

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN****Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología**

(2004/C 101/02)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

**I. INTRODUCCIÓN**

1. Las presentes Directrices exponen los principios que se aplican para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología a la luz del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos de transferencia de tecnología tienen por objeto la concesión de licencias de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciario a explotar determinada tecnología para la producción de bienes o servicios, según lo definido en la letra b) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (el RECATT) <sup>(1)</sup>.
2. Con las presentes Directrices se pretende dar orientación sobre la aplicación del RECATT y del artículo 81 a los acuerdos de transferencia de tecnología que no están sujetos a dicho Reglamento. El RECATT y estas Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación concurrente del artículo 82 del Tratado CE a los acuerdos de licencia <sup>(2)</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 caso debe evaluarse en su contexto factual y las Directrices deben aplicarse de manera razonable y flexible. Los ejemplos se ponen a modo de explicación y no pretenden ser exhaustivos. La Comisión seguirá de cerca la aplicación del RECATT y de las presentes Directrices en el marco del nuevo régimen de aplicación de la normativa establecido por el Reglamento 1/2003 <sup>(3)</sup>, por si fuera necesario introducir cambios.
4. Estas Directrices no afectan a la interpretación del artículo 81 y del RECATT que puedan hacer el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

**II. PRINCIPIOS GENERALES****1. El artículo 81 y los derechos de propiedad intelectual**

5. El objetivo global del artículo 81 es proteger la competencia en el mercado para así promover el bienestar de los consumidores y una asignación eficiente de los recursos. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe todos los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas <sup>(4)</sup> que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros <sup>(5)</sup> y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia <sup>(6)</sup>. Como excepción a esta norma, el apartado 3 del artículo 81 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 ha sido comercializado en el EEE por el titular del derecho o con su consentimiento, queda agotado el derecho de propiedad intelectual en el sentido de que el titular ya no puede utilizarlo para controlar la venta del producto <sup>(7)</sup> (principio de agotamiento comunitario). 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 <sup>(8)</sup>. El principio de agotamiento comunitario 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, los artículos 81 y 82 son aplicables 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>(9)</sup>. Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas comunitarias de competencia. 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.

8. En la evaluación con arreglo al artículo 81 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 tecnología también pueden obligar al licenciataria a hacer considerables inversiones irrecuperables en la tecnología licenciada y en los activos de producción necesarios para explotarla. El artículo 81 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 apartado 1 del artículo 81 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 81, el marco analítico existente es lo suficientemente flexible para que se tengan debidamente en cuenta los aspectos dinámicos de la concesión de licencias 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. Además, con frecuencia hasta los acuerdos de licencia que restringen la competencia pueden generar eficiencias procompetitivas que hay que examinar a la luz del apartado 3 del artículo 81 comparándolas con sus efectos negativos sobre la competencia<sup>(10)</sup>. Por lo tanto, la gran mayoría de los acuerdos de licencia son compatibles con el artículo 81.
- ## 2. Marco general para la aplicación del artículo 81
10. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El apartado 1 del artículo 81 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>(11)</sup>. En esta evaluación hay que tomar en consideración el posible impacto del acuerdo en la competencia intertecnológicas (competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras) y en la competencia intratecnológica (competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología)<sup>(12)</sup>. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe las restricciones tanto de la competencia intertecnológicas como de la competencia intratecnológica. Por lo tanto, es preciso determinar en qué medida afecta o puede afectar el acuerdo a estos dos tipos de competencia.
  12. Para ello resulta útil formular las dos preguntas que se exponen seguidamente. La primera pregunta está relacionada con el impacto del acuerdo sobre la competencia intertecnológicas, mientras que la segunda se refiere al impacto del acuerdo sobre la competencia intratecnológica. Como las restricciones pueden afectar a la competencia intertecnológicas y a la competencia intratecnológica a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de ambas preguntas para determinar si restringe la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81:
    - 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 apartado 1 del artículo 81. A la hora de hacer esta evaluación hay que tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros. Por ejemplo, si dos empresas establecidas en Estados miembros 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 licencianta impone a sus licenciataria 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.
    - b) ¿Restringe el acuerdo la competencia efectiva o potencial que habría existido a falta de las restricciones contractuales? En caso afirmativo, el acuerdo puede estar sujeto al apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, si un licencianta impide a sus licenciataria 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 licenciataria. Sin embargo, determinadas restricciones pueden, en ciertos casos, no estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 porque la restricción es objetivamente necesaria para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza<sup>(13)</sup>. Esta exclusión de la aplicación de apartado 1 del artículo 81 sólo 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. Por ejemplo, las restricciones territoriales de un acuerdo entre no competidores pueden no estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 durante cierto tiempo si son objetivamente necesarias para que un licenciataria entre en un mercado nuevo. Del mismo modo, la prohibición a todos los licenciataria 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. No basta

con alegar que, sin tal restricción, el proveedor habría recurrido a la integración vertical. La decisión de proceder a una integración vertical depende de numerosos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de carácter interno.

13. Al aplicar el marco analítico expuesto en el anterior apartado, hay que tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 81 distingue los acuerdos cuyo objeto es una restricción de la competencia de los acuerdos cuyo efecto es una restricción de la competencia. Un acuerdo o restricción contractual sólo está prohibido por el apartado 1 del artículo 81 si tiene por objeto o efecto restringir la competencia intertecnológicas o la competencia intratecnológica.
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 comunitaria de competencia, 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 apartado 1 del artículo 81<sup>(14)</sup>. Además, es improbable que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. 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>(15)</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 especialmente grave 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. La existencia de pruebas de la intención subjetiva de las partes de restringir la competencia es un factor pertinente pero no una condición necesaria. Por lo que concierne a los acuerdos de licencia, la Comisión considera que las restricciones enumeradas en la lista de restricciones de la competencia especialmente graves que figura en el artículo 4 del RECATT son restrictivas por su propio objeto.
15. Si un acuerdo no es restrictivo por objeto, hay que determinar si tiene efectos restrictivos sobre la competencia. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales<sup>(16)</sup>. En otras palabras, el acuerdo tiene que tener efectos anticompetitivos probables. Un acuerdo de licencia se considera restrictivo de la competencia por efecto si afecta a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tenga efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios. Estos efectos negativos probables sobre la competencia deben ser apreciables<sup>(17)</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 periodo de tiempo que no sea insignificante. En principio el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del apartado 1 del artículo 81 es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 82.
16. Para analizar las restricciones de la competencia por efecto, en principio hay que definir el mercado de referencia y examinar y evaluar, entre otras cosas, 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. De hecho, la gran mayoría de los acuerdos de licencia son 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 licenciatario o permitiéndole producir productos nuevos o mejorados. Las eficiencias para el licenciatario 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 licenciatario 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 licenciatario. 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 licenciatario 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 licenciatario, 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 apartado 1 del artículo 81, los efectos procompetitivos del mismo deben sopesarse junto con los efectos restrictivos en el contexto del apartado 3 del artículo 81. Cuando se cumplen las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo de licencia restrictivo es válido y aplicable, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto <sup>(18)</sup>. Las restricciones de la competencia especialmente graves solamente cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 en circunstancias excepcionales. Por regla general, tales acuerdos incumplen (al menos) una de las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. 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, generalmente 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.
- ### 3. Definición del mercado
19. El planteamiento que sigue la Comisión para definir el mercado de referencia está expuesto en sus Directrices sobre la definición del mercado <sup>(19)</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 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 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 tecnologías 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 mercados de bienes y servicios de referencia (mercados de productos) y mercados tecnológicos <sup>(20)</sup>. El término «mercado de productos» utilizado en el artículo 3 del RECATT se refiere a los mercados de bienes y servicios de referencia tanto en su dimensión geográfica como de productos. Como se desprende claramente de la letra i) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT, este término se utiliza tan sólo para distinguir los mercados de bienes y servicios de referencia de los mercados tecnológicos de referencia.
21. El RECATT y estas Directrices tienen en cuenta tanto los efectos sobre los mercados de productos finales como sobre los mercados de productos intermedios. El mercado de productos de referencia está integrado por los productos considerados por los compradores intercambiables o sustituibles por los productos contractuales que incorporan la tecnología licenciada, por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.
22. Los mercados tecnológicos están integrados por la tecnología licenciada y sus substitutos, es decir: otras tecnologías consideradas por los licenciarios intercambiables o sustituibles por la tecnología licenciada, por razón de sus características, sus cánones o el uso que se prevea hacer de ellos. La metodología que se aplica para definir los mercados tecnológicos se inspira en los mismos principios que se siguen para definir el mercado de productos. 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 la tecnología licenciada (véase el punto 23).
23. 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, etc. Otro método alternativo, que se usa en el apartado 3 del artículo 3 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 (véase el punto 70). Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que es licenciada. En el caso de los mercados tecnológicos el planteamiento del apartado 3 del artículo 3 de tener en cuenta tecnologías utilizadas (sólo) internamente está justificado. Este planteamiento es, en general, un buen indicador de la posición de mercado de la tecnología. Primero, 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 repercute en los costes del licenciario, haciéndolo menos competitivo, lo que le hace 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 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.

24. Además, cuando no es aplicable la salvaguardia regulatoria del RECATT, también hay que tener presente que las cuotas de mercado no siempre son un buen indicador de la posición de mercado relativa de las tecnologías disponibles. Por lo tanto, amén de las tecnologías controladas por las partes del acuerdo, la Comisión tendrá en cuenta, entre otras cosas, el número de tecnologías controladas por terceros que pueden substituir a la tecnología licenciada con un coste comparable para el usuario (véase el punto 131).
25. Algunos acuerdos de licencia pueden afectar a los mercados de innovación. Para analizar estos efectos, en principio la Comisión se limitará, no obstante, a examinar el impacto del acuerdo sobre la competencia en los mercados de productos y los mercados tecnológicos existentes<sup>(21)</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 definir también los mercados de 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>(22)</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.
- #### 4. La distinción entre competidores y no competidores
26. 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 intertecnológicas). Así, por ejemplo, la competencia intratecnológica puede desembocar en unos precios más bajos para los productos que incorporan la tecnología en cuestión, que no sólo 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.
27. 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.
28. Si el licenciante y el licenciatario están activos en el mismo mercado de productos o en el mismo mercado tecnológico sin que una o ambas partes infrinjan los derechos de propiedad intelectual de la otra, son competidores efectivos en el mercado de que se trate. Si el licenciatario ya ha licenciado su tecnología y el licenciante entra en el mercado tecnológico concediendo una licencia sobre una tecnología competidora al licenciatario, se considerará que las partes son competidores efectivos en el mercado tecnológico.
29. Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado de productos si, de no existir el acuerdo y sin infringir los derechos de propiedad intelectual de la otra parte, probablemente hubieran acometido la inversión adicional necesaria para entrar en el mercado de referencia en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de los productos. Para constituir una presión competitiva realista, la entrada de otro competidor debe ser posible en un plazo muy corto. 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 licenciatario 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 licenciatario 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 patentes de bloqueo (véase el punto 32).
30. Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado tecnológico cuando poseen tecnologías sustituibles si el licenciatario 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. Sin embargo, a efectos de la aplicación del RECATT, no se tiene en cuenta la competencia potencial en el mercado tecnológico (véase el punto 66).

