <sup>(81)</sup>. Esto significa que los aumentos de eficiencia deben compensar plenamente el probable impacto negativo del acuerdo sobre los precios y la producción y otros factores pertinentes causados por el acuerdo. Pueden, por ejemplo, modificar la estructura de costes de las empresas afectadas dándoles incentivos para reducir los precios, o puede dar a los consumidores la posibilidad de acceder a productos nuevos o mejorados, compensando así un posible incremento de los precios <sup>(82)</sup>.
- (179) La última condición del artículo 53, apartado 3, a saber, que el acuerdo no ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, presupone un análisis de las presiones competitivas subsistentes en el mercado y del impacto del acuerdo sobre tales fuentes de competencia. Al aplicar la última condición del artículo 53, apartado 3, hay que tener en cuenta la relación entre el artículo 53, apartado 3, y el artículo 54. Conforme a la jurisprudencia reiterada en la materia, la aplicación del artículo 53, apartado 3, no obsta para la aplicación del artículo 54 <sup>(83)</sup>. Es más, dado que tanto el artículo 53 como el 54 persiguen el objetivo de mantener la competencia efectiva en el mercado, por coherencia hay que interpretar que el artículo 53, apartado 3, excluye la aplicación de la excepción a los acuerdos restrictivos que constituyen un abuso de posición dominante <sup>(84)</sup>.
- (180) El hecho de que el acuerdo reduzca sustancialmente una dimensión de la competencia no significa necesariamente que se elimine la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 3. Un consorcio tecnológico, por ejemplo,

<sup>(79)</sup> Citadas en la nota 44. Véanse en particular los apartados 106 y siguientes.

<sup>(80)</sup> Por lo que se refiere a estos conceptos, véase la sección 4.4.1.

<sup>(81)</sup> Véase el apartado 85 de las Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, citadas en la nota 4.

<sup>(82)</sup> Ídem, apartados 98 y 102.

<sup>(83)</sup> Véase, por analogía, el apartado 130 de los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, citada en la nota 4. Del mismo modo, la aplicación del artículo 53, apartado 3, no obsta para la aplicación de las normas del EEE sobre libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. Estas disposiciones son, en determinadas circunstancias, aplicables a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sentido del artículo 53, apartado 1, véase el asunto C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, apartado 120.

<sup>(84)</sup> Véase el asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, p. II-309. Véase, asimismo, el apartado 106 de las Directrices del Órgano sobre la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE citadas en la nota 4.

puede dar nacimiento a una norma industrial que conduzca a una situación de escasa competencia en términos de formato tecnológico. Una vez que los principales operadores del mercado adoptan cierto formato, los efectos de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos. Esto no significa, empero, que la creación de una norma industrial *de facto* siempre elimine la competencia en el sentido de la última condición del artículo 53, apartado 3. Los proveedores pueden seguir compitiendo en precios, calidad y características del producto. Ahora bien, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 53, apartado 3, el acuerdo no debe restringir indebidamente ni la competencia ni la innovación futura.

#### 4.2. Aplicación del artículo 53 a diversos tipos de restricciones de acuerdos de licencia

- (181) Esta sección trata de diversos tipos de restricciones que son habituales en los acuerdos de licencia. Precisamente por ello, resulta conveniente explicar cómo se evalúan fuera de la salvaguardia regulatoria del RECAT. Las restricciones que ya han sido objeto de otras secciones de estas Directrices, en especial las secciones 3.4 y 3.5, solamente se tratan brevemente en esta sección.
- (182) Esta sección abarca tanto los acuerdos entre no competidores como entre competidores. Por lo que se refiere a estos últimos, se distingue, en su caso, entre acuerdos recíprocos y no recíprocos. Esta distinción es innecesaria en el caso de los acuerdos entre no competidores. En efecto, cuando las empresas no son ni competidores reales ni potenciales en un mercado tecnológico de referencia o en un mercado de productos que incorporan la tecnología licenciada, una licencia recíproca en la práctica equivale a dos licencias distintas. La situación es diferente para los acuerdos por los que las partes crean un paquete tecnológico que se licencia a terceros. Tales acuerdos constituyen consorcios tecnológicos, que se tratan en la sección 4.
- (183) Esta sección no se ocupa de las obligaciones de los acuerdos de licencia que generalmente no restringen la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 1. Se trata, entre otras, de las siguientes obligaciones:
- obligaciones de confidencialidad;
  - obligaciones que impiden a los licenciarios conceder sublicencias;
  - obligación de no utilizar los derechos de la tecnología licenciada tras la expiración del acuerdo, siempre que los derechos de la tecnología licenciada sigan siendo válidos y estén vigentes;
  - obligación de ayudar al licenciante a velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia;
  - obligación de pagar un canon mínimo o de producir una cantidad mínima de productos que incorporen la tecnología licenciada; y
  - obligación de utilizar la marca del licenciante o de indicar el nombre del licenciante en el producto.

##### 4.2.1. Obligaciones de pago de cánones

- (184) En principio, las partes de un acuerdo de licencia pueden fijar libremente el canon que ha de pagar el licenciario y el modo de pago sin que el acuerdo quede sujeto al artículo 53, apartado 1. Este principio es válido tanto para los acuerdos entre competidores como entre no competidores. Las obligaciones de pago de cánones pueden adoptar la forma, por ejemplo, de pagos a tanto alzado, un porcentaje del precio de venta o un importe fijo por cada producto que incorpore la tecnología licenciada. Cuando la tecnología licenciada guarda relación con un insumo que se incorpora a un producto final, por regla general el hecho de que los cánones se calculen sobre la base del precio del producto final no restringe la competencia, siempre que dicho producto incorpore la tecnología licenciada<sup>(85)</sup>. En el caso de las licencias sobre programas informáticos, los cánones basados en el número de usuarios o calculados por aparato generalmente son compatibles con el artículo 53, apartado 1.
- (185) En el caso de los acuerdos de licencia entre competidores, hay que tener en cuenta [véanse los apartados (100), (101) y (116)] que en algunas circunstancias, las obligaciones de pago de cánones pueden tener los mismos efectos que la fijación de precios, que se considera una restricción especialmente grave [véase el artículo 4, apartado 1, letra a)]. Es una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra a), el que los competidores establezcan cánones periódicos variables recíprocos en circunstancias en que la licencia es una farsa porque no persigue hacer posible una integración real de tecnologías complementarias u otro objetivo procompetitivo. También es una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, apartado 1, letras a) y d), el que la obligación de pago de cánones se haga extensiva a productos producidos exclusivamente con los derechos de la tecnología del licenciario.

<sup>(85)</sup> Esto se entiende sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 102 del TFUE a la fijación de cánones (véase el asunto 27/76, *United Brands*, apartado 250, véase también el asunto C-385/07 P, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH*, Rec. 2009, p. I-6155, apartado 142).

- (186) Los demás tipos de cánones entre competidores se benefician de la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 % aunque restrinjan la competencia. Fuera del recinto protegido de la exención por categorías, el artículo 53, apartado 1, puede ser de aplicación cuando dos competidores se conceden licencias cruzadas y fijan cánones periódicos variables recíprocos que son claramente desproporcionados con relación al valor de mercado de la licencia y que tienen un impacto significativo sobre los precios de mercado. Para determinar si los cánones son desproporcionados, es necesario evaluar los cánones que pagan otros licenciarios en el mercado de productos por la misma tecnología o tecnologías sustitutivas. En estos casos es muy poco probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.
- (187) Aunque la exención por categorías solamente es aplicable en tanto los derechos de la tecnología licenciada sean válidos y estén vigentes, en principio las partes pueden acordar que las obligaciones de pago de cánones se prolonguen más allá del período de vigencia de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia sin que el acuerdo quede sujeto al artículo 53, apartado 1. A la expiración de estos derechos, la tecnología puede ser explotada legalmente por terceros que pueden competir con las partes del acuerdo. En condiciones normales basta con esta competencia efectiva y potencial para que la obligación en cuestión no tenga efectos anticompetitivos apreciables.
- (188) En el caso de los acuerdos entre no competidores, la exención por categorías cubre los acuerdos que establezcan cánones cuyo importe se calcule teniendo en cuenta tanto los productos producidos con la tecnología licenciada como los productos producidos con tecnologías licenciadas de terceros. Si bien es posible que tales acuerdos faciliten el cálculo de los cánones, también pueden tener efectos de exclusión, al hacer más cara la utilización de insumos de terceros, y por lo tanto, pueden tener efectos similares a los de una obligación de inhibición de la competencia. Si se pagan cánones no solo por los productos producidos con la tecnología licenciada, sino también por los producidos con tecnología de terceros, los cánones encarecen estos últimos productos y reducen la demanda de tecnologías de terceros. Por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías hay que considerar si la restricción tiene efectos de exclusión. Para ello resulta apropiado usar el marco analítico expuesto en la sección 4.2.7. Cuando los efectos de exclusión son apreciables, estos acuerdos están sujetos al artículo 53, apartado 1, y es improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 del mismo artículo, salvo que no haya otra manera práctica de calcular y controlar el pago de los cánones.

#### 4.2.2. *Licencias exclusivas y restricciones de las ventas*

- (189) A efectos de las presentes Directrices resulta conveniente hacer una distinción entre las restricciones de la producción en determinado territorio (licencias exclusivas o únicas) y las restricciones de la venta de productos que incorporan la tecnología licenciada en determinado territorio o a determinado grupo de clientes (restricciones de las ventas).

