

IV

(Inne akty)

EUROPEJSKI OBSZAR GOSPODARCZY

URZĄD NADZORU EFTA

DECYZJA URZĘDU NADZORU EFTA

NR 228/05/COL

z dnia 21 września 2005 r.

dotycząca wydania zawiadomienia pt. „Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o transferze technologii”

URZĄD NADZORU EFTA,

UWZGLĘDNIAJĄC Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym ⁽¹⁾, w szczególności jego art. 53 i art. 55,

UWZGLĘDNIAJĄC Porozumienie między państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości ⁽²⁾, w szczególności jego art. 5 ust. 2 lit. b) oraz art. 25 ust. 1,

PO KONSULTACJI Z Komitetem doradczym ds. porozumień ograniczających konkurencję i pozycji dominującej oraz z Komisją Europejską,

MAJĄC NA UWADZE, że Komisja Europejska przyjęła zawiadomienie pt. „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do porozumień o transferze technologii” ⁽³⁾,

MAJĄC NA UWADZE, że przytoczone zawiadomienie ma również znaczenie dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

MAJĄC NA UWADZE, że niezbędne jest zapewnienie przedsiębiorstwom wytycznych poprzez wskazanie im zasad stosowania art. 53 Porozumienia EOG w odniesieniu do porozumień o transferze technologii,

MAJĄC NA UWADZE, że należy zagwarantować jednolite stosowanie zasad EOG w zakresie pomocy państwa na całym Europejskim Obszarze Gospodarczym,

MAJĄC NA UWADZE, że zgodnie z pkt II części „Ogólne” zamieszczonej na końcu załącznika XIV do Porozumienia EOG Urząd Nadzoru, po konsultacji z Komisją Europejską, ma przyjąć akty prawne odpowiadające tym, które zostały przyjęte przez Komisję Europejską, w celu utrzymania równych warunków konkurencji,

⁽¹⁾ Zwane dalej „Porozumieniem EOG”.

⁽²⁾ Zwane dalej „Porozumieniem o nadzorze i trybunale”.

⁽³⁾ Dz.U. C 101 z 27.4.2004, str. 2.

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

1. Wydaje się następujące zawiadomienie, stanowiące załącznik do niniejszej decyzji „Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o transferze technologii”.
2. Językiem autentycznym niniejszej decyzji oraz zawiadomienia zamieszczonego w załączniku jest język angielski.
3. Zawiadomienie zostanie opublikowane w sekcji EOG Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz w suplemencie EOG.
4. Państwa EFTA otrzymają informację w postaci kopii decyzji wraz z załącznikiem.
5. Komisja Europejska otrzyma informację w postaci kopii decyzji wraz z załącznikiem.

Sporządzono w Brukseli dnia 21 września 2005 r.

W imieniu Urzędu Nadzoru EFTA

Einar M. BULL
Przewodniczący

Kurt JÄGER
Członek Kolegium

ZAŁĄCZNIK

„ZAWIADOMIENIE URZĘDU NADZORU EFTA

Wytyczne w sprawie stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o transferze technologii

- A. Niniejsze zawiadomienie wydaje się na podstawie zasad zawartych w Porozumieniu o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanym dalej »Porozumieniem EOG«) oraz Porozumieniu między państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości (zwanym dalej »Porozumieniem o nadzorze i trybunale«).
- B. Komisja Europejska (zwana dalej »Komisją«) wydała zawiadomienie pt. »Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 traktatu WE do porozumień o transferze technologii«⁽¹⁾. Wspomniany niewiążący dokument określa zasady oceny porozumień o transferze technologii na podstawie art. 81 Traktatu WE.
- C. Urząd Nadzoru EFTA uważa, że wyżej wspomniany dokument ma znaczenie dla EOG. W celu zachowania równych warunków konkurencji oraz zapewnienia jednolitego stosowania reguł konkurencji EOG na całym Europejskim Obszarze Gospodarczym Urząd przyjmuje niniejsze zawiadomienie na mocy uprawnień przyznanych mu na podstawie art. 5 ust. 2 lit. b) Porozumienia o nadzorze i trybunale. Urząd zamierza przestrzegać zasad i reguł określonych w niniejszym zawiadomieniu w ramach stosowania odpowiednich przepisów EOG do określonego przypadku⁽²⁾.
- D. Zawiadomienie określa zwłaszcza zasady oceny porozumień o transferze technologii na podstawie art. 53 Porozumienia EOG oraz zawiera wskazówki co do ich stosowania.
- E. Niniejsze zawiadomienie stosuje się do przypadków, w których Urząd stanowi właściwy organ nadzoru na podstawie art. 56 Porozumienia EOG.