31. En algunos casos las partes pueden convertirse en competidores después de celebrarse el acuerdo al desarrollar y empezar a explotar el licenciatarario 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 éste se concluyó en dicho contexto. Por consiguiente, la Comisión se centrará principalmente en el impacto del acuerdo en la capacidad del licenciatarario 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 apartado 3 del artículo 4 del RECATT). También puede ocurrir que las empresas se conviertan en competidores tras la celebración del acuerdo porque el licenciatarario ya estaba presente en el mercado de productos antes de que se le concediese la licencia y porque el licenciante haya entrado en el mercado de productos tras el acuerdo gracias a la tecnología licenciada o a una tecnología nueva. En este caso 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 después de que las partes se conviertan en competidores (véase el apartado 3 del artículo 4 del RECATT).
32. Si las partes poseen tecnologías que están en una posición unilateral o bilateral de bloqueo se considera que no son competidores en el mercado tecnológico. Hay posición unilateral de bloqueo cuando una tecnología no puede aprovecharse sin que ello constituya una infracción de otra tecnología. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una patente cubre un perfeccionamiento de una tecnología cubierta por otra patente. La patente de perfeccionamiento de la tecnología no puede ser explotada si antes el titular no obtiene una licencia sobre la patente básica. Se da una posición bilateral de bloqueo cuando no se puede explotar ninguna de las dos tecnologías sin que ello constituya una infracción de la otra, por lo que los titulares tienen que concederse una licencia o una autorización mutuamente. Para determinar si existe posición de bloqueo, la Comisión se basará en factores objetivos y no tomará en consideración la opinión subjetiva de las partes. Las pruebas de la existencia de una posición de bloqueo tendrán que ser especialmente convincentes cuando a ambas partes les convenga invocar dicha posición de bloqueo para que no se las considere competidores; por ejemplo, cuando la supuesta posición bilateral de bloqueo se refiera a tecnologías intercambiables que sean substitutivas desde un punto de vista tecnológico. Las pruebas tendrán que consistir en resoluciones judiciales, incluidos los requerimientos judiciales, y dictámenes de expertos independientes. En este último caso, la Comisión prestará especial atención al método de selección del experto. Aunque también pueden ser válidas para demostrar la existencia de una posición de bloqueo otras pruebas convincentes, como las aportadas por expertos, de que las partes tienen o tenían buenos motivos para creer que existe o existía una posición de bloqueo.
33. 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 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 81 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.

### III. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

#### 1. Efectos del Reglamento de exención por categorías

34. Los acuerdos de transferencia de tecnología que cumplen los requisitos establecidos en el RECATT se benefician de una exención por categorías de la prohibición del apartado 1 del artículo 81. Los acuerdos exentos por categorías son válidos y aplicables legalmente. Sólo pueden prohibirse de cara al futuro y ello previa retirada de la exención por categorías por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia. Estos acuerdos no pueden ser prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 por los tribunales nacionales con ocasión de una demanda interpuesta por un particular.
35. 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 apartado 1 del artículo 81, cumplen las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Se presupone, pues, que estos acuerdos generan eficiencias económicas, que las restricciones que contienen son indispensables para alcanzar estas eficiencias, que se re-

serva 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 apartado 3 del artículo 81.

36. Como se indica en la Sección IV, muchos acuerdos de licencia no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 8 porque no restringen la competencia en absoluto o porque la restricción es insignificante <sup>(23)</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 apartado 1 del artículo 81 <sup>(24)</sup>.
37. 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 apartado 1 del artículo 81 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 apartado 1 del artículo 81 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 apartado 1 del artículo 81. 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 81.

## 2. Ámbito de aplicación y duración del Reglamento de exención por categorías

### 2.1. Acuerdos entre dos partes

38. Con arreglo al apartado 1 de su artículo 2, el RECATT es aplicable 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 <sup>(25)</sup>. El factor determinante para distinguir entre acuerdos bilaterales y multilaterales es si el acuerdo lo concluyen más de dos empresas.
39. 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 sólo a la fase de producción sino también a la de distribución, al especificar las obligaciones que el licenciario debe o puede imponer a los revendedores de los productos producidos al amparo de la licencia <sup>(26)</sup>.
40. 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, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT.

### 2.2. Acuerdos de producción de productos contractuales

41. Del artículo 2 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. En otras palabras, para que esté cubierta por el RECATT, la licencia tiene que permitir al licenciario explotar la tecnología licenciada para la producción de bienes o servicios (véase el considerando 7 del RECATT). El RECATT no cubre los consorcios tecnológicos. 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 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. De los consorcios tecnológicos se trata en la sección IV.4.
42. El RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia destinados a la producción de los productos contractuales que permiten al licenciario conceder a terceros sublicencias sobre la tecnología licenciada, siempre que la producción de los productos contractuales constituya el objeto principal del acuerdo. En cambio, el RECATT no es aplicable a los acuerdos cuyo objeto principal es la concesión de sublicencias. Con todo, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT y las presentes Directrices a estos acuerdos de «licencia principal» entre licenciante y licenciario. Los acuerdos entre el licenciario y los sublicenciarios están cubiertos por el RECATT.
43. El término «productos contractuales» se refiere a los productos y servicios producidos con la 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, los términos «productos que incorporan la tecnología licenciada» cubren ambas situaciones. El RECATT se aplica en todos los casos en que la tecnología se licencia para producir bienes y servicios. Basta con que el licenciante se comprometa a no ejercer sus derechos de propiedad intelectual contra el licenciario. 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 renuncia y los llamados acuerdos de resolución de conflictos, por los que el licenciante permite al licenciario producir dentro del ámbito cubierto por la patente.

44. El RECATT cubre la «subcontratación» por la que el licenciante transfiere tecnología mediante licencia al licenciario, 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, la tecnología licenciada, y no el equipo suministrado, deben constituir el objeto principal del acuerdo. La subcontratación también está cubierta por la Comunicación de la Comisión referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado <sup>(27)</sup>. Conforme a esta 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 apartado 1 del artículo 81. 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 81 <sup>(28)</sup>.
45. El RECATT también es aplicable a los acuerdos por los que el licenciario 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. Por otro lado, el RECATT y estas Directrices no abarcan los acuerdos por los que se licencia una tecnología con el fin de que el licenciario pueda realizar actividades de investigación y desarrollo en varios campos. Por ejemplo, el RECATT y las presentes Directrices no cubren las licencias concedidas sobre instrumentos de investigación tecnológica utilizados para posteriores actividades de investigación. El marco que establecen el RECATT y las Directrices descansa sobre la premisa de que tiene que haber un vínculo directo entre la tecnología licenciada y un producto contractual dado. Cuando no existe este vínculo, el objeto principal del acuerdo es la investigación y desarrollo, y no la comercialización de un producto concreto, en cuyo caso el marco analítico del RECATT y las Directrices puede no resultar apropiado. Por los mismos motivos, el RECATT y las Directrices no cubren los acuerdos de subcontratación de actividades de investigación y desarrollo por los que el licenciario 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. 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.
- 2.3. El concepto de acuerdos de transferencia de tecnología**
46. El RECATT y estas Directrices tienen por objeto los acuerdos de transferencia de tecnología. Con arreglo a las letras b) y h) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT el concepto de «tecnología» comprende las patentes y las solicitudes de patentes, los modelos de utilidad y las solicitudes de registro de modelo de utilidad, los dibujos, los certificados sobre obtenciones vegetales, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales pueden obtenerse dichos certificados, los derechos de autor de programas informáticos y los conocimientos técnicos. La tecnología licenciada debe permitir al licenciario producir, con o sin otros insumos, los productos contractuales.
47. Los conocimientos técnicos se definen en la letra i) del apartado 1 del artículo 1 como un conjunto de información práctica no patentada derivada de pruebas y experiencias, que es secreta, sustancial y determinada. «Secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles. «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. «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.
48. 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 licenciario el derecho a utilizar su tecnología exigiendo como contraprestación el pago de un canon. También pueden adoptar la forma de una sublicencia por la que el licenciario, previa autorización del licenciante, concede a terceros (sublicenciarios) licencias de explotación de la tecnología.

49. El RECATT solamente es aplicable a los acuerdos que tienen por objeto principal la transferencia de tecnología en el sentido del Reglamento, no la compra de bienes y servicios o la licencia de otros tipos de propiedad intelectual. Los acuerdos que contienen cláusulas relativas a la compra y venta de productos solamente están cubiertos por el RECATT en la medida en que tales cláusulas no constituyan el objeto primordial del acuerdo y estén directamente relacionadas con la aplicación de la tecnología licenciada. Es lo que ocurre generalmente cuando los productos vinculados son equipos o insumos de procesos diseñados especialmente para hacer un uso eficaz de la tecnología licenciada. En cambio, si el producto es simplemente otro insumo del producto final, hay que examinar detenidamente si la tecnología licenciada constituye el objeto primordial del acuerdo. Así, por ejemplo, si el licenciataria ya produce un producto final con otra tecnología, la licencia debe traducirse en una mejora significativa del proceso de producción del licenciataria, de un valor superior al del producto comprado al licenciante. El requisito de que los productos vinculados estén relacionados con la licencia de tecnología implica que el RECATT no cubre la compra de productos que no tengan relación alguna con los productos que incorporan la tecnología licenciada. Es el caso, por ejemplo, cuando el producto vinculado no está destinado a ser utilizado con el producto licenciado, sino que está relacionado con una actividad que tiene lugar en otro mercado de productos distinto.
50. El RECATT solamente cubre la concesión de licencias de otros tipos de propiedad intelectual, como marcas y derechos de autor distintos de los derechos de autor de programas informáticos, en la medida en que estén directamente relacionados con la explotación de la tecnología licenciada y no constituyan el objeto primordial del acuerdo. Esta condición garantiza que los acuerdos que tienen por objeto otros tipos de derechos de propiedad intelectual solamente estén cubiertos por la exención por categorías si estos derechos de propiedad intelectual sirven para que el licenciataria explote mejor la tecnología licenciada. El licenciante puede, por ejemplo, autorizar al licenciataria a utilizar su marca en los productos que incorporan la tecnología licenciada. La licencia de marca puede ayudar al licenciataria a explotar mejor la tecnología licenciada al hacer posible que los consumidores asocien inmediatamente el producto con las características que le confiere la tecnología licenciada. Una obligación consistente en que el licenciataria 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. Sin embargo, si el valor que tiene la tecnología licenciada para el licenciataria es limitado porque ya utiliza una tecnología idéntica o muy similar y el objeto principal del acuerdo es la marca, no cabe aplicar el RECATT <sup>(29)</sup>.
51. Las licencias de derechos de autor para la reproducción y distribución de obras protegidas, es decir, la producción de copias para su reventa, se consideran asimilables a las licencias de tecnología. Como estos acuerdos de licencia tienen por objeto la producción y venta de productos con un derecho de propiedad intelectual, se considera que son de naturaleza similar a la de los acuerdos de transferencia de tecnología y normalmente plantean problemas comparables. Aunque el RECATT no cubre más derechos de autor que los de programas informáticos, por regla general la Comisión aplicará los principios expuestos en el RECATT y estas Directrices para evaluar este tipo de acuerdos de licencia de derechos de autor a la luz del artículo 81.
52. En cambio, las licencias de derechos de representación y de otros derechos relacionados con derechos de autor plantean problemas específicos y puede resultar inapropiado evaluarlas con arreglo a los principios expuestos en estas Directrices. En el caso de los diversos derechos relacionados con las representaciones lo que genera valor no es la producción y venta de copias de un producto, sino cada representación de la obra protegida. Tal explotación puede adoptar diversas formas, como la representación, proyección o alquiler de material protegido, como películas, música o acontecimientos deportivos. A la hora de aplicar el artículo 81 se han de tener en cuenta las particularidades de la obra y el modo en que se explota <sup>(30)</sup>. Por poner un ejemplo, las restricciones de reventa pueden plantear menos problemas de competencia, mientras que sí puede plantearlos el hecho de que los licenciantes impongan a los licenciarios la obligación de hacer extensivas a todos sus licenciantes las condiciones favorables que concedan a uno de ellos. Por consiguiente, la Comisión no aplicará el RECATT y las presentes Directrices por analogía a los acuerdos de licencia de estos derechos.
53. Como tampoco hará extensivos los principios expuestos en el RECATT y estas Directrices a los acuerdos de licencia de marca. 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 Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas <sup>(31)</sup>.

#### 2.4. Duración

54. En función de la duración del RECATT, 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 licenciataria, en cuyo caso la exención se aplicará mientras dure el acuerdo (véase el artículo 2 del RECATT).