##### 4.2.2.1. *Licencias exclusivas y únicas*

- (190) Una «licencia exclusiva» significa que el propio licenciario no está autorizado a producir en virtud de los derechos de la tecnología licenciada, ni puede licenciar los derechos de la tecnología licenciada a terceros, en general o para un uso concreto o en un determinado territorio. Esto significa que, en general o para ese uso particular o en ese territorio concreto, el licenciario es el único que puede producir en virtud de los derechos de la tecnología licenciada.
- (191) Cuando el licenciante se compromete a no producir ni conceder licencias a terceros para producir dentro de determinado territorio, este territorio puede abarcar todo el planeta o cualquier parte del mismo. Cuando el licenciante solo se compromete a no conceder a terceros licencias para producir en determinado territorio, la licencia es única. A menudo las licencias exclusivas o únicas van acompañadas de restricciones de las ventas que limitan la capacidad de las partes en cuanto a vender donde quieran los productos que incorporan la tecnología licenciada.
- (192) Los acuerdos de licencia exclusiva recíprocos entre competidores entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra c), del RECAT, que incluye el reparto de mercados entre competidores entre las restricciones especialmente graves. Los acuerdos de licencia única recíprocos entre competidores están, no obstante, amparados por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Estos acuerdos obligan a ambas partes a no conceder a terceros licencias sobre sus tecnologías competidoras. Si las partes tienen un poder de mercado significativo, este tipo de acuerdos puede facilitar las colusiones al convertir a las partes en las únicas fuentes de producción basada en las tecnologías licenciadas del mercado.

- (193) Los acuerdos de licencia exclusiva no recíprocos entre competidores están amparados por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Por encima del umbral de cuota de mercado, hay que analizar los efectos anticompetitivos probables de tales licencias exclusivas. Cuando la licencia exclusiva es de alcance mundial, implica que el licenciante se retira del mercado. Si la exclusiva se limita a un territorio dado, como un Estado miembro, el acuerdo implica que el licenciante se abstiene de producir bienes y servicios en dicho territorio. En el contexto del artículo 53, apartado 1, hay que evaluar especialmente la importancia competitiva del licenciante. Si el licenciante tiene una cuota de mercado limitada en el mercado de productos o no está capacitado para explotar la tecnología en el territorio del licenciataria, es poco probable que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Existe un caso especial cuando el licenciante y el licenciataria solo compiten en el mercado tecnológico y el licenciante, por ejemplo un instituto de investigación o una pequeña empresa de investigación, no cuenta con activos de producción y distribución para comercializar productos que incorporen la tecnología licenciada. En estos casos es improbable que se infrinja el artículo 53, apartado 1.
- (194) Es probable que los acuerdos de licencia exclusiva entre no competidores que entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1 <sup>(86)</sup> cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo artículo. Por regla general, el derecho a conceder una licencia exclusiva es indispensable para inducir al licenciataria a invertir en la tecnología licenciada y comercializar los productos a su debido tiempo. Es lo que ocurre sobre todo cuando el licenciataria tiene que hacer cuantiosas inversiones para desarrollar aún más la tecnología licenciada. Retirar la exclusiva al licenciataria una vez que haya conseguido que la tecnología licenciada sea un éxito, equivale a privarle del fruto de su esfuerzo, en detrimento de la competencia, la difusión de las tecnologías y la innovación. Por consiguiente, el Órgano solo intervendrá en casos excepcionales, independientemente del alcance territorial de la licencia.
- (195) Sin embargo, si el licenciataria ya posee una tecnología sustitutiva para la producción propia, la licencia exclusiva puede no ser necesaria para incentivar al licenciataria a comercializar un producto. En tal caso, la licencia exclusiva puede estar en el ámbito del artículo 53, apartado 1, en particular cuando el licenciataria tiene poder de mercado en el mercado de producto. Su intervención puede estar justificada sobre todo en los casos en que un licenciataria dominante obtiene una licencia exclusiva sobre una o más tecnologías competidoras. Es probable que tales acuerdos entren dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, y hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del mismo artículo. No obstante, para que se aplique el artículo 53, apartado 1, tendrá que haber importantes barreras de entrada en el mercado y la tecnología licenciada tendrá que ser una fuente real de competencia en el mercado. Cuando se dan estas circunstancias, una licencia exclusiva puede excluir a terceros licenciataria, aumentar las barreras de entrada y permitir que el licenciataria preserve su poder de mercado.
- (196) Los acuerdos por los que dos o más partes se conceden licencias cruzadas y se comprometen a no conceder licencias a terceros plantean problemas especiales cuando el paquete de tecnologías resultante de las licencias cruzadas crea, *de facto*, una norma industrial a la que es preciso tener acceso para competir eficazmente en el mercado. En estos casos, el acuerdo crea una norma cerrada reservada a las partes. El Órgano evaluará tales acuerdos siguiendo los mismos principios que aplica a los consorcios tecnológicos (sección 4.4). En principio exigirá que se concedan a terceros, en condiciones razonables y no discriminatorias, licencias sobre las tecnologías en que se basa la norma <sup>(87)</sup>. Si las partes compiten con terceros en un mercado de productos ya existente y los acuerdos de licencia se refieren a ese mercado de productos, resulta probable que la norma cerrada tenga unos efectos de exclusión considerables. Este impacto negativo sobre la competencia solamente puede evitarse concediendo licencias a terceros.

#### 4.2.2.2. Restricciones de las ventas

- (197) También en el caso de las restricciones de las ventas hay que hacer una distinción importante entre las licencias entre competidores y las licencias entre no competidores.
- (198) Las restricciones de las ventas activas y pasivas de una o ambas partes en un acuerdo recíproco entre competidores son restricciones especialmente graves en virtud del artículo 4, apartado 1, letra c), del RECAT. Tales restricciones de las ventas están sujetas al artículo 53, apartado 1, y es improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. Tales restricciones se consideran generalmente asimilables al reparto del mercado, ya que impiden a la parte afectada efectuar ventas activas o pasivas en territorios en los que estaba presente o podía haberse introducido o a grupos de clientes a los que vendía o podía haber vendido.

<sup>(86)</sup> Véase la sentencia *Nungesser*, citada en la nota 15.

<sup>(87)</sup> Véase la Comunicación de la Comisión en el asunto Canon/Kodak (DO C 330 de 1.11.1997, p. 10) y el asunto IGR Stereo Television, mencionado en el XI Informe sobre la política de competencia, punto 94.

- (199) En el caso de los acuerdos no recíprocos entre competidores, la exención por categorías cubre las restricciones de las ventas activas y pasivas del licenciario o del licenciante en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes reservado para la otra parte [véase el artículo 4, apartado 1, letra c), inciso i) del RECATT]. Por encima del umbral de cuota de mercado del 20 %, las restricciones de las ventas entre licenciario y licenciante están sujetas al artículo 53, apartado 1, cuando una o ambas partes gozan de un poder de mercado significativo. Con todo, estas restricciones pueden ser indispensables para la difusión de tecnologías muy valiosas, por lo que es posible que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3. Así puede suceder, por ejemplo, si el licenciante tiene una posición de mercado relativamente débil en el territorio en el que explota la tecnología. En tales circunstancias puede ser necesario incluir restricciones, especialmente de las ventas activas, para convencer al propietario de la tecnología de que la licencie. Sin tales restricciones, correría el riesgo de tener que competir con el licenciario en su principal área de actividad. Del mismo modo, también puede ser necesario establecer restricciones respecto de las ventas del licenciante, especialmente si el licenciario tiene una posición de mercado relativamente débil en el territorio que se le asigna y tiene que hacer importantes inversiones para explotar la tecnología licenciada de manera eficiente.
- (200) La exención por categorías también cubre las restricciones de las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes asignado a otro licenciario, a condición de que este no fuese un competidor del licenciante en la fecha de conclusión de su propio acuerdo de licencia con el licenciante. Ahora bien, esto solo ocurre cuando el acuerdo no es recíproco [véase el artículo 4, apartado 1, letra c), inciso ii), del RECATT]. Por encima del umbral de cuota de mercado es probable que tales restricciones de las ventas activas entren dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, si las partes gozan de un poder de mercado significativo. No obstante, es probable que la restricción sea indispensable en el sentido del artículo 53, apartado 3, durante el tiempo necesario para que el licenciario protegido entre en un nuevo mercado y consiga estar presente en el territorio o grupo de clientes que se le haya asignado. Esta protección de las ventas activas permite al licenciario superar la situación de asimetría en que se encuentra por el hecho de que algunos de los licenciarios sean empresas competidoras y ya estén, pues, establecidos en el mercado. Las restricciones de las ventas pasivas de los licenciarios en un territorio o a un grupo de clientes asignados a otro licenciario son restricciones especialmente graves en virtud del artículo 4, apartado 1, letra c), del RECATT.
- (201) En el caso de los acuerdos entre no competidores, las restricciones de las ventas entre el licenciante y un licenciario están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Por encima del umbral de cuota de mercado, las restricciones de las ventas activas y pasivas de los licenciarios en territorios o a grupos de clientes reservados exclusivamente al licenciante pueden ser indispensables para la difusión de tecnologías muy valiosas y, por lo tanto, no entrar en el ámbito del artículo 53, apartado 1, o cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3. Este puede ser el caso, por ejemplo, si el licenciante tiene una posición de mercado relativamente débil en el territorio en el que explota la tecnología. En tales circunstancias puede ser necesario incluir restricciones, especialmente de las ventas activas, para convencer al propietario de la tecnología de que la licencie. Sin tales restricciones, correría el riesgo de tener que competir con el licenciario en su principal área de actividad. En otros casos, las restricciones de las ventas del licenciario pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, y pueden no cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3. Este es probablemente el caso si el licenciante tiene individualmente un grado significativo de poder de mercado o en caso de efecto acumulativo de acuerdos similares concluidos por licenciantes que juntos gozan de una posición de mercado fuerte.
- (202) Cuando entran en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, hay muchas probabilidades de que las restricciones de las ventas del licenciante cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3, salvo que no haya alternativas reales a la tecnología del licenciante en el mercado o las alternativas estén licenciadas al licenciario por terceros. Es probable que tales restricciones, y en especial las restricciones de las ventas activas, sean indispensables en el sentido del artículo 53, apartado 3, para inducir al licenciario a invertir en la producción, comercialización y venta de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Parece lógico suponer que el licenciario tendría menos incentivos para invertir si se enfrentase a la competencia directa del licenciante, cuyos costes de producción no están gravados por el pago de un canon, situación que posiblemente se traduciría en un nivel de inversión inferior al óptimo.
- (203) En cuanto a las restricciones de las ventas entre licenciarios en acuerdos entre no competidores, el RECATT exige las restricciones de las ventas activas entre territorios o grupos de clientes. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, las restricciones de las ventas activas entre los territorios y grupos de clientes de los licenciarios limitan la competencia intratecnológica y es probable que entren dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, si el licenciario individual tiene un grado significativo de poder de mercado. Ahora bien, tales restricciones pueden cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3, si son necesarias para evitar el parasitismo e inducir al licenciario a hacer las inversiones necesarias para explotar de manera eficiente la tecnología licenciada dentro de su territorio y para fomentar las ventas del producto objeto de la licencia. Las restricciones de las ventas pasivas están incluidas en la lista de restricciones especialmente graves del artículo 4, apartado 2, letra b), del RECATT [véanse los apartados (119) a (127)].