I. WPROWADZENIE

1. Niniejsze wytyczne określają zasady oceny porozumień o transferze technologii na podstawie art. 53 Porozumienia EOG. Porozumienia o transferze technologii dotyczą udzielania licencji na korzystanie z technologii, w których ramach licencjodawca zezwala licencjodawcy na używanie licencjonowanej technologii do wytwarzania produktów lub świadczenia usług zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 lit. b) aktu, o którym mowa w pkt 5 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004⁽³⁾) w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG

⁽¹⁾ Dz.U. C 101 z 27.4.2004, str. 2.

⁽²⁾ Uprawnienia do rozpatrywania indywidualnych spraw wchodzących w zakres art. 53 i art. 54 Porozumienia EOG są podzielone między Urząd Nadzoru EFTA i Komisję zgodnie z zasadami określonymi w art. 56 Porozumienia EOG. Właściwy do rozpatrywania danej sprawy jest tylko jeden z organów nadzoru.

⁽³⁾ Dz.U. L 123 z 27.4.2004, str. 11.

do kategorii porozumień o transferze technologii (zwane dalej »rozporządzeniem nr 772/2004«)⁽⁴⁾.

2. Celem wytycznych jest określenie zasad stosowania rozporządzenia nr 772/2004, a także art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o transferze technologii, które wykraczają poza zakres rozporządzenia nr 772/2004. Rozporządzenie nr 772/2004 oraz wytyczne nie naruszają potencjalnego równoległego stosowania art. 54 Porozumienia EOG do porozumień licencyjnych⁽⁵⁾.
3. Standardy ustanowione w niniejszych wytycznych należy stosować, uwzględniając specyfikę każdego przypadku. Wyklucza to ich mechaniczne stosowanie. Każdy przypadek wymaga oceny na podstawie faktów, a wytyczne stosowania w sposób rozsądny i elastyczny. Podane przykłady służą jedynie celom ilustracyjnym, nie są zatem wyczerpujące. Urząd Nadzoru EFTA będzie się przyglądać funkcjonowaniu rozporządzenia nr 772/2004 oraz wytycznych w ramach nowego systemu stosowania przepisów ustanowionego w rozdziale II protokołu 4 do Porozumienia o nadzorze i trybunale⁽⁶⁾ w celu stwierdzenia potrzeby ewentualnych zmian.
4. Niniejsze wytyczne pozostają bez uszczerbku dla wykładni art. 53 Porozumienia EOG oraz rozporządzenia nr 772/2004, którą może wydać Trybunał EFTA, Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich.

II. ZASADY OGÓLNE**1. Artykuł 53 Porozumienia EOG a prawa własności intelektualnej**

5. Celem art. 53 Porozumienia EOG jest ochrona konkurencji na rynku mająca na celu promowanie interesów konsumentów i efektywną alokację zasobów. Artykuł 53 ust. 1 zakazuje

⁽⁴⁾ Rozporządzenie nr 772/2004 zastępuje akt prawny, o którym mowa w pkt 5 załącznika XIV do Porozumienia EOG (rozporządzenie Komisji (WE) nr 240/96 z dnia 31 stycznia 1996 r., Dz.U. L 31 z 9.2.1996, str. 2) w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG do niektórych kategorii porozumień o transferze technologii.

⁽⁵⁾ Patrz: sprawy połączone C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, [2000] Rec. I-1365, pkt 130, oraz pkt 106 dotąd niepublikowanych Wytycznych Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG. Artykuł 6 Porozumienia EOG stanowi, że bez uszczerbku dla przyszłego orzecznictwa postanowienia tego porozumienia, w zakresie, w jakim są one co do istoty tożsame z odpowiednimi zasadami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali oraz z aktami przyjętymi w zastosowaniu tych dwóch traktatów, podlegają w zakresie ich wykonania i stosowania wykładni zgodnej z odpowiednimi orzeczeniami Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wydanymi przed datą podpisania porozumienia. Jeżeli chodzi o wyroki Trybunału Sprawiedliwości w omawianej kwestii wydane po dacie podpisania Porozumienia EOG, z art. 3 ust. 2 Porozumienia o nadzorze i trybunale wynika, że Urząd Nadzoru EFTA oraz Trybunał EFTA należycie uwzględniają zasady określone w tych wyrokach.