55. La exención por categorías se aplica a todos los derechos de propiedad cubiertos 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 propiedad intelectual que constituya una «tecnología» en el sentido del RECATT (véase el punto 46).
- 2.5. Relación con otros reglamentos de exención por categorías**
56. El RECATT abarca los acuerdos de licencia de tecnología entre dos empresas con fines de producción de productos contractuales. Ahora bien, la tecnología también puede 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 Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización <sup>(32)</sup>, el Reglamento n° 2659/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo <sup>(33)</sup>, y el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas <sup>(34)</sup>.
- 2.5.1. *Los Reglamentos de exención por categorías de determinados acuerdos de especialización y de I + D*
57. Con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento 2658/2000 sobre acuerdos de especialización, este Reglamento cubre, entre otros, 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.
58. Cuando las matrices de una empresa en participación de producción conceden a ésta una licencia de tecnología que utiliza en la elaboración de los productos que produce, la licencia está sujeta al Reglamento 2658/2000 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 2658/2000. 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 IV.4.
59. El Reglamento 2659/2000 sobre 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 apartado 11 del artículo 2, 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.
60. Por consiguiente, el Reglamento 2659/2000 cubre las licencias que se conceden las partes y las que éstas concedan a una entidad común en el contexto de un acuerdo de investigación y desarrollo. 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 licenciatarios 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 2659/2000. Tales acuerdos de licencia pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el RECATT si cumplen las condiciones establecidas en dicho Reglamento.
- 2.5.2. *El Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos verticales*
61. El Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión sobre 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>(35)</sup>.
62. Habida cuenta de que el RECATT solamente cubre los acuerdos entre dos partes y dado que un licenciatario que venda productos que incorporan la tecnología licenciada es un proveedor a efectos del Reglamento 2790/1999, estos dos reglamentos de exención por categorías están estrechamente relacionados. El acuerdo entre el licenciante y el licenciatario está sujeto al RECATT mientras que los acuerdos entre un licenciatario y los compradores están sujetos al Reglamento 2790/1999 y a las Directrices sobre restricciones verticales <sup>(36)</sup>.
63. El RECATT también exime los acuerdos entre el licenciante y el licenciatario cuando el acuerdo impone al licenciatario obligaciones relativas al modo de comercialización de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Concretamente, puede obligarse al licenciatario 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 2790/1999 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, de la letra b) del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento 2790/1999 se desprende que los distribuidores deben poder hacer libremente ventas pasivas en el territorio de otros distribuidores exclusivos.

64. Además, 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 licenciarios que produzcan sus propios productos con la tecnología licenciada. Ello se debe a que a efectos del Reglamento 2790/1999 cada licenciario es un proveedor distinto. Sin embargo, los argumentos que justifican la exención por categorías prevista en ese Reglamento también pueden ser válidos cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada son vendidos por los 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 la Comisión no plantee objeciones a las restricciones si se cumplen por analogía los requisitos del Reglamento 2790/1999. 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. La salvaguardia regulatoria creada por el Reglamento de exención por categorías

65. En virtud del artículo 3 del RECATT, la exención por categorías de los acuerdos restrictivos 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 apartado 3 del artículo 81. Cuando no se cumplen estos umbrales, hay que evaluar el acuerdo. 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 apartado 1 del artículo 81, ni de que el acuerdo no cumple las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Si no contiene restricciones especialmente graves, hay que proceder a un análisis del mercado.

66. 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 entre no competidores. A efectos del RECATT, las empresas son competidoras en el mercado tecnológico de referencia cuando conceden licencias de tecnologías competidoras. 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. 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 (véase el punto 31).

67. Dos empresas son competidoras en el mercado de productos de referencia si ambas están activas en el mismo mercado o mercados de productos de referencia y en el mismo mercado o mercados geográficos de referencia en que se venden los productos que incorporan la tecnología licenciada (competidores efectivos). También se consideran competidores si hay motivos racionales para creer que, si se produjese un incremento pequeño y permanente de los precios relativos, probablemente acometerían las inversiones adicionales u otros costes de cambio necesarios para entrar en el mercado o mercados de productos de referencia y en el mercado o mercados geográficos de referencia (competidores potenciales) en un plazo de tiempo razonablemente corto<sup>(37)</sup>.

68. De los puntos 66 y 67 se desprende que, a efectos del RECATT, dos empresas no son competidoras si el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial de productos en el mercado de referencia y el licenciario, ya presente en el mercado de productos, no licencia una tecnología competidora, ni siquiera si es propietario de una tecnología competidora que utiliza para producir. Con todo, las partes pueden devenir competidoras si más adelante el licenciario licencia su tecnología o el licenciante se convierte en un proveedor efectivo o potencial de productos en el mercado de referencia. 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 apartado 3 del artículo 4 del RECATT y el punto 31 de las presentes Directrices).

69. En el caso de los acuerdos entre competidores, el umbral de cuota de mercado es del 20 % y en el caso de los acuerdos entre no competidores es del 30 % (véanse los apartados 1 y 2 del artículo 3 del RECATT). Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia no son competidoras, el acuerdo está cubierto siempre que ninguna de las partes tenga una cuota de mercado superior al 30 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia afectados. Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia son competidoras, el acuerdo está cubierto siempre que la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia. Los umbrales de cuota de mercado se aplican tanto a los mercados tecnológicos como a los mercados de productos que incorporan la tecnología licenciada. Si se supera el umbral de cuota de mercado en algún mercado de referencia afectado, la exención por categorías no es aplicable al acuerdo en ese mercado de referencia. Por ejemplo, si el acuerdo de licencia afecta a dos mercados de productos distintos o a dos mercados geográficos distintos, la exención por categorías puede ser aplicable a uno de los mercados y no al otro.

70. En el caso de los mercados tecnológicos, del apartado 3 del artículo 3 del RECATT se desprende que la cuota de mercado del licenciante debe calcularse teniendo en cuenta las ventas del licenciante y todos sus licenciarios de productos que incorporen la tecnología licenciada, y ello para cada uno de los mercados de referencia por separado<sup>(38)</sup>. Si las partes son competidores en el mercado tecnológico, hay que combinar las ventas de productos que incorporen la tecnología del licenciario con las ventas de los productos que incorporen la tecnología licenciada. En el caso de nuevas tecnologías que todavía no hayan generado ventas, se considera que la cuota de mercado es nula. A medida que se vayan produciendo las ventas, la tecnología irá acumulando cuota de mercado.

71. En el caso de los mercados de productos, 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 referencia. 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 y del licenciante.

72. Las cuotas de mercado deben calcularse partiendo del valor de las ventas, 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.

73. Los principios que acaban de exponerse pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos.

#### *Acuerdos de licencia entre no competidores*

##### Primer ejemplo

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 vende 25 millones de euros 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 de euros con tecnologías de dominio público y 15 millones de euros de Xeran. En el año 3 y siguientes B sólo produce y vende Xeran, por un valor de 40 millones de euros anuales. El año 2 A también concede una licencia a C. Hasta entonces C no estaba presente en ese mercado de productos. C sólo produce y vende Xeran, por un valor de 10 millones de euros el año 2 y 15 millones de euros el año 3 y siguientes. Se determina que el valor global del mercado de Xeran y sus substitutos, en el que están activos B y C, es de 200 millones de euros anuales.

En el año 2, el año en que se concluye el acuerdo 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 tecnológico es del 12,5 %, porcentaje que refleja los 25 millones de euros 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 de euros. 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 de euros. 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 se trata de acuerdos de licencia entre no competidores y la cuota de mercado de A, B y C se mantiene todos los años por debajo del 30 %, los acuerdos se benefician de la salvaguardia regulatoria del RECATT.

Segundo ejemplo

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 substitutos es de 100 millones de euros anuales en cada mercado geográfico.

En este caso hay que calcular la cuota de mercado de A 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 caso se asume que el valor total del mercado es de 100 millones de euros, 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 apartado 2 del artículo 8 del RECATT, 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 tecnológico: 0 % en el año 2, 10 % en el año 3 y 15 % en adelante. El acuerdo de licencia entre A y C se beneficia de la salvaguardia regulatoria durante todo el período considerado.

*Acuerdos de licencia entre competidores*Tercer ejemplo

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 sólo utilizan su propia tecnología y A vende 15 millones de euros del producto y B vende 20 millones de euros 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 de euros del producto producido con su propia tecnología y 10 millones de euros del producto producido con la tecnología de B. Por su parte, B vende a partir del año 2 15 millones de euros del producto producido con su propia tecnología y 10 millones de euros del producto producido con la tecnología de A. Se determina que el valor global del mercado del producto y sus substitutos es de 100 millones de euros 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 de euros 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 de euros de las ventas del producto producido con la tecnología de A y producido y vendido por A y B (10 millones de euros 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.

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

##### 4.1. Principios generales

74. 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 de los tribunales comunitarios<sup>(39)</sup>, una restricción especialmente grave puede ser consecuencia del objetivo manifiesto del acuerdo o de las circunstancias del caso (véase el punto 14).

75. Cuando un acuerdo de transferencia de tecnología contiene una restricción especialmente grave de la competencia, en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del RECATT todo él queda excluido del ámbito de aplicación de la exención por categorías. A efectos de la aplicación del RECATT no es posible disociar las restricciones especialmente graves del resto del acuerdo. Es más, la Comisión estima que, en el contexto de la evaluación individual, las restricciones especialmente graves de la competencia sólo cumplirán las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 en circunstancias excepcionales (véase el punto 18).

76. El artículo 4 del RECATT distingue los acuerdos entre competidores de los acuerdos entre no competidores.

#### 4.2. Acuerdos entre competidores

77. El apartado 1 del artículo 4 contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en el caso de acuerdos entre competidores. Con arreglo al apartado 1 del artículo 4, 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 las partes de determinar sus precios al vender productos a terceros;
- b) la limitación de la producción, salvo las limitaciones de la producción de productos contractuales impuestas al licenciataro en un acuerdo no recíproco o impuestas a uno sólo de los licenciataros en un acuerdo recíproco;
- c) la asignación de mercados o clientes, con excepción de
  - i) la obligación del licenciataro o licenciataros de producir con la tecnología licenciada solamente en uno o más sectores técnicos de aplicación o en uno o más mercados de productos,
  - ii) la obligación del licenciante y/o del licenciataro, en un acuerdo no recíproco, de no producir con la tecnología licenciada en uno o más sectores técnicos de aplicación, en uno o más mercados de productos o en uno o más territorios exclusivos reservados para la otra parte,
  - iii) la obligación del licenciante de no conceder la licencia de la tecnología a otro licenciataro en un territorio determinado;
  - iv) la restricción, en un acuerdo no recíproco, de las ventas activas y/o pasivas por parte del licenciataro y/o del licenciante en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes reservado a la otra parte;

v) la restricción, en un acuerdo no recíproco, de las ventas activas del licenciataro en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciataro, siempre que este último no fuera una empresa competidora del licenciante en la fecha de conclusión de su propia licencia;

vi) la obligación de que el licenciataro produzca los productos contractuales solamente para su propio uso, siempre que no se restrinja al licenciataro la venta activa y pasiva de los productos contractuales como recambios para sus productos;

vii) la obligación del licenciataro 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 licenciataro de explotar su propia 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 objeto de la licencia.

78. 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 su tecnología a la otra o un acuerdo en el que si se conceden licencias cruzadas las tecnologías licenciadas no son tecnologías competidoras y no pueden utilizarse para la producción de productos competidores. Un acuerdo no se considerará recíproco por el mero hecho de contener una obligación de retrocesión o porque el licenciataro licencia al licenciante los perfeccionamientos que haya introducido en la tecnología licenciada. Si en un momento dado 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 éstas tengan que modificar la primera licencia para evitar que el acuerdo contenga una restricción especialmente grave. En la evaluación del caso la Comisión tendrá en cuenta el tiempo transcurrido entre la concesión de la primera y la segunda licencia.