#### 4.2.3. Restricciones de la producción

- (204) Las restricciones de la producción de los acuerdos de licencia entre competidores son restricciones especialmente graves según lo expuesto en el artículo 4, apartado 1, letra b), del RECAT [véase el apartado (103)]. El artículo 4, apartado 1, letra b), no cubre las restricciones de la producción sobre la tecnología del licenciante impuestas al licenciatario en un acuerdo no recíproco ni las restricciones de la producción impuestas a tan solo uno de los licenciatarios en un acuerdo recíproco. Tales restricciones están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Por encima del umbral de cuota de mercado las restricciones de la producción del licenciatario pueden restringir la competencia si las partes tienen un grado significativo de poder de mercado. No obstante, en los casos en que la tecnología del licenciante es considerablemente mejor que la tecnología del licenciatario y la producción máxima permitida rebasa ampliamente la producción que tenía el licenciatario antes de celebrarse el acuerdo lo más probable es que sea aplicable el artículo 53, apartado 3. En estos casos, el efecto de la limitación de la producción es limitado, incluso en los mercados en que crece la demanda. A efectos de la aplicación del artículo 53, apartado 3, también hay que tener presente que estas restricciones pueden ser necesarias para inducir al licenciante a difundir su tecnología lo más posible. Así, por ejemplo, un licenciante puede mostrarse reacio a conceder licencias a sus competidores si no puede limitar la licencia a un único centro de producción de una capacidad específica (licencia de emplazamiento). Cuando el acuerdo de licencia permite la integración real de activos complementarios, las restricciones de la producción de los licenciatarios pueden, pues, cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3. Ahora bien, es poco probable que ello ocurra si las partes gozan de un poder de mercado considerable.
- (205) Las restricciones de la producción de los acuerdos de licencia entre no competidores están cubiertas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. El principal efecto anticompetitivo que pueden producir las restricciones de la producción de los licenciatarios en el caso de los acuerdos entre no competidores es reducir la competencia intratecnología entre licenciatarios. La importancia de estos efectos anticompetitivos depende de la posición de mercado del licenciante y los licenciatarios y de si la restricción de la producción impide al licenciatario satisfacer la demanda de productos que incorporan la tecnología licenciada.
- (206) Cuando las restricciones de la producción se combinan con territorios exclusivos o grupos exclusivos de clientes, se intensifican los efectos restrictivos. La combinación de los dos tipos de restricciones hace más probable que el acuerdo sirva para compartimentar los mercados.
- (207) Las limitaciones de la producción impuestas al licenciatario en acuerdos entre no competidores también pueden tener efectos procompetitivos, ya que pueden favorecer la difusión de la tecnología. En cuanto proveedor de tecnología, en principio el licenciante debería ser libre de determinar qué producción puede producir el licenciatario con la tecnología licenciada. Si no se permitiese al licenciante fijar la producción del licenciatario, muchos acuerdos de licencia quizá no llegasen a celebrarse, con el consiguiente perjuicio en términos de difusión de la nueva tecnología. Las probabilidades de que esto ocurra son especialmente altas cuando el licenciante es, además, fabricante, ya que en tal caso la producción del licenciatario puede acabar en su área principal de venta y, por consiguiente, puede afectar a sus actividades. Por otro lado, las probabilidades de que las restricciones de producción sean necesarias para conseguir la difusión de la tecnología del licenciante son menores cuando dichas restricciones van acompañadas de restricciones de ventas por las que se prohíbe al licenciatario vender en un territorio o a un grupo de clientes reservado al licenciante.

#### 4.2.4. Restricciones de sector de aplicación

- (208) Una restricción de sector de aplicación limita la licencia a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos o sectores industriales. Un sector industrial puede incluir varios mercados de productos pero no parte de un mercado de productos. Hay muchos casos en los que la misma tecnología puede utilizarse para producir distintos productos o puede incorporarse a productos pertenecientes a mercados de productos diferentes. Una tecnología de moldeado nueva puede servir, por ejemplo, para hacer tanto botellas como vasos de plástico, que son productos que pertenecen a mercados de productos distintos. Sin embargo, un mismo producto puede abarcar varios sectores técnicos de aplicación. Por ejemplo, una tecnología de motores nueva puede aplicarse tanto en motores de cuatro cilindros como en motores de seis cilindros. De igual modo, una tecnología de fabricación de juegos de chips puede utilizarse para producir juegos de chips de hasta cuatro UCP y de más de cuatro UCP. Una licencia que limita la utilización de la tecnología licenciada a la fabricación de motores de cuatro cilindros o de juegos de chips de cuatro UCP constituye una restricción de sector técnico de aplicación.

- (209) Habida cuenta de que las restricciones de sector de aplicación están cubiertas por la exención por categorías y dado que determinadas restricciones de la clientela son restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c), y al artículo 4, apartado 2, letra b), importa distinguir dos categorías de restricciones. Una restricción de la clientela presupone que se delimitan determinados grupos de clientes y se restringen las ventas de las partes a esos grupos de clientes. El hecho de que una restricción de sector técnico de aplicación corresponda a determinados grupos de clientes de un mercado de productos no significa que tal restricción deba tener la consideración de restricción de la clientela. Por poner un ejemplo, el hecho de que determinados clientes compren sobre todo o exclusivamente juegos de chips de más de cuatro UCP no significa que una licencia limitada a los juegos de chips de más de cuatro UCP constituya una restricción de la clientela. Ahora bien, el sector de aplicación ha de ser definido de manera objetiva atendiendo a características técnicas del producto contractual importantes y bien definidas.
- (210) Debido a que algunas restricciones a la producción son restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra b), del RECAT, es importante observar que las restricciones de sector de aplicación no se consideran restricciones de producción ya que una restricción de sector de aplicación no limita la producción que el licenciatario puede producir dentro del sector de aplicación licenciado.
- (211) Una restricción de sector de aplicación limita la explotación de la tecnología licenciada por el licenciatario a uno o más sectores de aplicación concretos sin limitar la capacidad del licenciante de explotar la tecnología licenciada. Además, como los territorios, estos sectores de aplicación pueden ser asignados al licenciatario en virtud de una licencia única o exclusiva. Combinadas con una licencia exclusiva o única, las restricciones de sector de aplicación también limitan la capacidad del licenciante de explotar su propia tecnología, impidiéndole que la explote él mismo, incluso mediante la concesión de licencias a terceros. Si se trata de una licencia única, solo se restringe la capacidad del licenciante de conceder licencias a terceros. Las restricciones de sector de aplicación combinadas con licencias exclusivas o únicas se tratan de la misma manera que las licencias exclusivas y únicas en la sección 4.2.2. Esto significa, en particular, que tratándose de acuerdos entre competidores los acuerdos de licencia exclusiva recíprocos son restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c).
- (212) Las restricciones de sector de aplicación pueden tener efectos procompetitivos al inducir al licenciante a licenciar su tecnología para aplicaciones ajenas a su área principal de actividad. Si no se permitiese al licenciante impedir que los licenciatarios operen en los sectores en que él también explota la tecnología o en sectores en que todavía no se conoce con seguridad el valor de la tecnología, seguramente se mostraría menos propenso a conceder licencias o aplicaría unos cánones más elevados. También hay que tener en cuenta que en determinados sectores frecuentemente las licencias buscan generar espacios de libertad de creación conjurando posibles demandas por violación de patente. El licenciatario puede así desarrollar su propia tecnología dentro de los límites de la licencia, sin peligro de que el licenciante le acuse de violación de su tecnología.
- (213) Las restricciones de sector de aplicación de los acuerdos de licencia entre competidores efectivos o potenciales están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. El principal problema de competencia que pueden plantear estas restricciones es el riesgo de que el licenciatario deje de ser una fuente de competencia fuera del sector de aplicación objeto de la licencia. El riesgo es mayor en el caso de las licencias cruzadas entre competidores cuando el acuerdo impone restricciones de sector de aplicación asimétricas. Una restricción de sector de aplicación es asimétrica cuando una de las partes es autorizada a utilizar la tecnología licenciada dentro de un sector industrial, mercado de productos o sector técnico de aplicación y la otra es autorizada a utilizar la otra tecnología licenciada dentro de otro sector industrial, mercado de productos o sector técnico de aplicación. Pueden plantearse problemas de competencia particularmente cuando las instalaciones de producción del licenciatario, provistas de los equipos necesarios para utilizar la tecnología licenciada, también se utilizan para producir con tecnología del licenciatario productos que no pertenecen al sector de aplicación licenciado. Si es probable que el acuerdo induzca al licenciatario a reducir su producción fuera del sector de aplicación objeto de la licencia, entonces es probable que entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Normalmente las restricciones de sector de aplicación simétricas, esto es, los acuerdos por los que cada una de las dos partes autoriza a la otra a utilizar sus tecnologías dentro del mismo o los mismos sectores de aplicación, no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Generalmente este tipo de acuerdos no restringe la competencia que existía previamente. Tampoco es probable

que el artículo 53, apartado 1, sea aplicable a los acuerdos que tan solo permiten al licenciatarario desarrollar y explotar su propia tecnología dentro de los límites de la licencia sin peligro de que el licenciante le acuse de violación de su tecnología. En tales circunstancias, las restricciones de sector de aplicación no restringen por sí solas la competencia previamente existente. A falta del acuerdo, el licenciatarario también corría el riesgo de ser objeto de demandas fuera del sector de aplicación licenciado. Sin embargo, si sin justificación comercial el licenciatarario reduce o pone fin a sus actividades fuera del sector de aplicación licenciado, ello puede ser señal de la existencia de un acuerdo de reparto del mercado que equivale a una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c), del RECATT.

- (214) Las restricciones de sector de aplicación impuestas al licenciatarario y al licenciante en acuerdos entre no competidores se benefician de la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Las restricciones de sector de aplicación en acuerdos entre no competidores por las que el licenciante se reserva uno o más mercados de productos o sectores técnicos de aplicación generalmente o no restringen la competencia o generan eficiencias. Favorecen la difusión de tecnologías nuevas porque inducen al titular de las mismas a conceder licencias de explotación en sectores en que prefiere no explotarlas él mismo. Si no se permitiese al licenciante impedir que los licenciatararios operen en los sectores en que él también explota la tecnología, este seguramente se mostraría menos propenso a conceder licencias.
- (215) En los acuerdos entre no competidores, en principio el licenciante también tiene derecho a conceder licencias únicas o exclusivas a distintos licenciatararios limitadas a uno o más sectores de aplicación. Tales restricciones limitan la competencia intratecnología entre licenciatararios de la misma manera que las licencias exclusivas y se analizan del mismo modo (véase la sección 4.2.2.1).

#### 4.2.5. Restricciones de uso cautivo

- (216) Una restricción de uso cautivo es una obligación por la que el licenciatarario tiene que limitar su producción del producto licenciado a las cantidades necesarias para la fabricación y para el mantenimiento y reparación de sus propios productos. En otras palabras, este tipo de restricción de uso consiste en la obligación que tiene el licenciatarario de utilizar los productos que incorporan la tecnología licenciada únicamente como insumos para su propia producción; no cubre la venta del producto objeto de la licencia para su incorporación en los productos de otros productores. Las restricciones de uso cautivo están amparadas por la exención por categorías hasta los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 %. Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías, es necesario examinar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la restricción. A este respecto, es preciso distinguir entre acuerdos entre no competidores y acuerdos entre competidores.
- (217) En el caso de los acuerdos de licencia entre competidores, cabe señalar que una restricción que obliga al licenciatarario a destinar su producción bajo licencia exclusivamente a la incorporación en sus propios productos impide a dicho licenciatarario ofrecer componentes a terceros productores. Si antes del acuerdo el licenciatarario no era un proveedor efectivo o potencial de otros productores, la restricción de uso cautivo no supone cambio alguno. En tales circunstancias, la restricción se evalúa de la misma manera que en el caso de los acuerdos entre no competidores. Si, por el contrario, el licenciatarario es un proveedor efectivo o potencial de componentes, es necesario determinar qué impacto tiene el acuerdo en esa actividad. Si al equiparse con lo necesario para utilizar la tecnología del licenciante, el licenciatarario deja de utilizar su tecnología de manera autónoma y, por lo tanto, deja de ser un proveedor de componentes, el acuerdo restringe la competencia que existía previamente. Si el licenciante tiene un grado significativo de poder de mercado, el acuerdo puede tener graves efectos negativos sobre el mercado.
- (218) En el caso de los acuerdos de licencia entre no competidores, las restricciones de uso cautivo plantean principalmente dos riesgos competitivos: la restricción de la competencia intratecnología en el mercado de suministro de insumos, y la supresión del arbitraje entre licenciatararios, lo que aumenta las posibilidades del licenciante de aplicar cánones discriminatorios a los licenciatararios.
- (219) Las restricciones de uso cautivo también pueden, no obstante, fomentar la concesión de licencias procompetitivas. Si el licenciante es un proveedor de componentes, la restricción puede ser necesaria para garantizar la difusión de tecnología entre no competidores. Sin la restricción el licenciante acaso no se atreviese a conceder la licencia o lo hiciese exigiendo unos cánones más elevados porque, de lo contrario, se crearía una competencia directa en el mercado de componentes. En tales casos, una restricción de uso cautivo en principio no es restrictiva de la competencia o está cubierta por el artículo 53, apartado 3. Ahora bien, es condición imprescindible que el licenciatarario sea libre de vender el producto objeto de la licencia como recambio para sus propios productos. Esto significa que el licenciatarario debe ser libre de abastecer el mercado postventa de sus propios productos, incluidas las organizaciones independientes que prestan servicios de mantenimiento y reparación de los productos producidos por él.
- (220) Cuando el licenciante no es un proveedor de componentes en el mercado de referencia, no cabe alegar la razón antes mencionada para imponer restricciones de uso cautivo. En tales casos, una restricción de uso cautivo puede fomentar, en principio, la difusión de la tecnología garantizando que los licenciatararios no puedan vender a productores que compitan con el licenciante en otros mercados. Sin embargo, una restricción que obligue al licenciatarario a no vender a ciertos grupos de clientes reservados al licenciante suele ser una alternativa menos restrictiva. Por lo tanto, en estos casos una restricción de uso cautivo generalmente no es necesaria para garantizar la difusión de la tecnología.

#### 4.2.6. Vinculación y agrupación

- (221) En las licencias de tecnología hay vinculación cuando el licenciante impone al licenciario como condición para la transferencia de cierta tecnología (producto vinculante) la obtención de otra licencia relativa a otra tecnología o la compra de un producto suyo o de un tercero por él designado (producto vinculado). Cabe hablar de agrupación cuando dos tecnologías o una tecnología y un producto solo se venden juntos en un mismo paquete. En ambos casos tiene que tratarse de productos y tecnologías distintas, es decir, cada producto y tecnología vinculado o agrupado tiene que tener su propia demanda distinta. No suele ser el caso cuando las tecnologías o los productos están vinculados necesariamente de manera tal que no es posible explotar la tecnología licenciada sin el producto vinculado o cuando ninguna de las dos partes del paquete puede ser explotada sin la otra. En adelante, el término «vinculación» hace referencia tanto a la vinculación como a la agrupación.
- (222) El artículo 3 del RECAT, que limita la aplicación de la exención por categorías por medio de umbrales de cuota de mercado, garantiza que tales acuerdos no quedan cubiertos por la exención por encima de los umbrales de cuota de mercado del 20 %, en el caso de los acuerdos entre competidores, y del 30 % en el caso de los acuerdos entre no competidores. Los umbrales de cuota de mercado se aplican a cualquier mercado tecnológico o de productos afectado por el acuerdo de licencia, incluido el mercado del producto vinculado. Por encima del umbral de cuota de mercado, es preciso que los efectos anticompetitivos queden compensados por los efectos procompetitivos de la vinculación.
- (223) El principal efecto restrictivo de la vinculación es la exclusión de otros proveedores del producto vinculado. Pero también puede permitir al licenciante mantener su poder de mercado en el mercado del producto vinculante aumentando las barreras de entrada, ya que la vinculación puede obligar a los competidores potenciales a entrar en varios mercados a la vez. Además, la vinculación también puede permitir al licenciante subir los cánones, especialmente si el producto vinculante y el producto vinculado son parcialmente sustituibles y los dos productos no se utilizan en una proporción fija. La vinculación impide al licenciario cambiar de insumos en respuesta a una subida del canon que paga por el producto vinculante. Estos problemas de competencia son independientes del hecho de que las partes del acuerdo sean o no competidores. Para que la vinculación produzca efectos anticompetitivos, el licenciante ha de tener un grado significativo de poder de mercado respecto del producto vinculante, de manera que pueda restringir la competencia en el producto vinculado. A falta de poder de mercado en el producto vinculante, el licenciante no puede servirse de su tecnología con el fin anticompetitivo de excluir del mercado a los proveedores del producto vinculado. Además, como en el caso de las obligaciones de inhibición de la competencia, la vinculación debe cubrir cierta proporción del mercado del producto vinculado para que se produzcan efectos de exclusión apreciables. Cuando el licenciante tiene poder de mercado en el mercado del producto vinculado en lugar de en el mercado del producto vinculante, la restricción se analiza como una cláusula de inhibición de la competencia o como una imposición cuantitativa, dado que cualquier problema de competencia tendrá su origen en el mercado del producto «vinculado» y no en el mercado del producto «vinculante» <sup>(88)</sup>.
- (224) La vinculación también puede generar eficiencias. Así ocurre, por ejemplo, cuando el producto vinculado es indispensable para una explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o para garantizar que la producción bajo licencia se ajusta a las normas de calidad respetadas por el licenciante y otros licenciarios. En estos casos, la vinculación no restringe en principio la competencia o puede acogerse al artículo 53, apartado 3. En los casos en que los licenciarios utilizan la marca del licenciante o a los consumidores les resulta evidente por cualquier otro motivo que hay un vínculo entre el producto que incorpora la tecnología licenciada y el licenciante, este tiene un interés legítimo en asegurarse de que los productos sean de calidad suficiente para no ver devaluada su tecnología o su reputación como operador económico. Además, cuando los consumidores saben que los licenciarios (y el licenciante) producen con la misma tecnología, hay pocas probabilidades de que los licenciarios acepten una licencia si la tecnología no es explotada por todos de manera técnicamente satisfactoria.
- (225) La vinculación también puede tener efectos procompetitivos si el producto vinculado permite al licenciario explotar la tecnología licenciada con bastante más eficacia. Por poner un ejemplo, si el licenciante licencia una tecnología de procesos concreta, las partes pueden acordar que el licenciario compre al licenciante un catalizador diseñado para su uso con la tecnología licenciada que permita explotarla de manera más eficiente que otros catalizadores. Cuando en estos casos la restricción está sujeta al artículo 53, apartado 1, hay muchas probabilidades de que se cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, incluso por encima de los umbrales de cuota de mercado.