79. La restricción especialmente grave de la competencia expuesta en la letra a) del apartado 1 del artículo 4 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, por ejemplo, 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 licenciataria de un canon mínimo no es asimilable de por sí a la fijación de precios.
80. 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>(40)</sup>. De ahí que los competidores puedan servirse de los acuerdos de licencia cruzada con cánones periódicos variables recíprocos para coordinar los precios en los mercados de productos descendentes<sup>(41)</sup>. No obstante, la Comisión sólo considerará las licencias cruzadas con cánones periódicos variables 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.
81. La restricción especialmente grave a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4 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 la letra d) del apartado 1 del artículo 4, según el cual no debe restringirse la capacidad del licenciataria de explotar su propia tecnología (véase el punto 95). Por lo general estos acuerdos restringen la competencia ya que aumentan el coste de utilización de la tecnología competidora del licenciataria y restringen la competencia que existía en ausencia del acuerdo<sup>(42)</sup>. Esto es así tanto si los acuerdos son recíprocos como si no lo son. 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 apartado 3 del artículo 81 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 licenciataria, por ejemplo, porque la tecnología del licenciante no deje rastro visible en el producto final y no haya otro método de control alternativo.
82. La restricción especialmente grave de la competencia contemplada en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 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. La letra b) del apartado 1 del artículo 4 no comprende las limitaciones de la producción impuestas al licenciataria por un acuerdo no recíproco, ni las limitaciones de la producción impuestas a uno de los licenciarios por un acuerdo recíproco, siempre que la limitación de la producción sólo afecte a productos producidos con la tecnología licenciada. Así pues, la letra b) del apartado 1 del artículo 4 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, obligando a ambas partes a compensar a la otra si se supera cierto nivel de producción.
83. 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, además, el riesgo de que el acuerdo no sea un auténtico acuerdo de licencia es menor cuando la restricción no es recíproca. Cuando un licenciataria 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 licenciataria. En un acuerdo recíproco una restricción de la producción de uno de los licenciarios es probable que refleje el mayor valor de la tecnología licenciada por una de las partes y puede promover la concesión de licencias procompetitivas.
84. La restricción de la competencia especialmente grave a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 4 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. Hay restricción especialmente grave de la competencia cuando se trata de 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.
85. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 se aplica con independencia de que el licenciataria siga siendo libre de utilizar su propia tecnología. Una vez que el licenciataria se ha equipado para utilizar la tecnología del licenciante para 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 licenciataria 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.

86. Con arreglo al inciso ii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4, no es una restricción especialmente grave el que en un acuerdo no recíproco el licenciante conceda al licenciario 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 abstiene de entrar o permanecer en el mercado. La exención por categorías también es aplicable si la licencia está limitada a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos. La finalidad de los acuerdos cubiertos por el inciso ii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 puede ser ofrecer al licenciario incentivos para invertir en la tecnología licenciada y desarrollarla. Por lo tanto, estos acuerdos no tienen necesariamente por objeto el reparto de mercados.
87. Con arreglo al inciso iv) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 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<sup>(43)</sup> en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado a la otra parte.
88. Con arreglo al inciso iii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 tampoco es una restricción especialmente grave el que el licenciante nombre al licenciario licenciario 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. 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 su propia tecnología en sus respectivos territorios.
89. El inciso v) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 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 licenciario en el territorio o al grupo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciario, a condición, no obstante, de que el licenciario 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 considerarse especialmente graves. Como estas restricciones permiten al licenciante conceder a un licenciario 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 licenciario 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 equivale a un cartel entre licenciarios. Como este tipo de acuerdos no tiene por objeto la transferencia de tecnología, no entran dentro del ámbito de aplicación del RECAT.
90. Conforme al inciso i) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4, las restricciones de acuerdos entre competidores que limitan la licencia a uno o más mercados de productos o sectores técnicos de aplicación<sup>(44)</sup> no son restricciones especialmente grave 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 obstante, sólo están amparadas por la exención por categorías si las restricciones de sector de aplicación no rebasan el ámbito de aplicación de las tecnologías licenciadas. De igual modo, sólo están amparadas por la exención por categorías si los licenciarios no están sujetos a limitación alguna por lo que se refiere al uso de su propia tecnología [véase la letra d) del apartado 1 del artículo 4]. De lo contrario, el acuerdo sirve para repartirse los mercados.
91. 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 sólo 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 licenciarios 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 punto 85). Además, las restricciones de sector de aplicación pueden ser necesarias para fomentar la concesión de licencias procompetitivas (véase el punto 182).
92. El inciso vi) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 contiene otra excepción: las restricciones de uso cautivo, es decir, las restricciones por las que el licenciario únicamente puede producir los productos que incorporan la tecnología licenciada para su propio uso. Cuando el producto contractual es un componente, el licenciario puede estar obligado a producir el componente solamente para incorporarlo en sus propios productos y no venderlo a otros productores. Con todo, el licenciario 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 IV.2.5.

93. Por último, el inciso vii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 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 inciso vii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 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 sólo se conceda una licencia de ese tipo. El inciso vii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 también cubre los casos en que se concede a más de una empresa una licencia para producir para dicho cliente concreto. Si la licencia se concede únicamente para tal fin, el peligro de que tales acuerdos conduzcan a un reparto del mercado es limitado. Concretamente, no se puede presumir que el acuerdo vaya a llevar al licenciataria a dejar de explotar su propia tecnología.

94. La restricción especialmente grave de la competencia de la letra d) del apartado 1 del artículo 4 cubre en primer lugar 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 ponga 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. La letra d) del apartado 1 del artículo 4 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 licencianta del peligro de ser revelados. Para beneficiarse de la exención, las restricciones impuestas para proteger los conocimientos técnicos del licencianta 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.

95. Con arreglo a la letra d) del apartado 1 del artículo 4, el licenciataria también debe poder usar libremente su propia tecnología competidora, siempre que al hacerlo no haga uso de la tecnología licenciada. Por lo que se refiere a su propia tecnología, el licenciataria debe ser completamente libre de determinar el lugar de fabricación o venta, 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 su propia tecnología (véase el punto 81). Además, el licenciataria debe ser

libre de licenciar su propia tecnología a terceros. Cuando se imponen restricciones de la libertad del licenciataria para utilizar su propia tecnología o realizar investigación y desarrollo, se reduce la competitividad de la tecnología del licenciataria, con lo cual se restringe la competencia en los mercados de productos y tecnologías existentes y se reducen los incentivos que tiene el licenciataria para invertir en el desarrollo y perfeccionamiento de su tecnología.

#### 4.3. Acuerdos entre no competidores

96. El apartado 2 del artículo 4 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 éstos 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 licenciataria puede vender pasivamente los productos contractuales, o de los clientes a los que puede vendérselos, excepto:

i) la restricción de las ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado para el licencianta;

ii) la restricción de las ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado por el licencianta a otro licenciataria durante los dos primeros años en que ese otro licenciataria venda los productos contractuales en dicho territorio o a dicho grupo de clientes;

iii) el requisito de producir los productos contractuales solamente para su propio uso, siempre que no se restrinjan al licenciataria las ventas activas y pasivas de los productos contractuales como recambios para sus productos;

iv) 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;

- v) la restricción de las ventas a usuarios finales por un licenciatario que opere en el comercio al por mayor;
- vi) la restricción de las 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.
97. La restricción especialmente grave de la competencia a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 4 consiste en la fijación de los precios de venta a terceros. Concretamente, esta 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 el margen, que fijan el nivel máximo de los descuentos, que vinculan el precio de reventa establecido a los precios de reventa 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 licenciatarios 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 licenciatario de rebajar su precio de venta, como puede ser que el licenciante obligue al licenciatario 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 licenciatario una lista de precios recomendados o le imponga un precio de venta máximo conduzca a unos precios de venta fijos o mínimos.
98. La letra b) del apartado 2 del artículo 4 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 de los licenciatarios de productos que incorporen la tecnología licenciada<sup>(45)</sup>. Las restricciones de las ventas del licenciatario 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 licenciatarios. También pueden ser el resultado de medidas indirectas encaminadas a inducir al licenciatario 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. La Comisión 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, la aplicación de cánones distintos según el destino de los productos y el control del destino de los productos vendidos por cada licenciatario. Hay varias excepciones importantes a la restricción especialmente grave general que cubre las ventas pasivas de los licenciatarios; de estas excepciones se trata más adelante.
99. La letra b) del apartado 2 del artículo 4 no cubre las restricciones de las ventas 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 licenciatario, con excepción de lo indicado con referencia a las ventas activas en los puntos 106 y 107. 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 licenciatarios 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 licenciatarios, no es preciso que al licenciatario 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 licenciatario. Es probable que el hecho de garantizar a un licenciatario que sólo tendrá que enfrentarse a la competencia de un número limitado de licenciatarios dentro del territorio en cuestión y no tendrá que hacer frente a la competencia de otros licenciatarios de fuera de dicho territorio promueva inversiones generadoras de eficiencias.
100. Las restricciones de las ventas activas y pasivas de los licenciatarios en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado al licenciante no son restricciones especialmente graves de la competencia [véase el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4]. De hecho, 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 licenciatario. Un territorio o un grupo de clientes puede ser reservado para el licenciante aunque éste 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.

101. Las restricciones de las ventas pasivas de los licenciarios en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado a otro licenciario están cubiertas por la exención por categorías por un período de dos años a partir de la fecha en que el licenciario protegido venda por primera los productos que incorporan la tecnología licenciada dentro de su territorio exclusivo o a su grupo exclusivo de clientes [véase el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4]. A menudo los licenciarios tienen que hacer inversiones sustanciales en activos productivos y actividades promocionales para introducirse y crecer en un territorio nuevo. Todo nuevo licenciario 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 en caso de retirada del mercado. 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 exclusivo. Por lo tanto, la restricciones de las ventas pasivas en el territorio exclusivo de un licenciario por otros licenciarios con frecuencia no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 por un período de dos años a partir de la fecha en que el licenciario en cuestión saca al mercado el producto que incorpora la tecnología licenciada por primera vez en el territorio exclusivo. Cuando estas restricciones están sujetas al apartado 1 del artículo 81, se benefician de la exención por categorías. Al término de este periodo de dos años, las restricciones de las ventas pasivas entre licenciarios constituyen restricciones especialmente graves. Estas restricciones generalmente entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 y hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 81. Concretamente, es improbable que estas restricciones sean indispensables para alcanzar eficiencias <sup>(46)</sup>.
102. El inciso iii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciario 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 licenciario puede estar obligado a utilizar el producto solamente para incorporarlo en sus propios productos y a no venderlo a otros productores. Con todo, el licenciario debe ser libre de vender activa y pasivamente los productos como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe poder venderlos libremente a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Las restricciones de uso cautivo también se tratan en la sección IV.2.5.
103. Como en el caso de los acuerdos entre competidores (véase el punto 94) la exención por categorías también es aplicable a los acuerdos en que el licenciario tiene la obligación de producir los productos contractuales únicamente para un cliente determinado para así crear una fuente alternativa de suministro para dicho cliente [véase el inciso iv) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4]. En el caso de los acuerdos entre no competidores es poco probable que este tipo de restricciones entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.
104. El inciso v) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías la obligación del licenciario de no vender a usuarios finales, limitándose únicamente a vender a minoristas. Esta obligación permite al licenciante asignar al licenciario la función de distribución al por mayor y en principio no está sujeta al apartado 1 del artículo 81 <sup>(47)</sup>.
105. Finalmente, el inciso vi) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciario 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 a la letra c) del apartado 2 del artículo 4, los licenciarios deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente a los usuarios finales, sin perjuicio de la posibilidad de circunscribir al licenciario a la función de mayorista, tal como está previsto en el inciso v) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 (véase el punto anterior).
106. Se recuerda (véase el punto 39) que la exención por categorías también se aplica a los acuerdos de licencia por los que el licenciante impone obligaciones que el licenciario debe o puede imponer a sus compradores, incluidos los distribuidores. Sin embargo, deben atenerse a las normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución. Como el RECAT solo se aplica a los acuerdos entre dos partes, los acuerdos entre el licenciario y sus compradores que contengan este tipo de obligaciones no están cubiertos por el RECAT. Tales acuerdos solamente pueden acogerse a una exención por categorías si cumplen los requisitos establecidos en el Reglamento 2790/1999 (véase la sección 2.5.2).

## 5. Restricciones excluidas

107. El artículo 5 del RECAT enumera cuatro 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. Del artículo 5 se desprende que la inclusión en un acuerdo de licencia de una de las restricciones mencionadas en dichas disposiciones no obsta para la aplicación de la exención por categorías al resto del acuerdo. Solamente queda excluida de la exención por categorías la restricción en cuestión, por lo que será necesaria una evaluación individual. Por consiguiente, la regla de la disociabilidad es aplicable a las restricciones enumeradas en el artículo 5.
108. El apartado 1 del artículo 5 dispone que la exención por categorías no es aplicable a estas tres obligaciones:
- Toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciario de conceder al licenciante o a un tercero designado por el licenciante una licencia exclusiva referente a sus propios perfeccionamientos disociables o a sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada.

- b) Toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciario de ceder al licenciante o a un tercero designado por éste los derechos de sus propios perfeccionamientos disociables o de sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada.
- c) Toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciario de no oponerse a la validez de los derechos de propiedad intelectual que el licenciante ostenta en el mercado común. Con todo, el RECATT prevé la posibilidad de que el licenciante rescinda el acuerdo de licencia en caso de que el licenciario se oponga a la validez de la tecnología licenciada.