<sup>(88)</sup> Por lo que atañe al marco analítico aplicable, véanse la sección 4.2.7 de las presentes Directrices y los apartados 129 y ss. de las Directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 44.

#### 4.2.7. Obligaciones de inhibición de la competencia

- (226) En las licencias de tecnología, las obligaciones de inhibición de la competencia adoptan la forma de obligación del licenciatarario de no utilizar tecnologías de terceros que compitan con la tecnología licenciada. Las obligaciones de inhibición de la competencia que cubren un producto o una tecnología adicional suministrada por el licenciante se tratan conforme a lo expuesto en la sección 4.2.6 sobre vinculación.
- (227) El RECATT exime las obligaciones de inhibición de la competencia tanto en el caso de los acuerdos entre competidores como en el de los acuerdos entre no competidores, hasta los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 % respectivamente.
- (228) El principal riesgo competitivo que plantean las obligaciones de inhibición de la competencia es la exclusión de tecnologías de terceros. Estas obligaciones también pueden facilitar las colusiones entre licenciantes cuando varios licenciantes las utilizan en acuerdos distintos (esto es, en caso de uso acumulativo). La exclusión de tecnologías competidoras reduce la presión competitiva sobre los cánones aplicados por el licenciante y restringe la competencia entre las tecnologías presentes en el mercado, limitando las posibilidades que tienen los licenciatarios de cambiar de tecnología. Como en ambos casos el principal problema es la exclusión, en principio el análisis puede ser el mismo para los acuerdos entre competidores que para los acuerdos entre no competidores. Con todo, en el caso de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores en que ambas partes se comprometen a no utilizar tecnologías de terceros, el acuerdo puede facilitar la colusión entre ellas en el mercado de productos, circunstancia que justifica la aplicación del umbral de cuota de mercado del 20 %.
- (229) La exclusión puede producirse en situaciones en que una proporción sustancial de los licenciatarios potenciales se encuentra vinculada a una o, en el caso de los efectos acumulativos, más fuentes de tecnología y no puede explotar tecnologías competidoras. Los efectos de exclusión pueden ser el resultado de acuerdos concluidos por un único licenciante que tenga un grado significativo de poder de mercado o de la acumulación de acuerdos concluidos por varios licenciantes, incluso si cada uno de los acuerdos o red de acuerdos está cubierto por el RECATT. En este último caso, es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave en tanto menos del 50 % del mercado esté vinculado a cierta tecnología. Por encima de ese umbral es probable que se produzcan efectos de exclusión significativos si los licenciatarios potenciales se enfrentan a unas barreras de entrada relativamente altas. Si las barreras de entrada son poco importantes, pueden entrar en el mercado nuevos licenciatarios que exploten comercialmente tecnologías de terceros, erigiéndose así en una alternativa real a los licenciatarios ya establecidos en el mercado. Para determinar las posibilidades reales de que se produzca la entrada y expansión de terceros, también hay que tener en cuenta en qué medida están los distribuidores vinculados a los licenciatarios por obligaciones de inhibición de la competencia. Las tecnologías de terceros solamente tienen posibilidades reales de entrar en el mercado si tienen acceso a los activos de producción y distribución necesarios. En otras palabras, la entrada en el mercado no solo depende de que haya licenciatarios sino también del grado de acceso a la distribución que tengan. Para evaluar los efectos de exclusión a nivel de distribución, el Órgano aplicará el marco analítico establecido en la sección VI.2.1 de las Directrices del Órgano sobre Restricciones Verticales <sup>(89)</sup>.
- (230) Cuando el licenciante tiene un grado significativo de poder de mercado, las obligaciones de los licenciatarios de utilizar únicamente la tecnología del licenciante pueden producir efectos de exclusión significativos. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del licenciante, mayor será el riesgo de exclusión de las tecnologías competidoras. Para que se produzcan efectos de exclusión apreciables, las obligaciones de inhibición de la competencia no tienen por qué cubrir necesariamente una parte sustancial del mercado. Aunque no medie tal cobertura, las obligaciones de inhibición de la competencia pueden producir efectos de exclusión apreciables si los sujetos pasivos de las mismas son precisamente las empresas que con mayor seguridad habrían concedido licencias de tecnologías competidoras. El riesgo de exclusión es especialmente alto cuando solamente hay un número limitado de licenciatarios potenciales y el acuerdo de licencia tiene por objeto una tecnología que los licenciatarios utilizan para producir un insumo para su propio uso. En estos casos las barreras de entrada para un nuevo licenciante probablemente resulten muy altas. El riesgo de exclusión puede ser menor cuando la tecnología se utiliza para producir un producto que se vende a terceros. Aunque en tal caso la restricción también vincula la capacidad de producción en cuestión, no vincula la demanda posterior de los licenciatarios. En este último caso, para entrar en el mercado, los licenciantes solamente necesitan tener acceso a uno o más licenciatarios que tengan una capacidad de producción adecuada. A menos que solamente unas pocas empresas posean o puedan conseguir los activos necesarios para obtener una licencia, es poco probable que el licenciante consiga cerrar el acceso de los competidores a los licenciatarios eficientes imponiendo obligaciones de inhibición de la competencia a sus licenciatarios.
- (231) Las obligaciones de inhibición de la competencia también pueden producir efectos procompetitivos. En primer lugar, estas obligaciones pueden fomentar la difusión de la tecnología reduciendo el riesgo de apropiación indebida de la tecnología licenciada, en especial de los conocimientos técnicos. Si se da al licenciatarario el derecho

<sup>(89)</sup> Véase la nota 44.

a utilizar tecnologías competidoras de terceros, se corre el riesgo de que se utilicen conocimientos técnicos licenciados en la explotación de tecnologías competidoras y se beneficie así a competidores. Además, cuando un licenciataria también explota tecnologías competidoras, generalmente se hace más difícil controlar el pago de los cánones, lo que puede inducir a los propietarios de tecnologías a no licenciarlas.

- (232) En segundo lugar, las obligaciones de inhibición de la competencia, posiblemente acompañadas de un territorio exclusivo, pueden ser necesarias para que el licenciataria tenga suficientes incentivos para invertir y explotar la tecnología licenciada de manera efectiva. Si el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, porque tiene efectos de exclusión apreciables, para que se beneficie del apartado 3 de dicho artículo puede ser necesario optar por una alternativa menos restrictiva, como por ejemplo imponer unas obligaciones mínimas en materia de producción o cánones, obligaciones que encierran un menor riesgo de exclusión de las tecnologías competidoras.
- (233) En tercer lugar, si el licenciante se compromete a hacer considerables inversiones para un cliente concreto, por ejemplo, en formación y adaptación de la tecnología licenciada a las necesidades del licenciataria, las obligaciones de inhibición de la competencia o las obligaciones que fijen una producción mínima o unos cánones mínimos pueden ser necesarias para inducir al licenciante a acometer la inversión y evitar problemas de cautividad. No obstante, en la mayoría de los casos el licenciante puede recuperar directamente tales inversiones exigiendo el pago de un importe a tanto alzado, lo que significa que hay alternativas menos restrictivas.

#### 4.3. Acuerdos de resolución de conflictos

- (234) Las licencias de derechos de tecnología en acuerdos de resolución de conflictos pueden utilizarse para resolver diferencias o evitar que una de las partes del acuerdo se valga de sus derechos de propiedad intelectual para impedir que la otra explore sus propios derechos de tecnología <sup>(90)</sup>.
- (235) Los acuerdos de resolución de conflictos en el contexto de los litigios de tecnología son en principio, como en muchos otros ámbitos de conflictos comerciales, una forma legítima de encontrar un compromiso mutuamente aceptable para un desacuerdo jurídico de buena fe. Las partes pueden preferir no seguir con el conflicto o el litigio, por resultar demasiado costoso, lento o incierto en cuanto a su resultado. Los acuerdos también pueden ahorrar a los tribunales u órganos administrativos competentes esfuerzos a la hora de decidir sobre el asunto y, por consiguiente, pueden dar lugar a beneficios que refuercen el bienestar. Por otra parte, es de interés público general eliminar los derechos de propiedad intelectual inválidos como obstáculo inútil a la innovación y la actividad económica <sup>(91)</sup>.
- (236) La concesión de licencias, incluidas las recíprocas, en el marco de acuerdos de resolución de conflictos no es, en sí, restrictiva de la competencia, ya que permite a las partes explotar sus tecnologías una vez concluido el acuerdo. En los casos en que, a falta de licencia, es posible que el licenciataria quede excluido del mercado, el acceso a la tecnología en cuestión para el licenciataria por medio de un acuerdo de resolución de conflictos no está generalmente incluido en el ámbito del artículo 53, apartado 1.
- (237) Sin embargo, las condiciones individuales de los acuerdos de resolución de conflictos pueden estar sujetas al artículo 53, apartado 1. La concesión de licencias en el contexto de acuerdos de resolución de conflictos se trata de la misma manera que otros acuerdos de licencias <sup>(92)</sup>. En estos casos, es particularmente necesario evaluar si las partes son competidores reales o potenciales.

#### Restricción de pago en los acuerdos de resolución de conflictos

- (238) Los acuerdos de resolución de conflictos de tipo «restricción de pago» o «retraso en el pago» a menudo no implican transferencia de derechos de tecnología, sino que se basan en una transferencia de valor de una parte a cambio de una limitación en la entrada o expansión en el mercado de la otra parte, y pueden entrar en el ámbito del artículo 53, apartado 1 <sup>(93)</sup>.

<sup>(90)</sup> El RECAT y las Directrices se entienden sin perjuicio de la aplicación del artículo 53 a los acuerdos de resolución de conflictos que no contengan un acuerdo de licencia.

<sup>(91)</sup> Véase el asunto 193/83, *Windsurfing/Comisión*, Rec. 1986, p. 611, apartado 92.

<sup>(92)</sup> Véase el asunto 65/86, *Bayer/Sulhofer*, Rec. 1988, p. 5259, apartado 15.

<sup>(93)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en *Lundbeck*, aún no publicada.

- (239) Si, no obstante, tal acuerdo de resolución de conflictos incluye una licencia para los derechos de la tecnología afectados por el litigio, y dicho acuerdo da lugar a un retraso o a otra limitación para el licenciario de lanzar el producto en alguno de los mercados en cuestión, el acuerdo puede entrar en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, y debería evaluarse en particular a la luz del artículo 4, apartado 1, letra c), y del artículo 4, apartado 1, letra d), del RECAT (véase la sección 3.4.2). Si las partes de tal acuerdo de resolución de conflictos son competidores reales o potenciales y se ha producido una transferencia de valor significativa del licenciante al licenciario, el Órgano estará especialmente atento al riesgo de asignación o reparto de mercados.

#### Licencia cruzada en los acuerdos de resolución de conflictos

- (240) Los acuerdos por los que las partes se conceden licencias cruzadas e imponen restricciones en lo referente al uso de sus tecnologías, incluidas las restricciones de la libertad de conceder licencias a terceros, pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Cuando las partes gozan de un grado significativo de poder de mercado y el acuerdo impone restricciones que claramente van más allá de lo necesario para desbloquear la situación, el acuerdo probablemente entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, aunque sea probable que exista una posición de bloqueo mutuo. La probabilidad de que el artículo 53, apartado 1, sea aplicable es especialmente alta cuando las partes comparten mercados o fijan cánones periódicos variables recíprocos que tienen un impacto significativo sobre los precios de mercado.
- (241) Cuando el acuerdo permite a ambas partes utilizar la tecnología de la otra y cubre el desarrollo futuro de estas tecnologías, es preciso determinar si reduce los incentivos que tienen las partes para innovar. Si las partes tienen un poder de mercado significativo, el acuerdo probablemente esté sujeto al artículo 53, apartado 1, si impide que una de ellas adquiera una ventaja competitiva sobre la otra. Los acuerdos que eliminan o reducen sustancialmente la posibilidad de que una de las partes adquiera una ventaja competitiva sobre la otra reducen los incentivos que estas tienen para innovar y, por consiguiente, afectan de manera negativa a una parte esencial del juego de la competencia. Además, es improbable que este tipo de acuerdos cumpla las condiciones del artículo 53, apartado 3. Es especialmente improbable que la restricción sea considerada indispensable en el sentido de la tercera condición de dicho artículo 53, apartado 3. Para la consecución del objetivo del acuerdo, esto es, garantizar que las partes puedan seguir explotando su propia tecnología sin que ninguna de las dos se lo pueda impedir a la otra, no es necesario que se pongan de acuerdo para compartir futuras innovaciones. Ahora bien, es poco probable que el acuerdo impida a una u otra parte adquirir una ventaja competitiva sobre la otra si la licencia tiene por objeto permitir que las partes desarrollen sus respectivas tecnologías y si la licencia no las empuja a utilizar las mismas soluciones tecnológicas. Tales acuerdos solamente generan espacios de libertad de creación previniendo posibles demandas por infracción de la otra parte.

#### Las cláusulas de no oposición en los acuerdos de resolución de conflictos

- (242) En el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos, generalmente se considera que las cláusulas de no oposición no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. Es inherente a estos acuerdos que las partes convengan no oponerse *ex post* a los derechos de propiedad intelectual que han sido el centro de la diferencia. El objetivo del acuerdo es precisamente resolver los conflictos que existan o puedan surgir al respecto.
- (243) Sin embargo, las cláusulas de no oposición en los acuerdos de resolución de conflictos pueden, en determinadas circunstancias, ser contrarias a la competencia y estar cubiertas por el artículo 53, apartado 1. La restricción de la libertad de impugnar un derecho de propiedad intelectual no forma parte del objeto específico de un derecho de propiedad intelectual y puede restringir la competencia. Por ejemplo, una cláusula de no oposición puede infringir el artículo 53, apartado 1, cuando se concede un derecho de propiedad intelectual tras aportar información incorrecta o engañosa<sup>(94)</sup>. También puede ser preciso analizar estas cláusulas si el licenciante, además de licenciar los derechos de la tecnología, induce, financieramente o de otro modo, al licenciario a que acceda a no oponerse a la validez de los derechos de la tecnología o si estos derechos son una aportación necesaria para la producción del licenciario [véase también el apartado (136)].

<sup>(94)</sup> Véase el asunto C-457/10 P, *AstraZeneca/Comisión*, Rec. 2012, aún no publicado.

#### 4.4. Consorcios tecnológicos

- (244) Los consorcios tecnológicos son acuerdos por los que dos o más partes crean un paquete de tecnologías que se licencia no solo a quienes contribuyen al consorcio sino también a terceros. En términos de estructura, los consorcios tecnológicos pueden consistir en simples acuerdos entre un número limitado de partes o en acuerdos organizativos más complejos por los que se encomienda la tarea de conceder las licencias de las tecnologías compartidas a una entidad aparte. En ambos casos el consorcio puede ofrecer a los licenciataria la posibilidad de operar en el mercado con una sola licencia.
- (245) No hay un vínculo inherente entre los consorcios tecnológicos y las normas, pero con frecuencia las tecnologías de un consorcio sustentan, parcial o totalmente, una norma industrial de hecho o de derecho <sup>(95)</sup>. Diferentes consorcios tecnológicos pueden sustentar normas competidoras <sup>(96)</sup>. Los consorcios tecnológicos también pueden producir efectos procompetitivos, en particular reduciendo los costes de las transacciones y poniendo límites a los cánones acumulativos para evitar una doble marginalización. La creación de un consorcio permite centralizar la concesión de licencias de las tecnologías cubiertas por el consorcio. Esto es particularmente importante en los sectores en que los derechos de propiedad intelectual son corrientes y en que es preciso obtener licencias de muchos licenciantes para operar en el mercado. En los casos en que los licenciataria reciben servicios permanentes relacionados con la aplicación de la tecnología licenciada, la concesión conjunta de licencias y la prestación de servicios pueden traducirse en reducciones de costes aún mayores. Los consorcios de patentes también pueden desempeñar un papel beneficioso en la aplicación de normas procompetitivas.
- (246) Los consorcios tecnológicos también pueden ser restrictivos de la competencia. La creación de un consorcio tecnológico implica necesariamente la venta conjunta de las tecnologías compartidas, lo que en el caso de los consorcios integrados únicamente o predominantemente por tecnologías sustituibles entre sí equivale a un cartel de fijación de precios. Además, los consorcios tecnológicos no solo restringen la competencia entre las partes, sino que, en especial cuando sustentan una norma industrial o establecen una norma industrial de facto, también frenan la innovación al excluir las tecnologías alternativas. La existencia de la norma y del consorcio tecnológico asociado a ella puede hacer más difícil que otras tecnologías nuevas y mejoradas entren en el mercado.
- (247) Los acuerdos por los que se crean consorcios tecnológicos y se regula su funcionamiento no están cubiertos por la exención por categorías, sea cual sea el número de participantes, ya que el acuerdo de crear un consorcio no permite que un licenciataria produzca productos contractuales (véase la sección 3.2.2). De estos acuerdos solamente se ocupan estas Directrices. Los consorcios plantean problemas especiales relativos a la elección de las tecnologías y al funcionamiento del consorcio, que no se plantean con otros tipos de licencias. La licencia fuera del consorcio es generalmente un acuerdo multilateral, teniendo en cuenta que los miembros generalmente determinan las condiciones para tal concesión de licencias y, por lo tanto, tampoco está cubierta por la exención por categorías. La licencia fuera del consorcio se trata en el apartado (261) y en la sección 4.4.2.

##### 4.4.1. Evaluación de la constitución y el funcionamiento de los consorcios tecnológicos

- (248) El modo en que se forma, organiza y funciona un consorcio tecnológico puede reducir el riesgo de que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, como también puede constituir una garantía del carácter procompetitivo del acuerdo. A la hora de evaluar los posibles riesgos y eficiencias desde el punto de vista de la competencia, el Órgano tendrá en cuenta, entre otras cosas, la transparencia del proceso de creación del consorcio; la selección y naturaleza de las tecnologías compartidas, incluida la participación de expertos independientes en la creación y funcionamiento del consorcio; y la existencia de salvaguardias contra el intercambio de información sensible y de mecanismos independientes de resolución de conflictos.

##### Participación abierta

- (249) Si en el proceso de creación de una norma y de un consorcio pueden participar todos los interesados, hay más probabilidades de que las tecnologías sean seleccionadas atendiendo a su precio y calidad que si el consorcio es creado por un grupo limitado de titulares de tecnologías.