El objetivo que persiguen las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 5 es evitar que la exención por categorías se aplique a acuerdos que puedan reducir los incentivos que tienen los licenciarios para innovar.

109. Las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 5 se refieren a las retrocesiones exclusivas o a las cesiones de perfeccionamientos disociables de la tecnología licenciada. Un perfeccionamiento se considera disociable cuando puede explotarse sin transgredir la tecnología licenciada. Si se obliga al licenciario a conceder al licenciante una licencia exclusiva referente a los perfeccionamientos disociables 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 sus perfeccionamientos, entre otras maneras, concediendo licencias a terceros. Esto es así tanto si el perfeccionamiento disociable se refiere a la misma aplicación que la tecnología licenciada como si el licenciario desarrolla nuevas aplicaciones de esa tecnología. Con arreglo a las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 5, la exención por categorías no es aplicable a este tipo de obligaciones. Sin embargo sí es aplicable a las obligaciones de retrocesión no exclusiva de los derechos sobre perfeccionamientos disociables. Así es incluso si estas obligaciones no son recíprocas, es decir, sólo afectan al licenciario, y si el licenciante tiene derecho a revelar los perfeccionamientos disociables a otros licenciarios. Una obligación de retrocesión no recíproca de los derechos sobre perfeccionamientos o nuevas aplicaciones puede favorecer la innovación y la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante decidir libremente en qué medida transfiere sus propios perfeccionamientos a sus licenciarios. Una cláusula de este tipo también puede fomentar la difusión de la tecnología porque 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. Las cláusulas de retrocesión exclusiva y las obligaciones de cesión de perfeccionamientos no disociables no son restrictivas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 ya que los perfeccionamientos no disociables no pueden ser explotados por el licenciario sin permiso del licenciante.
110. La aplicación de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 5 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 81. 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 exclusiva tengan efectos restrictivos sobre la competencia en innovación. Cuanto más sólida sea la posición de la tecnología del licenciante, mayores serán las probabilidades de que el licenciario se convierta en una importante fuente de innovación y competencia. 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 licenciarios 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.
111. El riesgo de que la innovación se vea afectada es mayor en el caso de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores que no sólo imponen una obligación de retrocesión a ambas partes, sino que también las obligan a compartir 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 punto 208). 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.
112. La restricción excluida a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 5 tiene por objeto las cláusulas de no oposición, es decir, las obligaciones de no oponerse a la validez de la propiedad intelectual del licenciante. 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 licenciarios 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 apartado 1 del artículo 81 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 sólo pueden hacerlo pagando un canon <sup>(48)</sup>. En estos casos es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 <sup>(49)</sup>. Sin embargo, la Comisión acepta las cláusulas de no oposición relacionadas con conocimientos técnicos cuando se trata de conocimientos que una vez revelados puede resultar imposible o muy difícil recuperarlos. En estos casos, la obligación del licenciario 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.

113. El RECATT prevé la posibilidad de que el licenciante rescinda el acuerdo de licencia en caso de que el licenciario se oponga a la validez de la tecnología licenciada. Por consiguiente, no se obliga al licenciante a mantener una relación comercial con un licenciario que se haya opuesto al objeto mismo del acuerdo de licencia, lo que significa que, una vez rescindido el acuerdo, si el licenciante sigue utilizando la tecnología impugnada, lo hace por su cuenta y riesgo. La letra c) del apartado 1 del artículo 5 garantiza, no obstante, que el RECATT no cubre las obligaciones contractuales que obligan al licenciario a no oponerse a la tecnología licenciada al amparo de las cuales el licenciante podría demandar al licenciario por incumplimiento de contrato, con lo que el licenciario tendría un motivo más para no oponerse a la validez de la tecnología del licenciante. Esta disposición garantiza que el licenciario esté en pie de igualdad con los terceros.
114. El apartado 2 del artículo 5 excluye del ámbito de aplicación de la exención por categorías, en el caso de los acuerdos entre no competidores, toda obligación directa o indirecta que limite la capacidad del licenciario de explotar su propia tecnología o limite la capacidad de las partes del acuerdo de realizar investigación y desarrollo, a menos que ello 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 la letra d) del apartado 1 del artículo 4, restricción de la que se ocupan los puntos 94 y 95. 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 apartado 3 del artículo 81 <sup>(50)</sup>. Simplemente han de ser objeto de una evaluación individual.
115. En el caso de los acuerdos entre no competidores, el licenciario 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 licenciario posee una tecnología competidora. Por ejemplo, cuando el licenciario 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 <sup>(51)</sup>. En estos casos es importante garantizar que no se limita la capacidad del licenciario 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 licenciario de explotar y desarrollar su propia tecnología o de las actividades de investigación y desarrollo restringen la competencia y no cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Así, por ejemplo, una restricción por la que se obligue al licenciario a pagar cánones no sólo por los productos que produce con la tecnología licenciada sino también con los productos que produce con su propia tecnología por regla general limitará la capacidad del licenciario de explotar su propia tecnología, por lo que quedará excluida del ámbito de aplicación de la exención por categorías.
116. Cuando el licenciario 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 sólo 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 actividades de investigación y desarrollo. En este caso es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Si hay muchas 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 apartado 1 del artículo 81 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 licenciario a centrarse en la explotación y desarrollo de la tecnología licenciada. Además, el apartado 1 del artículo 81 sólo es aplicable si el acuerdo reduce los incentivos que tiene el licenciario 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 licenciario se pone a producir con su propia tecnología competidora. Este derecho no reduce los incentivos que tiene el licenciario para innovar, ya que el acuerdo sólo 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.

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

### 6.1. Procedimiento de retirada

117. Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden retirar el beneficio de la exención por categorías a un acuerdo concreto cuando no cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81. La facultad de las autoridades de competencia de los Estados miembros 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 miembro en cuestión.

118. Las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas y han de cumplirse todas para que sea aplicable la norma de excepción<sup>(52)</sup>. Por lo tanto, puede retirarse la exención por categorías cuando un acuerdo concreto incumple una o más de estas cuatro condiciones.

119. 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 apartado 1 del artículo 81 y no cumple las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Dado que la retirada implica que el acuerdo en cuestión es restrictivo de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 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 Reglamento 1/2003.

120. Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la retirada está justificada cuando:

- 1) 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 licenciarios el uso de tecnologías de terceros;
- 2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciarios;
- 3) las partes, sin razones objetivamente justificadas, no exploten la tecnología objeto de la licencia.

121. 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 licenciario o entre licenciarios. 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 licenciario. La exclusión de otros licenciantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciarios 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 licenciarios puede ser el resultado del efecto acumulativo de una serie de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciarios impidiendo así que los licenciarios potenciales accedan a la tecnología necesaria. La problemática de la exclusión se aborda con mayor detalle en la sección IV.2.7. Por lo demás, es probable que la Comisión también retire el beneficio de la exención por categorías en los casos en que un número significativo de licenciantes de tecnologías competidoras imponga a sus licenciarios en acuerdos individuales la obligación de hacerles extensiva cualesquier condición más favorables que concedan a otros licenciantes.

122. También es probable que la Comisión retire el beneficio de la exención por categorías en los casos en que las partes se abstengan de explotar la tecnología licenciada, salvo que tengan motivos objetivos para hacerlo. Cuando las partes no explotan la tecnología licenciada, no se produce una integración de la actividad que genera eficiencias, con lo que la exención por categorías pierde todo sentido. 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 licenciario explotar su propia tecnología sin correr el riesgo de ser objeto de una demanda por violación de patente. 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, la Comisión examinará con especial atención estos casos.

### 6.2. Inaplicación del Reglamento de exención por categorías

123. El artículo 7 del RECATT faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de acuerdos similares que cubran más del 50 % de un mercado de referencia. Esta medida no va dirigida a una u otra empresa concreta sino a todas las empresas cuyos acuerdos sean objeto del reglamento por el que se declare la inaplicabilidad del RECATT.

124. Mientras que la retirada del beneficio del RECATT en aplicación del artículo 6 implica la adopción de una decisión con arreglo a los artículos 7 o 9 del Reglamento 1/2003, un reglamento de inaplicación de la Comisión adoptado con arreglo al artículo 7 no tiene más efecto que 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 81. Tras la adopción de un reglamento de inaplicación del RECATT en un mercado específico a acuerdos que contengan determinadas restricciones, los criterios desarrollados por la jurisprudencia pertinente de los tribunales comunitarios y las comunicaciones y decisiones adoptadas por la Comisión servirán de guía para la aplicación del artículo 81 a acuerdos concretos. Cuando proceda, la Comisión adoptará decisiones en casos específicos, que pueden servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.
125. 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.
126. El artículo 7 no impone a la Comisión la obligación de actuar cuando se supera el índice de cobertura del mercado del 50 %. En general, procede declarar inaplicable el RECATT cuando resulta probable que se restrinja de manera apreciable el acceso al mercado de referencia o la competencia dentro del mismo. A la hora de evaluar si procede aplicar el artículo 7, la Comisión considerará si la retirada individual es la 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 la Comunidad.
127. Todo reglamento adoptado en aplicación del artículo 7 ha de definir claramente su ámbito de aplicación. Ello implica, en primer lugar, que la Comisión ha de definir el mercado o mercados de productos de referencia y el mercado o mercados geográficos de referencia y, en segundo lugar, ha de precisar a qué tipo de restricción ya no se aplicará el RECATT. Por lo que se refiere a este último aspecto, la Comisión puede modular el ámbito de aplicación de su reglamento 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 %, la Comisión puede restringir el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicación a tan sólo 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 afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. En su caso, la Comisión también puede ofrecer asesoramiento, indicando el nivel de cuota de mercado que, en un mer-

cado 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>(53)</sup>.

128. El período transitorio no inferior a seis meses que la Comisión tendrá que fijar en aplicación del apartado 2 del artículo 7 debería permitir a las empresas afectadas adaptar sus acuerdos en función del reglamento de inaplicación del RECATT.
129. Un reglamento de inaplicación del RECATT no afectará a la condición de acuerdos eximidos por categorías de los acuerdos afectados en lo que respecta al período anterior a su entrada en vigor.

#### IV. APLICACIÓN DE LOS APARTADOS 1 Y 3 DEL ARTÍCULO 81 FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

##### 1. Marco analítico general

130. 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 apartado 1 del artículo 81 o que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81 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 apartado 1 del artículo 81 por el mero hecho de que se rebasen los umbrales de cuota de mercado. Se ha de realizar una evaluación individual basada en los principios expuestos en estas Directrices.
131. 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, la Comisión parte de la base de que, a falta de restricciones especialmente graves, es improbable que se infrinja el artículo 81 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 substitutivas, 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. El hecho de que un acuerdo no pueda beneficiarse de la salvaguardia regulatoria descrita en este punto no implica que entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 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 sólo crea una presunción negativa de que el acuerdo no está prohibido por el artículo 81. 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.

### 1.1. Factores relevantes

132. Al aplicar el apartado 1 del artículo 81 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,
- c) la posición de mercado de los competidores,
- d) la posición de mercado de los compradores de los productos licenciados,
- e) las barreras de entrada,
- f) la madurez del mercado y
- g) otros factores.

La importancia de cada factor puede variar según el caso y depende de 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.

133. 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 sólo 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.

134. La posición de mercado de las partes nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado que tienen el licenciante, el licenciatario 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.

135. Para analizar la relación competitiva entre las partes en ocasiones es necesario ir más allá del análisis expuesto en las secciones II.3, relativa a la definición de mercado, y II.4, sobre la distinción entre competidores y no competidores. Incluso cuando el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial en el mercado de productos y el licenciatario no es un competidor efectivo o potencial en el mercado tecnológico, es un factor importante para el análisis el que el licenciatario posea una tecnología competidora que esté licenciada. Si el licenciatario goza de una posición fuerte en el mercado de productos, un acuerdo que le conceda una licencia exclusiva sobre una tecnología competidora puede restringir significativamente la competencia con relación a la situación que reinaría si el licenciante no concediese una licencia exclusiva o la concediese a otras empresas.

136. 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.

137. La posición de mercado de los compradores nos da una indicación de si uno o más compradores goza de poder de negociación. 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 licenciatario 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 licenciatario 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>(54)</sup>.