<sup>(95)</sup> Por lo que respecta al tratamiento de las normas y el tratamiento de los acuerdos de estandarización, véanse las Directrices horizontales, apartado 257 y ss., citado en la nota 29.

<sup>(96)</sup> Véase el comunicado de prensa de la Comisión IP/02/1651 referente a la concesión de licencias de patentes para servicios móviles de tercera de generación (3G). En este asunto estaban implicados cinco consorcios tecnológicos que desarrollaban cinco tecnologías distintas que podían utilizarse para producir equipos de 3G.

## Selección y naturaleza de las tecnologías compartidas

- (250) Los riesgos competitivos y el potencial de creación de eficiencias de los consorcios tecnológicos dependen en gran parte de la relación entre las tecnologías compartidas y de su relación con las tecnologías ajenas al consorcio. Hay que hacer dos distinciones básicas: a) entre tecnologías complementarias y sustitutivas y b) entre tecnologías esenciales y no esenciales.
- (251) Dos tecnologías son complementarias y no sustitutivas cuando es preciso disponer de las dos para producir el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas. Por el contrario, dos tecnologías son sustitutivas cuando cualquiera de las dos permite al titular producir el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas.
- (252) Una tecnología puede ser esencial bien a) para producir un determinado producto o realizar un determinado proceso al que se refieren las tecnologías compartidas, o b) para producir tal producto o realizar tal proceso de conformidad con una norma que incluye las tecnologías compartidas. En el primer caso, una tecnología es esencial (frente a la no esencial) si no hay ningún sustituto (ni desde el punto de vista comercial ni desde el técnico) viable para ella dentro o fuera del consorcio y constituye una parte del paquete de tecnologías imprescindible para producir el producto o productos o realizar el proceso o procesos objeto del consorcio. En el segundo caso, una tecnología es esencial si constituye una parte necesaria (es decir, no hay sustitutos viables) de las tecnologías compartidas necesarias para cumplir la norma sustentada por el consorcio (tecnologías esenciales para la norma). Las tecnologías esenciales también son, por definición, complementarias. El hecho de que el titular de una tecnología se limite a declarar que una tecnología es esencial no supone que lo sea, según los criterios descritos en este punto.
- (253) Cuando las tecnologías de un consorcio son sustitutivas, hay más probabilidades de que los cánones sean más altos, porque los licenciarios no se benefician de la competencia entre las tecnologías en cuestión. Cuando las tecnologías del consorcio son complementarias, el consorcio de tecnologías reduce los costes de las transacciones y puede dar lugar a unos cánones globales más bajos, porque las partes están en condiciones de fijar unos cánones comunes para el paquete, en vez de fijar cada parte un canon para su propia tecnología sin tener en cuenta que un canon más elevado para una tecnología normalmente hará que disminuya la demanda de tecnologías complementarias. Si los cánones para las tecnologías complementarias se fijan individualmente, el total de estos cánones podrá exceder a menudo de lo que fijaría colectivamente un consorcio para el paquete de las mismas tecnologías complementarias. La evaluación de la función de los sustitutos fuera del consorcio figura en el apartado (262).
- (254) La distinción entre tecnologías complementarias y sustitutivas no siempre está clara, ya que las tecnologías pueden ser parcialmente sustitutivas y parcialmente complementarias. Cuando las eficiencias que genera la integración de dos tecnologías hace probable que los licenciarios soliciten ambas tecnologías, estas se consideran complementarias incluso si son parcialmente sustituibles. En tales casos, de no existir el consorcio, los licenciarios seguramente optarían por obtener licencias para ambas tecnologías, dado el beneficio económico adicional derivado de utilizar las dos tecnologías en vez de una sola. A falta de tal prueba basada en la demanda sobre la complementariedad de las tecnologías comunes, es un indicio de que estas tecnologías son complementarias si: i) las partes que aportan la tecnología a un consorcio son libres de licenciar su tecnología individualmente y ii) el consorcio está dispuesto, además de licenciar el paquete de tecnologías a todas las partes, a licenciar la tecnología de cada parte también separadamente, y iii) el total de los cánones cargados por las licencias individuales de todas las tecnologías comunes no excede de los cánones cargados por el consorcio por todo el paquete de tecnologías.
- (255) La inclusión en un consorcio de tecnologías sustitutivas restringe la competencia intertecnologías, ya que puede equivaler a una agrupación colectiva y dar lugar a la fijación de precios entre competidores. Por regla general, el Órgano considera que la inclusión de importantes tecnologías sustitutivas en un consorcio constituye una infracción del artículo 53, apartado 1. Además, considera poco probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3, en tales casos si el consorcio está integrado de manera significativa por tecnologías sustitutivas. Como las tecnologías en cuestión son alternativas, la inclusión de las dos tecnologías en el consorcio no da lugar a economías en los costes de las transacciones. De no existir el consorcio, los licenciarios no solicitarían ambas tecnologías. Para solventar los problemas de competencia no basta con que las partes sigan siendo libres de conceder licencias independientemente. Esto se debe a que lo más probable es que opten por no hacerlo para no perjudicar al consorcio, que es el que les permite ejercer conjuntamente poder de mercado.

### Selección y función de los expertos independientes

- (256) Otro factor importante a la hora de evaluar los riesgos competitivos y las eficiencias de los consorcios tecnológicos es la participación de expertos independientes en la creación y el funcionamiento del consorcio. Por poner un ejemplo, determinar si una tecnología es esencial para una norma sustentada por un consorcio suele ser una tarea muy compleja que exige conocimientos especiales. La participación en el proceso de selección de expertos independientes puede contribuir sobremedida a garantizar el cumplimiento de un compromiso de incluir únicamente tecnologías esenciales. Cuando la selección de tecnologías que deben incluirse en el consorcio la realiza un experto independiente, esto puede ampliar la competencia entre soluciones tecnológicas disponibles.
- (257) El Órgano tendrá en cuenta cómo se selecciona a los expertos y qué funciones desempeñan. Los expertos deben ser independientes de las empresas que hayan creado el consorcio. Si están vinculados a los licenciantes (o a la actividad de licencias del consorcio) o tienen alguna otra relación de dependencia de ellos, no serán tenidos en cuenta en la misma medida. Los expertos también deben tener la experiencia técnica necesaria para desempeñar las funciones que se les hayan encomendado. Pueden figurar entre ellas determinar si las tecnologías propuestas son válidas y si son esenciales.
- (258) Finalmente, los mecanismos de resolución de conflictos previstos en los actos constitutivos del consorcio son relevantes y deben tenerse en cuenta. Cabe presumir un mayor grado de imparcialidad si la tarea de resolver los conflictos se delega en organismos o personas independientes del consorcio y de sus miembros.

### Salvaguardias contra el intercambio de información sensible

- (259) También es importante examinar las disposiciones sobre intercambio de información sensible entre las partes <sup>(97)</sup>. En los mercados oligopolísticos, los intercambios de información sensible, como información sobre precios y producción, pueden facilitar las colusiones <sup>(98)</sup>. En estos casos, el Órgano tendrá en cuenta si se han tomado medidas para evitar el intercambio de información sensible. Un experto o un organismo licenciante independientes pueden desempeñar un papel importante a este respecto, asegurándose de que los datos sobre producción y ventas que sean necesarios para calcular y verificar los cánones no sean revelados a empresas que compitan en los mercados afectados.
- (260) Debe prestarse especial atención a establecer tales medidas cuando las partes interesadas participen simultáneamente en la formación de consorcios de normas competidoras si ello puede dar lugar al intercambio de información sensible entre consorcios que compitan.

### Salvaguardia regulatoria

- (261) La creación y funcionamiento del consorcio, en particular la concesión de licencias, en principio no entra en el ámbito del artículo 53, apartado 1, independientemente de la posición de mercado de las partes, si se cumplen todas las siguientes condiciones:
- a) la participación en el proceso de creación del consorcio está abierta a todos los titulares de derechos de tecnología interesados;
  - b) se adoptan las salvaguardias suficientes para garantizar que solo se comparten las tecnologías esenciales (que por tanto, necesariamente, son también complementos);
  - c) se adoptan las salvaguardias suficientes para garantizar que los intercambios de información sensible (como los datos sobre precios y producción) se restringen a lo necesario para la creación y el funcionamiento del consorcio;
  - d) las tecnologías objeto del consorcio se licencian al consorcio sobre una base no exclusiva;
  - e) las tecnologías objeto del consorcio se licencian a todos los licenciatarios potenciales y en condiciones no discriminatorias <sup>(99)</sup>;

<sup>(97)</sup> Para más detalle sobre la comunicación de información, véanse la Directrices horizontales, apartado 55, citadas en la nota 29.

<sup>(98)</sup> Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, citada en la nota 13.

<sup>(99)</sup> Para más detalle sobre las condiciones no discriminatorias, véanse la Directrices horizontales, apartado 287, citadas en la nota 29.

- f) las partes que aportan tecnología al consorcio y los licenciatarios tienen libertad para impugnar la validez y el carácter imprescindible de las tecnologías compartidas;
- g) las partes que aportan tecnología al consorcio y el licenciatario tienen libertad para desarrollar productos y tecnología competidores.

#### Fuera de la salvaguardia regulatoria

- (262) Cuando se incluyen en el consorcio patentes complementarias pero no esenciales, hay cierto riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros. Una vez que una tecnología queda incluida en el consorcio y se integra al paquete licenciado, lo lógico es que los licenciatarios no se muestren propensos a solicitar una licencia para una tecnología competidora, ya que los cánones que pagan por el paquete de tecnologías ya incluyen una tecnología sustitutiva. Además, la inclusión de tecnologías que no son necesarias para producir el producto o productos o realizar el proceso o procesos relacionados con el consorcio tecnológico o para cumplir con la norma que incluye la tecnología objeto del consorcio obliga a los licenciatarios a pagar por tecnologías que acaso no necesitan. La inclusión de tal tecnología complementaria equivale, pues, a una agrupación colectiva. Cuando un consorcio comprende tecnologías no esenciales es probable que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, si el consorcio ocupa una posición significativa en alguno de los mercados de referencia.
- (263) Como las tecnologías sustitutivas y complementarias pueden evolucionar tras la creación del consorcio, la necesidad de evaluar el carácter esencial de las tecnologías no acaba necesariamente con la creación del consorcio. Una tecnología puede dejar de ser esencial con posterioridad a la creación del consorcio debido a la aparición de tecnologías de terceros. Cuando el consorcio tiene conocimiento de que tal nueva tecnología de terceros se ofrece y es demandada por los licenciatarios, pueden evitarse las preocupaciones de exclusión del mercado ofreciendo a los licenciatarios nuevos y existentes una licencia sin la tecnología que ya no es esencial, a un tipo de canon reducido en proporción. Sin embargo, puede haber otras maneras de asegurarse de que las tecnologías de terceros no quedan excluidas del mercado.
- (264) Al evaluar los consorcios tecnológicos que comprenden tecnologías no esenciales pero complementarias, el Órgano tendrá en cuenta en su evaluación global, entre otros, los siguientes factores:
  - a) Si hay motivos procompetitivos para incluir las tecnologías no esenciales en el consorcio, por ejemplo, debido a los costes de evaluar si todas las tecnologías son esenciales, habida cuenta del elevado número de tecnologías;
  - b) Si los licenciantes siguen siendo libres de licenciar independientemente sus respectivas tecnologías: cuando el consorcio está integrado por un número limitado de tecnologías y hay tecnologías sustitutivas fuera de él, puede ser una opción viable para los licenciatarios confeccionar su propio paquete tecnológico integrado en parte por tecnologías del consorcio y en parte por tecnologías de terceros;
  - c) En los casos en que las tecnologías objeto del consorcio tienen aplicaciones diferentes y para algunas de ellas no es necesario utilizarlas todas, si el consorcio ofrece las tecnologías solamente en un paquete único o las ofrece en paquetes separados para las distintas aplicaciones, cada uno con las tecnologías pertinentes para la aplicación en cuestión: en este último caso las tecnologías que no son esenciales para un producto o proceso dado no quedan vinculadas a tecnologías esenciales;
  - d) Si las tecnologías objeto del consorcio están disponibles en un único paquete o es posible obtener una licencia para una parte solamente del paquete con la correspondiente reducción de los cánones. La posibilidad de obtener una licencia para una parte solamente del paquete puede reducir el riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros ajenas al consorcio, especialmente si el licenciatario obtiene una reducción correspondiente de los cánones. Para ello es preciso que se haya determinado qué parte del canon global corresponde a cada tecnología del consorcio. Cuando los acuerdos de licencia concluidos por el consorcio y licenciatarios individuales son de una duración relativamente dilatada y la tecnología del consorcio sustenta de facto una norma industrial, también hay que tener en cuenta el hecho de que el consorcio puede cerrar el acceso al mercado de nuevas tecnologías sustitutivas. Para evaluar este riesgo de exclusión, es importante saber si los licenciatarios pueden rescindir la licencia con un preaviso razonable y con la correspondiente reducción de los cánones.
- (265) Incluso las disposiciones de consorcios de tecnología que restringen la competencia pueden producir eficiencias procompetitivas [véase el apartado (245)], que deben considerarse a la luz del artículo 53, apartado 3, y sopesarse frente a los efectos negativos en la competencia. Por ejemplo, si el consorcio tecnológico incluye patentes no esenciales pero cumplen todos los demás criterios de la salvaguardia regulatoria enumerados en el apartado (261), cuando haya motivos procompetitivos para incluir patentes no esenciales en el consorcio [véase el apartado (264)] y cuando los licenciatarios tengan la posibilidad de obtener una licencia para una parte solamente del paquete con la correspondiente reducción de los cánones [véase el apartado (264)], es probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.

#### 4.4.2. Evaluación de las restricciones individuales en los acuerdos entre el consorcio y los licenciarios

- (266) En caso de que el acuerdo para crear un consorcio tecnológico no infrinja el artículo 53, el siguiente paso consiste en evaluar el impacto competitivo de las licencias acordadas por el consorcio con sus licenciarios. Las condiciones de concesión de licencias pueden estar sujetas al artículo 53, apartado 1. Esta sección trata de varias restricciones que, de una u otra forma, son habituales en los acuerdos de licencia de los consorcios tecnológicos y que se han de evaluar en el contexto global del consorcio. En general, el RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia entre el consorcio y terceros licenciarios [véase el apartado (247)]. La presente sección, por tanto, aborda la evaluación individual de la problemática de la concesión de licencias en el contexto de los consorcios tecnológicos.
- (267) En su evaluación de los acuerdos de transferencia de tecnología entre el consorcio y los licenciarios, el Órgano se atenderá a los siguientes principios básicos:
- a) Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del consorcio, mayor será el riesgo de que produzca efectos anticompetitivos.
  - b) Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del consorcio, más probable será que el acordar no conceder licencias a todos los licenciarios potenciales, o concederlas de forma discriminatoria, infrinja el artículo 53.
  - c) Los consorcios no deben excluir indebidamente las tecnologías de terceros ni limitar la creación de consorcios alternativos.
  - d) Los acuerdos de transferencia de tecnología no deben contener ninguna de las restricciones especialmente graves que se enumeran en el artículo 4 del RECATT (véase la sección 3.4).
- (268) En principio, las empresas que crean un consorcio tecnológico compatible con el artículo 53 son libres de negociar y fijar el canon pagadero por el paquete tecnológico (con sujeción a los compromisos dados para licencias en condiciones justas y no discriminatorias) y qué parte del canon corresponde a cada tecnología antes o después de fijar la norma. Un acuerdo de este tipo es inherente a la creación del consorcio y no es en sí restrictivo de la competencia. En determinadas circunstancias puede resultar más eficiente acordar los cánones del consorcio antes de elegir la norma, a fin de evitar que la elección de la norma aumente los derechos confiriendo un poder de mercado significativo a una o más tecnologías esenciales. No obstante, los licenciarios deben seguir siendo libres de fijar el precio de productos producidos bajo licencia.
- (269) Si el consorcio goza de una posición de mercado dominante, los cánones y demás condiciones de la licencia deben ser no excesivos y no discriminatorios y las licencias no deben ser exclusivas<sup>(100)</sup>. Estos dos requisitos son necesarios para garantizar que el consorcio sea abierto y no tenga efectos de exclusión ni otros efectos anticompetitivos en los mercados descendentes. Ahora bien, estos requisitos no obstan para que se apliquen tipos de cánones distintos según la aplicación de que se trate. En general, la aplicación de cánones de diferente nivel en mercados de productos distintos no se considera restrictiva de la competencia, siempre y cuando no se produzca discriminación alguna dentro de dichos mercados de productos. Concretamente, el trato de los licenciarios del consorcio no debe depender de si son licenciantes o no. Por consiguiente, el Órgano tendrá en cuenta si los licenciantes y los licenciarios están sujetos a las mismas obligaciones de pago de cánones.
- (270) Los licenciantes y los licenciarios deberían ser libres de desarrollar productos y normas competidores, así como de conceder y obtener licencias al margen del consorcio. Estos requisitos son necesarios para limitar el riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros y garantizar que el consorcio no limita la innovación y no impide la creación de soluciones tecnológicas competidoras. En los casos en que el consorcio sustenta (*de facto*) una norma industrial o las partes están sujetas a obligaciones de inhibición de la competencia, hay un riesgo particular de que el consorcio impida el desarrollo de tecnologías y normas nuevas y mejoradas.
- (271) Las obligaciones de retrocesión no deben ser exclusivas y limitarse a los perfeccionamientos esenciales o importantes para la utilización de la tecnología objeto del consorcio. De este modo, el consorcio puede beneficiarse de los perfeccionamientos de la tecnología objeto del mismo. Las partes tienen derecho a asegurarse de que la explotación de la tecnología objeto del consorcio no se vea entorpecida por licenciarios, incluidos los subcontratistas que trabajen al amparo de la licencia del licenciario, que hayan obtenido u obtengan patentes esenciales.

<sup>(100)</sup> No obstante, si un consorcio de tecnología no tiene poder de mercado, las licencias que conceda normalmente no infringirán el artículo 53, apartado 1, incluso si no se cumplen esas condiciones.

- (272) Uno de los problemas que plantean los consorcios de tecnologías es el riesgo de que sirvan para proteger patentes inválidas. Puede resultar más costoso y arriesgado oponerse a la validez de una patente integrada en un consorcio, porque basta con que una patente del consorcio sea válida para que la oposición resulte infructuosa. El hecho de que un consorcio incluya patentes inválidas puede obligar a los licenciatarios a pagar cánones más elevados y también puede frenar la innovación en el campo cubierto por la patente inválida. En este contexto, es probable que las cláusulas de no oposición, incluidas las cláusulas de rescisión <sup>(101)</sup>, en un acuerdo de transferencia de tecnología entre el consorcio y terceros, entren en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1.
- (273) Los consorcios a menudo incluyen patentes y solicitudes de patentes. Si los solicitantes de patentes que presentan sus solicitudes a los consorcios, en su caso, utilizan los procedimientos de solicitud de patente que permiten una concesión más rápida, se logrará antes una certeza sobre la validez y ámbito de estas patentes.
- 

<sup>(101)</sup> Véase la sección 3.5.