138. 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. 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, 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.
139. Un mercado maduro 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. En un mercado de este tipo es más fácil que las restricciones de la competencia tengan efectos negativos que en mercados más dinámicos.
140. 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.
- 1.2. Efectos negativos de los acuerdos de licencia restrictivos**
141. Las principales consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de los acuerdos de transferencia de tecnología restrictivos son las siguientes:
- 1) 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;
  - 2) 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
  - 3) reducción de la competencia intratecnología entre las empresas que producen productos con la misma tecnología.
142. 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 punto 208).
143. 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 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>(55)</sup>.

144. 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 substitutivas 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.
145. 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.
- 1.3. Efectos positivos de los acuerdos de licencia restrictivos y marco analítico de estos efectos**
146. Hasta los acuerdos de licencia restrictivos producen, en su mayoría, efectos procompetitivos consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos. Esta evaluación se realiza en el marco del apartado 3 del artículo 81, que contiene una excepción a la prohibición del apartado 1 del mismo artículo. Para que esta 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.
147. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el apartado 3 del artículo 81 se efectúa en el contexto real en el que se producen<sup>(56)</sup> y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones importantes de los hechos. La excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones y deja de aplicarse cuando no sea así<sup>(57)</sup>. Sin embargo, al aplicar el apartado 3 del artículo 81 conforme a estos principios, 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 81 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 apartado 1 del artículo 81 o el cumplimiento de las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, según el caso, durante el tiempo necesario para recuperar la inversión.
148. La primera condición del apartado 3 del artículo 81 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 al licenciario acceder a una tecnología que puede combinarse con estos 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 de valiosos servicios a los consumidores. Los efectos positivos de los acuerdos verticales han sido descritos en las Directrices sobre restricciones verticales<sup>(58)</sup>. Otro ejemplo de posibles eficiencias es el de 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, los acuerdos de licencia por los que las partes acuerdan no ejercer su 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.
149. Al hacer la prueba de la indispensabilidad del apartado 3 del artículo 81, la Comisión 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 apartado 3 del artículo 81 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>(59)</sup>, en cuyo caso hay que determinar hasta qué punto tal inclusión 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 substitutos. Tratándose de un simple acuerdo de licencia entre dos partes, generalmente basta con un examen de la indispensabilidad de las restricciones individuales. Normalmente no hay ninguna alternativa menos restrictiva al acuerdo de licencia en sí.

150. 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>(60)</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>(61)</sup>.
151. La última condición del apartado 3 del artículo 81, 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 apartado 3 del artículo 81, hay que tener en cuenta la relación entre el apartado 3 del artículo 81 y el artículo 82. Conforme a la jurisprudencia reiterada en la materia, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no obsta para la aplicación del artículo 82 del Tratado<sup>(62)</sup>. Es más, dado que tanto el artículo 81 como el 82 persiguen el objetivo de mantener la competencia efectiva en el mercado, por coherencia hay que interpretar que el apartado 3 del artículo 81 excluye la aplicación de la excepción a los acuerdos restrictivos que constituyen un abuso de posición dominante<sup>(63)</sup>.
152. 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 apartado 3 del artículo 81. Un consorcio tecnológico, por ejemplo, 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 ope-

radores 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 apartado 3 del artículo 81. Los proveedores pueden seguir compitiendo en precios, calidad y características del producto. Ahora bien, para cumplir con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81, el acuerdo no debe restringir indebidamente ni la competencia ni la innovación futura.

## 2. Aplicación del artículo 81 a diversos tipos de restricciones de acuerdos de licencia

153. 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 del ámbito de aplicación del RECATT. Las restricciones que ya han sido objeto de partes anteriores de estas Directrices, en especial las secciones III.4 y III.5, solamente se tratan brevemente en esta sección.
154. 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. 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. Los acuerdos por los que las partes crean un paquete tecnológico que se licencia a terceros constituyen consorcios tecnológicos, que se tratan en la sección 4.
155. Esta sección no se ocupa de las obligaciones de los acuerdos de licencia que generalmente no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81. Se trata, entre otras, de las siguientes obligaciones:
- a) obligaciones de confidencialidad,
  - b) obligaciones que impiden a los licenciarios conceder sublicencias,
  - c) obligación de no utilizar la tecnología licenciada tras la expiración del acuerdo, siempre que la tecnología licenciada siga siendo válida y esté vigente,
  - d) obligación de ayudar al licenciante a velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia,

- e) obligación de pagar un canon mínimo o de producir una cantidad mínima de productos que incorporen la tecnología licenciada y
- f) obligación de utilizar la marca del licenciante o de indicar el nombre del licenciante en el producto.

### 2.1. Obligaciones de pago de cánones

156. En principio las partes de un acuerdo de licencia pueden fijar libremente el canon que ha de pagar el licenciatario y el modo de pago sin que el acuerdo quede sujeto al apartado 1 del artículo 81. 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. 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 apartado 1 del artículo 81.
157. En el caso de los acuerdos de licencia entre no competidores, es de recordar (véanse los puntos 81 y 82) que en algunas circunstancias las obligaciones de pago de cánones pueden tener los mismos efectos que la fijación de precios, que es una restricción especialmente grave [véase la letra a) del apartado 1 del artículo 4]. Es una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del apartado 1 del artículo 4 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 a las letras a) y d) del apartado 1 del artículo 4 el que la obligación de pago de cánones se haga extensiva a productos producidos exclusivamente con tecnología del licenciatario.
158. 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 apartado 1 del artículo 81 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, hay que tener en cuenta los cánones que pagan otros licenciatarios en el mercado de productos por la misma tecnología o tecnologías substitutivas. En estos casos es muy poco probable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. El apartado 1 del artículo 81 también puede ser aplicable en los casos en que los cánones por unidad recíprocos aumenten si crece la producción. Si las partes tienen un poder de mercado significativo, este tipo de cánones puede limitar la producción.
159. Aunque la exención por categorías solamente es aplicable en tanto la tecnología licenciada sea válida y esté vigente, 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 apartado 1 del artículo 81. 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.
160. 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 una obligación de inhibición de la competencia. Si se pagan cánones no sólo 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 determinar si la restricción tiene efectos de exclusión. Para ello resulta apropiado usar el marco analítico expuesto en la sección 2.7. Cuando los efectos de exclusión son apreciables, estos acuerdos están sujetos al apartado 1 del artículo 81 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.

### 2.2. Licencias exclusivas y restricciones de las ventas

161. 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).

#### 2.2.1. Licencias exclusivas y únicas

162. Una licencia se considera exclusiva cuando el licenciatario es el único autorizado a producir con la tecnología licenciada dentro de determinado territorio. Esto significa que 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. Cuando el licenciante sólo 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 de vender donde quieran los productos que incorporan la tecnología licenciada.

163. Los acuerdos de licencia exclusiva recíprocos entre competidores entran dentro del ámbito de aplicación de la letra c) del apartado 1 del artículo 4, que incluye el reparto de mercados entre competidores entre las restricciones especialmente graves. Los acuerdos de licencia única recíprocos entre competidores están 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.
164. 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 competitivos 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 apartado 1 del artículo 81, 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 licenciario, es poco probable que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Un caso especial es el de los acuerdos en que el licenciante y el licenciario sólo compiten en el mercado tecnológico y el licenciante, por ejemplo un instituto de investigación o una pequeña empresa de investigación, no cuentan con activos de producción y distribución para comercializar productos que incorporen la tecnología licenciada. En estos casos es improbable que se infrinja el apartado 1 del artículo 81.
165. Es probable que los acuerdos de licencia exclusiva entre no competidores que entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81<sup>(64)</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 licenciario a invertir en la tecnología licenciada y comercializar los productos a su debido tiempo. Es lo que ocurre sobre todo cuando el licenciario tiene que hacer cuantiosas inversiones para desarrollar aún más la tecnología licenciada. Retirar la exclusiva al licenciario 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, la Comisión sólo intervendrá en casos excepcionales, independientemente del alcance territorial de la licencia.
166. Su intervención puede estar justificada sobre todo en los casos en que un licenciario dominante obtiene una licencia exclusiva sobre una o más tecnologías competidoras. Es probable que tales acuerdos entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 y hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del mismo artículo. No obstante, para ello 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 licenciarios y permitir que el licenciario preserve su poder de mercado.
167. 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. La Comisión evaluará tales acuerdos siguiendo los mismos principios que aplica a los consorcios tecnológicos (sección 4). En principio exigirá que se concedan a terceros, en condiciones razonables y no discriminatorias<sup>(65)</sup>, licencias sobre las tecnologías en que se basa la norma. 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.
- #### 2.2.2. Restricciones de las ventas
168. 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.
169. 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 de la letra c) del apartado 1 del artículo 4. Las restricciones de las ventas impuestas a una u otra parte en un acuerdo recíproco entre competidores están sujetas al apartado 1 del artículo 81 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.
170. 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 inciso iv) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4]. Por encima

- del umbral de cuota de mercado del 20 % las restricciones de las ventas entre licenciario y licenciente están sujetas al apartado 1 del artículo 81 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 apartado 3 del artículo 81. Por ejemplo, si el licenciente 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 ellas, 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 licenciente, 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.
171. 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 éste no fuese un competidor del licenciente en la fecha de conclusión de su propio acuerdo de licencia con el licenciente. Ahora bien, tiene que tratarse de un acuerdo no recíproco. Por encima del umbral de cuota de mercado es probable que tales restricciones de las ventas activas entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si las partes gozan de un poder de mercado significativo. Con todo, es probable que la restricción sea indispensable en el sentido del apartado 3 del artículo 81 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 de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECAT.
172. En el caso de los acuerdos entre no competidores, las restricciones de las ventas entre el licenciente 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 al licenciente pueden no entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, siempre que basándose en factores objetivos sea posible concluir que sin las restricciones de las ventas el licenciente no concedería licencias. Lo normal es que el propietario de una tecnología no se cree competencia directa a partir de su propia tecnología. En otros casos las restricciones de las ventas del licenciario pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el licenciente tiene individualmente un grado significativo de poder de mercado o en caso de efecto acumulativo de acuerdos similares concluidos por licencientes que juntos gozan de una posición de mercado fuerte.
173. Cuando entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, hay muchas probabilidades de que las restricciones de las ventas del licenciente cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81, salvo que no haya alternativas reales a la tecnología del licenciente 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 apartado 3 del artículo 81 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 licenciente, 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.
174. En cuanto a las restricciones de las ventas entre licenciarios en acuerdos entre no competidores, el RECAT exige las restricciones de las ventas activas entre territorios o grupos de clientes. Por encima del umbral de cuota de mercado, las restricciones de las ventas activas entre los territorios y grupos de clientes de los licenciarios limitan la competencia intratecnología y es probable que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el licenciario individual tiene un grado significativo de poder de mercado. Ahora bien, tales restricciones pueden cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81 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 de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 (véase el punto 101) si se prolongan más de dos años a contar desde la fecha en que el licenciario que se beneficia de las restricciones saca al mercado por primera vez los productos que incorporan la tecnología licenciada dentro de su territorio exclusivo. Es poco probable que las restricciones de las ventas pasivas que se prolongan más allá de este plazo de dos años cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

### 2.3. Restricciones de la producción

175. Las restricciones de la producción de los acuerdos de licencia entre competidores son restricciones especialmente graves que están cubiertas por la letra b) del apartado 1 del artículo 4 del RECAT (véase el punto 82). La letra b) del apartado 1 del artículo 4 no cubre las restricciones de la producción impuestas al licenciario en un acuerdo no recíproco ni las restricciones de la producción impuestas a tan sólo uno de los licenciarios 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 licenciario 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 licenciente es considerablemente mejor que la tecnología del licenciario y la producción máxima permitida rebasa ampliamente la

producción que tenía el licenciario antes de celebrarse el acuerdo lo más probable es que sea aplicable el apartado 3 del artículo 81. 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 apartado 3 del artículo 81 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 licenciarios pueden, pues, cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, es poco probable que ello ocurra si las partes gozan de un poder de mercado considerable.

176. 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 licenciarios en el caso de los acuerdos entre no competidores es reducir la competencia intratecnología entre licenciarios. La importancia de estos efectos anticompetitivos depende de la posición de mercado del licenciante y los licenciarios y de si la restricción de la producción impide al licenciario satisfacer la demanda de productos que incorporan la tecnología licenciada.
177. 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.
178. Las limitaciones de la producción impuestas al licenciario en acuerdos entre 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 licenciario con la tecnología licenciada. Si no se permitiese al licenciante fijar la producción del licenciario, 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 de los licenciarios 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 licenciario vender en un territorio o a un grupo de clientes reservado al licenciante.

#### 2.4. Restricciones de sector de aplicación

179. 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. 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.
180. Habida cuenta de que las restricciones de sector de aplicación se benefician de la exención por categorías y dado que determinadas restricciones de la clientela son restricciones especialmente graves con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4 y la letra b) del apartado 2 del mismo artículo, 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 licenciado importantes y bien definidas.
181. Una restricción de sector de aplicación limita la explotación de la tecnología licenciada por el licenciario 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 licenciario 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, sólo 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 2.2.1. Esto significa, en particular, que tratándose de acuerdos entre competidores los acuerdos de licencia exclusiva recíprocos son restricciones especialmente graves con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4.

182. 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 licenciarios 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 licenciario 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.
183. 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 licenciario 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 mercado de productos o sector técnico de aplicación y la otra es autorizada a utilizar la otra tecnología licenciada dentro de otro mercado de productos o sector técnico de aplicación. Pueden plantearse problemas de competencia particularmente cuando las instalaciones de producción del licenciario, provistas de los equipos necesarios para utilizar la tecnología licenciada, también se utilizan para producir con tecnología del licenciario productos que no pertenecen al sector de aplicación licenciado. Si es probable que el acuerdo induzca al licenciario a reducir su producción fuera del sector de aplicación objeto de la licencia, entonces es probable que entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo. 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 apartado 1 del artículo 81. Generalmente este tipo de acuerdos no restringe la competencia que existía previamente. Tampoco es probable que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable a los acuerdos que tan sólo permiten al licenciario 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 licenciario también corría el riesgo de ser objeto de demandas fuera del sector de aplicación licenciado. Sin embargo, si sin justificación comercial el licenciario 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 a la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECAT.
184. Las restricciones de sector de aplicación impuestas al licenciario 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 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 valiosas tecnologías nuevas porque inducen al titular de las mismas a conceder licencias de explotación en sectores en que prefiere no explotárselas él mismo. Si no se permitiese al licenciante impedir que los licenciarios operen en los sectores en que él también explota la tecnología, éste seguramente se mostraría menos propenso a conceder licencias.
185. En los acuerdos entre no competidores en principio el licenciante también tiene derecho a conceder licencias únicas o exclusivas a distintos licenciarios limitadas a uno o más sectores de aplicación. Tales restricciones limitan la competencia intratecnología entre licenciarios de la misma manera que las licencias exclusivas y se analizan del mismo modo (véase la sección 2.2.1).

## 2.5. Restricciones de uso cautivo

186. Una restricción de uso cautivo es una obligación por la que el licenciario 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 licenciario 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 anti-competitivos de la restricción. A este respecto, es preciso distinguir entre acuerdos entre no competidores y acuerdos entre competidores.
187. En el caso de los acuerdos de licencia entre competidores, cabe señalar que una restricción que obliga al licenciario a destinar su producción bajo licencia exclusivamente a la incorporación en sus propios productos impide a dicho licenciario convertirse en proveedor de componentes de terceros productores. Si antes del acuerdo el licenciario 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 licenciario es un proveedor efectivo o potencial de componentes, es necesario determinar qué impacto tiene el acuerdo en esta actividad. Si al equiparse con lo necesario para utilizar la tecnología del licenciante, el licenciario 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.

188. En el caso de los acuerdos de licencia entre no competidores las restricciones de uso cautivo plantean principalmente dos riesgos competitivos: a) la restricción de la competencia intratecnología en el mercado de suministro de insumos y b) la supresión del arbitraje entre licenciatarios, lo que aumenta las posibilidades del licenciante de aplicar cánones discriminatorios a los licenciatarios.
189. 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 apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, es condición imprescindible que el licenciatario sea libre de vender el producto objeto de la licencia como recambio para sus propios productos. Esto significa que el licenciatario 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.
190. 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 licenciatarios no puedan vender a productores que compitan con el licenciante en otros mercados. Sin embargo, una restricción que obligue al licenciatario a no vender a ciertos grupos de clientes reservados para el 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.

## 2.6. Vinculación y agrupación

191. En las licencias de tecnología hay vinculación cuando el licenciante impone al licenciatario 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 sólo 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.
192. 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.
193. 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 licenciatario 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 obligación 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>(66)</sup>.
194. 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 licenciatarios. En estos casos la vinculación no restringe en principio la competencia o puede acogerse al apartado 3 del artículo 81. En los casos en que los licenciatarios 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, éste 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 licenciatarios (y el licenciante) producen con la misma tecnología, hay pocas probabilidades de que los licenciatarios acepten una licencia si la tecnología no es explotada por todos de manera técnicamente satisfactoria.

195. 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 apartado 1 del artículo 81, 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.

## 2.7. Obligaciones de inhibición de la competencia

196. En las licencias de tecnología las obligaciones de inhibición de la competencia adoptan la forma de obligación del licenciario 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 precedente sobre vinculación.

197. El RECAT 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.

198. 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 licenciante y licenciatarios 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 %.

199. La exclusión puede producirse en situaciones en que una parte 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 licenciante, incluso si cada uno de los acuerdos o red de acuerdos está cubierto por el RECAT. 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 este 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 sólo 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, la Comisión aplicará el marco analítico establecido en la sección 2.1 de las Directrices sobre restricciones verticales <sup>(67)</sup>.

200. 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 del producto que incorpora el insumo producido con la tecnología licenciada. En este último caso, para entrar en el mercado, los licenciante solamente necesitan tener acceso a uno o más licenciatarios que tengan una capacidad de producción adecuada y, 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.

201. 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 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 licenciatarario 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.
202. En segundo lugar, las obligaciones de inhibición de la competencia, posiblemente acompañadas de un territorio exclusivo, pueden ser necesarias para que el licenciatarario tenga suficientes incentivos para invertir y explotar la tecnología licenciada de manera efectiva. Si el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 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.
203. 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 licenciatarario, 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.
- 3. Acuerdos de resolución de conflictos y acuerdos de renuncia**
204. Las licencias 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 explote su propia tecnología. La concesión de licencias, incluidas las recíprocas, en el marco de acuerdos de resolución de conflictos y de acuerdos de renuncia no es, en sí, restrictiva de la competencia, ya que permite a las partes explotar sus tecnologías. Sin embargo, las condiciones de estos acuerdos pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81. La concesión de licencias en el contexto de acuerdos de resolución de diferencias se trata como los demás acuerdos de licencias. Si las tecnologías son substitutivas desde el punto de vista técnico, hay que determinar en qué medida es probable que las tecnologías en cuestión estén en posición unilateral o bilateral de bloqueo (véase el punto 32). Si lo están, se considera que las partes no son competidores.
205. La exención por categorías es aplicable siempre que el acuerdo no contenga ninguna de las restricciones especialmente graves de la competencia que se enumeran en el artículo 4 del RECAT. La lista de restricciones especialmente graves del apartado 1 del artículo 4 puede ser aplicable especialmente en los casos en que las partes eran plenamente conscientes del hecho de que no había posición de bloqueo y, en consecuencia, eran competidores. Este tipo de acuerdos no es más que un recurso para restringir la competencia previamente existente.
206. En los casos en que sin la licencia el licenciatarario probablemente quedaría excluido del mercado, por regla general el acuerdo es procompetitivo. Las restricciones que limitan la competencia intratecnológicas entre el licenciante y el licenciatarario con frecuencia son compatibles con el artículo 81 (véase la sección 2).
207. 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 apartado 1 del artículo 81. 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 apartado 1 del artículo 81 aunque sea probable que exista una posición de bloqueo mutuo. La probabilidad de que el apartado 1 del artículo 81 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.
208. 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 apartado 1 del artículo 81 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 éstas 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 apartado 3 del artículo 81. Es especialmente improbable que la restricción sea considerada indispensable en el sentido de la tercera condición de dicho apartado. Para la consecución del objetivo del acuerdo: 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.

209. En el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos y de los acuerdos de renuncia, generalmente se considera que las cláusulas de no oposición no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Es inherente a estos acuerdos que las partes convengan no oponerse *ex post* a los derechos de propiedad intelectual cubiertos por el acuerdo. El objetivo del acuerdo es precisamente resolver los conflictos que existan o puedan surgir al respecto.

#### 4. Consorcios tecnológicos

210. Los consorcios tecnológicos son acuerdos por los que dos o más partes crean un paquete de tecnologías que se licencia no sólo 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 licenciatarios la posibilidad de operar en el mercado con una sola licencia.

211. No hay un vínculo inherente entre los consorcios tecnológicos y las normas, pero en algunos casos las tecnologías de un consorcio sustentan (parcial o totalmente) una norma industrial de hecho o de derecho. Cuando los consorcios tecnológicos sustentan una norma industrial, no sustentan necesariamente una única norma. Diferentes consorcios tecnológicos pueden sustentar normas competidoras <sup>(68)</sup>.

212. 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 (véase la sección II.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. Con todo, las licencias individuales concedidas por el consorcio a terceros se tratan de la misma manera que cualquier otro acuerdo de licencia, que está eximido si se cumplen las condiciones establecidas en el RECAT, incluidos los requisitos del artículo 4 de dicho Reglamento, que enumera las restricciones especialmente graves.

213. Los consorcios tecnológicos 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 sólo 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.

214. Los consorcios tecnológicos también pueden producir efectos procompetitivos, como en especial reducir los costes de las transacciones y poner 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, para operar en el mercado, es preciso obtener licencias de muchos licenciantes. En los casos en que los licenciatarios 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.

##### 4.1. Naturaleza de las tecnologías compartidas

215. 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 substitutivas y b) entre tecnologías esenciales y no esenciales.

216. Dos tecnologías <sup>(69)</sup> son complementarias y no substitutivas 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 substitutivas cuando cualquiera de las dos permite al titular producir el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas. Una tecnología es esencial si no hay ningún substituto 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. Una tecnología para la que no hay substitutos es esencial en tanto esté cubierta por al menos un derecho de propiedad intelectual válido. Las tecnologías esenciales también son, por definición, complementarias.

217. Cuando las tecnologías de un consorcio son substitutivas, hay más probabilidades de que los cánones sean más altos, porque los licenciatarios no se benefician de la competencia entre las tecnologías en cuestión. Cuando las tecnologías del consorcio son complementarias el acuerdo 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 una un canon que no tenga en cuenta los fijados por las demás.
218. La distinción entre tecnologías complementarias y substitutivas no siempre está clara, ya que las tecnologías pueden ser parcialmente substitutivas y parcialmente complementarias. Cuando las eficiencias que genera la integración de dos tecnologías hace probable que los licenciatarios soliciten ambas tecnologías, éstas se consideran complementarias incluso si son parcialmente substitutivas. En tales casos, de no existir el consorcio, los licenciatarios seguramente optarían por obtener licencias para ambas tecnologías, dado el beneficio económico adicional derivado de utilizar las dos tecnologías en vez de una sola.
219. La inclusión en un consorcio de tecnologías substitutivas restringe la competencia intertecnologías y equivale a una agrupación colectiva. Además, si el consorcio está integrado en buena medida por tecnologías substitutivas, el acuerdo equivale a una práctica de fijación de precios entre competidores. Por regla general, la Comisión considera que la inclusión de tecnologías substitutivas en un consorcio constituye una infracción del apartado 1 del artículo 81. Además, considera poco probable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 en tales casos si el consorcio está integrado de manera significativa por tecnologías substitutivas. 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 licenciatarios no solicitarían ambas tecnologías. No basta con que las partes sigan siendo libres de conceder licencias independientemente. 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.
220. Cuando un consorcio está integrado exclusivamente por tecnologías esenciales y, por consiguiente, también complementarias, la creación del consorcio en principio no entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, independientemente de la posición de mercado de las partes. Sin embargo, las condiciones de concesión de licencias pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81.
221. Cuando se incluyen en el consorcio patentes no esenciales pero complementarias, 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 substitutiva. 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 obliga a los licenciatarios a pagar por tecnologías que acaso no necesitan. La inclusión de patentes complementarias 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 apartado 1 del artículo 81 si el consorcio ocupa una posición significativa en alguno de los mercados de referencia.
222. Como las tecnologías substitutivas y complementarias puede evolucionar tras la creación del consorcio, la evaluación del carácter esencial de las tecnologías nunca es definitiva. Una tecnología puede dejar de ser esencial con posterioridad a la creación del consorcio debido a la aparición de tecnologías de terceros. Una manera de asegurarse de que estas tecnologías de terceros no quedan excluidas del mercado consiste en sacar del consorcio las tecnologías que dejan de ser esenciales. Sin embargo, puede haber otras maneras de asegurarse de que las tecnologías de terceros no quedan excluidas del mercado. Al evaluar los consorcios tecnológicos que comprenden tecnologías no esenciales, es decir, tecnologías para las que hay substitutos fuera del consorcio o que no son necesarias para producir uno o más productos relacionados con el consorcio, la Comisión tendrá en cuenta en su evaluación global, entre otros, los siguientes factores:
- Si hay motivos procompetitivos para incluir las tecnologías no esenciales en el consorcio.
  - Si los licenciantes siguen siendo libres de licenciar independientemente sus respectivas tecnologías. Si el consorcio está integrado por un número limitado de tecnologías y hay tecnologías substitutivas 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. En este último caso se evita que las tecnologías que no son esenciales para un producto o proceso dado queden 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 que el consorcio puede cerrar el acceso al mercado de nuevas tecnologías substitutivas. 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.

#### 4.2. Evaluación de las restricciones individuales

223. Esta sección trata de varias restricciones que, de una u otra forma, son habituales en los consorcios tecnológicos y se han de evaluar en el contexto global del consorcio. Recuérdese (véase el punto 212) que el RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia entre el consorcio y terceros. Esta sección se limita, pues, a tratar la cuestión de la creación del consorcio y la problemática de la concesión de licencias en el contexto de los consorcios tecnológicos.

224. Para hacer su evaluación, la Comisión se atenderá a los siguientes principios básicos:

1) Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del consorcio, mayor será el riesgo de que produzca efectos anticompetitivos.

2) Los consorcios que gozan de una posición fuerte en el mercado deben ser abiertos y no discriminatorios.

3) Los consorcios no deben excluir indebidamente las tecnologías de terceros ni limitar la creación de consorcios alternativos.

225. En principio, las empresas que crean un consorcio tecnológico compatible con el artículo 81, y una norma industrial basada en el mismo, son libres de negociar y fijar el canon pagadero por el paquete tecnológico 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 de la norma o el consorcio y no es en sí restrictivo de la competencia; antes bien, en determinadas circunstancias puede generar eficiencias. En determinadas circunstancias puede resultar más eficiente acordar los cánones antes de elegir la norma que después de ello, a fin de evitar que la elección de la norma confiera un poder de mercado significativo a una o más tecnologías esenciales. Por otro lado, los licenciatarios deben seguir siendo libres de fijar el precio de productos producidos bajo licencia. Si la selección de las tecnologías que hay que incluir en el consorcio la lleva a cabo un experto independiente, ello puede intensificar la competencia entre las soluciones tecnológicas disponibles.

226. Si el consorcio goza de una posición de mercado dominante, los cánones y demás condiciones de la licencia deben ser justos y no discriminatorios y las licencias no deben ser exclusivas. 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 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 licenciatarios no debe depender de si son licenciantes o no. Por consiguiente, la Comisión tendrá en cuenta si los licenciantes también están sujetos al pago de cánones.

227. Los licenciantes y los licenciatarios deben 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 e 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 muchas posibilidades de que el consorcio impida el desarrollo de tecnologías y normas nuevas y mejoradas.

228. Las obligaciones de retrocesión no deben ser exclusivas y deben 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 licenciatarios que hayan obtenido u obtengan patentes esenciales.

229. Uno de los problemas que plantean los consorcios de patentes es el riesgo de que sirvan para proteger patentes inválidas. Resulta 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. Para impedir que ello ocurra, el derecho a rescindir la licencia en caso de oposición a una patente debe limitarse a las tecnologías propiedad del licenciante cuya patente se cuestiona y no debe ser extensivo a las tecnologías propiedad de otros licenciantes del consorcio.

#### 4.3. Marco institucional por el que se rige el consorcio

230. El modo en que se crea, 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.

231. Así, 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. De igual modo, cuando los órganos rectores del consorcio están integrados por representantes de intereses diversos, es más probable que las condiciones de concesión de las licencias, como los cánones, sean abiertas y no discriminatorias y reflejen el valor de la tecnología licen-

ciada que si el consorcio está controlado por los representantes de los licenciantes.

232. Otro factor importante es la participación de expertos independientes en la creación y 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 sobremanera a garantizar el cumplimiento de un compromiso de incluir únicamente tecnologías esenciales.

233. La Comisión tendrá en cuenta cómo se selecciona a los expertos y qué funciones desempeñan exactamente. Los expertos deben ser independientes de las empresas que hayan creado el consorcio. Si están vinculados a los licenciantes 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.

234. También es importante examinar las disposiciones sobre intercambio de información sensible entre las partes. En los mercados oligopolísticos los intercambios de información sensible, como información sobre precios y producción, pueden facilitar las colusiones<sup>(70)</sup>. En estos casos la Comisión 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.

235. Finalmente, es importante tener en cuenta qué mecanismo de resolución de conflictos prevén los actos constitutivos del consorcio. 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 los miembros del mismo.

(1) DO L 123 de 27.4.2004. El RECATL sustituye al Reglamento (CE) 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 31 de 9.2.1996, p. 2).

(2) Véanse los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. 2000 I-1365, apartado 130, y punto 106 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, pendiente de publicación.

(3) Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

(4) En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

(5) Véase la Comunicación relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, pendiente de publicación.

- (6) En adelante el término «restricción» incluirá la prevención y el falseamiento de la competencia.
- (7) Este principio de agotamiento comunitario está consagrado, por ejemplo, en el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 104/89/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas (DO L 40 de 11.2.1989, p. 1), que dispone que el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.
- (8) En cambio, la venta de copias de una obra protegida no conlleva el agotamiento de los derechos de interpretación, incluidos los de alquiler, de la misma; véanse los asuntos 158/86, *Warner Brothers y Metronome Video*, Rec. 1988, 2605, y C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. 1988, I-5171.
- (9) Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig*, Rec. 1966, 429.
- (10) La metodología que se sigue para aplicar el apartado 3 del artículo 81 está expuesta en las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (11) Asuntos 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 1966, 337, y C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, I-3111, apartado 76.
- (12) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto *Consten y Grundig*, citada en la nota 13.
- (13) Véase la sentencia en el asunto *Société Technique Minière*, citado en la nota 11 y el asunto 258/78, *Nungesser*, Rec. 1982, 2015.
- (14) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, I-4125, apartado 99.
- (15) Véanse los asuntos acumulados 29/83 y 30/83, *CRAM y Rheinzink*, Rec. 1984, 1679, apartado 26, y los asuntos acumulados 96/82 y otros, *ANSEAU-NAVEWA*, Rec. 1983, 3369, apartados 23-25.
- (16) Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, citada en la nota 13.
- (17) La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO C 368 de 22.11.2001, p. 13) ofrece orientación sobre la cuestión de la apreciabilidad de los efectos. La Comunicación hace una definición negativa de la apreciabilidad. Los acuerdos que no están cubiertos por la Comunicación *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos apreciables. Es preciso proceder a su evaluación individual.
- (18) Véase el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento nº 1/2003 del Consejo, citado en la nota 3.
- (19) Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).
- (20) Por lo que se refiere a estas distinciones, véanse también las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2) puntos 44 a 52.
- (21) Véanse los puntos 50 a 52 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 17.
- (22) Ídem, punto 51.
- (23) Véase, a este respecto, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 17.
- (24) Con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento 1/2003, los acuerdos que pueden afectar al comercio entre Estados miembros pero que no están prohibidos por el artículo 81 no pueden ser prohibidos por las legislaciones nacionales de competencia.
- (25) En virtud del Reglamento 19/65 del Consejo (DO, Edición especial en español: Capítulo 08, Tomo 1, p. 0085), la Comisión no está facultada para eximir en bloque los acuerdos de transferencia de tecnología entre más de dos empresas.
- (26) Véase el considerando 19 del RECAT y la sección 2.5 de las presentes Directrices.
- (27) DO C 1 de 31.1.1979, p. 2.
- (28) Punto 3 de la Comunicación sobre subcontratación.
- (29) Véase la Decisión de la Comisión *Moosehead/Whitbread* (DO L 100 de 20.4.1990, p. 32).
- (30) Véase el asunto 262/81, *Coditel (II)*, Rec. 1982, p. 3381.
- (31) DO L 336 de 29.12.1999, p. 21.
- (32) DO L 304 de 5.12.2000, p. 3.
- (33) DO L 304 de 5.12.2000, p. 7.
- (34) Véase la nota 31.
- (35) Véase la guía «La política de competencia en Europa — Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución», 2002.
- (36) DO C 291 de 13.10.2000, p. 1 y nota 31.
- (37) Véase el punto 29.

- (38) Los motivos que justifican este método de cálculo se exponen en el punto 23.
- (39) Véase, por ejemplo, la jurisprudencia citada en la nota 15.
- (40) Véase el punto 98 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (41) Lo mismo ocurre cuando una parte concede a la otra una licencia y se compromete a comprarle un insumo material al licenciataria. El precio de compra puede desempeñar la misma función que los cánones.
- (42) Véase el asunto 193/83, *Windsurfing International*, Rec. 1986, 611, apartado 67.
- (43) El punto 50 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 36, contiene una definición general de las ventas activas y pasivas.
- (44) Las restricciones de sector de aplicación se tratan en la sección IV.2.4.
- (45) Esta restricción especialmente grave es aplicable a los acuerdos de licencia referidos al comercio intracomunitario. Por lo que respecta a los acuerdos referidos a las exportaciones comunitarias o a las importaciones o reimportaciones comunitarias, véase el asunto C-306/96, *Javico*, Rec. 1998, I-1983.
- (46) Véase el apartado 77 de la sentencia *Nungesser*, citada en la nota 13.
- (47) Véase el asunto 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875.
- (48) Si la tecnología licenciada es obsoleta no cabe hablar de restricción de la competencia; véase la sentencia asunto 65/86, *Bayer/Süßhofer*, Rec. 1988, p. 5249.
- (49) Por lo que respecta a las cláusulas de no oposición en el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos, véase el punto 209.
- (50) Véase el punto 14.
- (51) Véanse los puntos 66 y 67.
- (52) Véase el punto 42 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (53) Véase el punto 8 de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 17.
- (54) Véase el asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, II-2969, apartado 101.
- (55) Véase el punto 23 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 22.
- (56) Véanse los asuntos acumulados 25/84 y 26/84, *Ford*, Rec. 1985, 2725.
- (57) Véase la Decisión de la Comisión en TPS (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Del mismo modo, la prohibición del apartado 1 del artículo 81 sólo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.
- (58) Citadas en la nota 36. Véanse, especialmente, los puntos 115 y ss.
- (59) Por lo que se refiere a estos conceptos, véase la sección IV.4.1.
- (60) Véase el punto 85 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (61) Ídem, puntos 98 y 102.
- (62) Apartado 130 de la sentencia citada en la nota 2. Del mismo modo, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no obsta para la aplicación de las normas del Tratado 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 apartado 1 del artículo 81, véase el asunto C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, I-1577, apartado 120.
- (63) Véase el asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, II-309. Véase, asimismo, el punto 106 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (64) Véase la sentencia *Nungesser*, citada en la nota 13.
- (65) 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.
- (66) Por lo que atañe al marco analítico aplicable, véanse la sección 2.7 de la presente y los puntos 138 y ss. de las Directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 36.
- (67) Véase la nota 36.
- (68) Véase el comunicado de prensa de la Comisión IP/02/1651 referente a la concesión de licencias de patentes para servicios móviles de tercera generación (3G). En este asunto estaban implicados cinco consorcios tecnológicos que desarrollaban cinco tecnologías distintas que podían utilizarse para producir equipos de 3G.
- (69) El término «tecnología» no se limita a las patentes; también abarca las solicitudes de patente y los derechos de propiedad intelectual distintos de las patentes.
- (70) Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, citada en la nota 11.