⁽⁶⁾ W następstwie porozumienia zmieniającego protokół 4 do Porozumienia między państwami EFTA w sprawie ustanowienia Urzędu Nadzoru i Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 września 2004 r., które weszło w życie dnia 20 maja 2005 r., rozdział II protokołu 4 do Porozumienia o nadzorze i trybunale w ramach filaru EFTA odzwierciedla w dużej mierze rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, str. 1).

wszelkich porozumień i praktyk uzgodnionych między przedsiębiorstwami oraz decyzji podejmowanych przez związki przedsiębiorstw⁽⁷⁾, które mogą wpływać na handel między umawiającymi się stronami Porozumienia EOG (zwanymi dalej »państwami EFTA«)⁽⁸⁾ i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji⁽⁹⁾. W drodze wyjątku od tej reguły art. 53 ust. 3 stanowi, że zakaz, o którym mowa w art. 53 ust. 1, może zostać uznany za niemający zastosowania do porozumień między przedsiębiorstwami, które przyczyniają się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, jednocześnie umożliwiając konsumentom uczestnictwo w płynących z tego korzyściach, oraz nie nakładają na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów oraz nie oferują tym przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

6. Przepisy dotyczące praw własności intelektualnej przyznają wyłączne prawa do dysponowania nimi właścicielom patentów, praw autorskich, praw do wzorów przemysłowych, znaków towarowych i innych praw chronionych. Zgodnie z nimi właściciel praw własności intelektualnej jest uprawniony do ochrony swojej własności intelektualnej przed jej bezprawnym użytkowaniem oraz wykorzystywaniem między innymi w drodze udzielania licencji stronom trzecim. Z chwilą wprowadzenia, przez właściciela lub za jego zgodą, do obrotu na rynku EOG produktu, w którym wykorzystano prawo własności intelektualnej, prawo to jest wyczerpane w takim rozumieniu, że właściciel traci możliwość powoływania się na nie w celu kontrolowania sprzedaży produktu na całym terytorium EOG, w tym także na terytorium państw EFTA (zasada wyczerpania prawa EOG)⁽¹⁰⁾. Właściciel praw na mocy przepisów dotyczących praw własności intelektualnej nie ma prawa uniemożliwić sprzedaży przez licencjodawców lub nabywców takich produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia⁽¹¹⁾. Zasada wyczerpania prawa EOG jest zgodna z podstawową funkcją, jaką pełnić mają prawa własności intelektualnej, polegającą na przyznaniu właścicielowi prawa do pozbawienia innych podmiotów możliwości korzystania bez jego zgody z należących do niego praw własności intelektualnej.

⁽⁷⁾ Dalej pojęcie »porozumienie« obejmuje praktyki uzgodnione i decyzje związków przedsiębiorstw.

⁽⁸⁾ Patrz: dotąd nieopublikowane zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie pojęcia wpływu na wymianę handlową między państwami EFTA zawartego w art. 53 i 54 Porozumienia EOG.

⁽⁹⁾ Dalej pojęcie »ograniczenie« obejmuje zapobieganie i zakłócanie konkurencji.

⁽¹⁰⁾ Wspomniana zasada wyczerpania prawa EOG jest zapisana przykładowo w art. 7 ust. 1 aktu, o którym mowa w pkt 4 załącznika XVII do Porozumienia EOG (dyrektywa 104/89/EWG, Dz.U. L 40 z 11.2.1989, str. 1) w celu zbliżenia przepisów ustawowych państw EFTA dotyczących znaków towarowych, które przewidują, że znak towarowy nie upoważnia właściciela do zakazania jego używania w odniesieniu do produktów wprowadzonych do obrotu na terytorium objętym Porozumieniem EOG pod tym znakiem towarowym przez właściciela lub za jego zgodą. W odniesieniu do wyczerpania międzynarodowego Trybunał EFTA orzekł, że »do państw EFTA [...] należy decyzja, czy pragną wdrożyć lub utrzymać zasadę wyczerpania międzynarodowego praw przyznanych na podstawie znaku towarowego w odniesieniu do produktów pochodzących spoza EOG«, patrz: sprawa E-2/97 Maglite, [1998] Sprawozdanie Trybunału EFTA, str. 172, pkt 25–27. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w późniejszym wyroku orzekł, że »przepisy krajowe ustanawiające wyczerpanie praw ze znaku towarowego w przypadku wprowadzenia towaru oznaczonego tym znakiem do obrotu poza terytorium EOG dokonane przez właściciela znaku lub za jego zgodą są niezgodne z art. 7 ust. 1 dyrektywy zmienionej Porozumieniem EOG«, sprawa C-355/96, Silhouette, [1998] Rec. I-4799, pkt 31.

⁽¹¹⁾ Z drugiej strony, sprzedaż kopii utworów chronionych prawem nie prowadzi do wyczerpania praw do publicznego odtwarzania, w tym także praw do wypożyczenia, związanych z tym utworem; patrz w tym względzie: sprawa 158/86, Warner Brothers i Metronome Video, [1988] Rec. 2605, oraz sprawa C-61/97, Foreningen af danske videogramdistributører, [1998] Rec. I-5171.

7. Fakt, że przepisy dotyczące własności intelektualnej przyznają wyłączne prawa korzystania z tej własności, nie oznacza, że prawa własności intelektualnej nie podlegają prawu konkurencji. Artykuły 53 i 54 mają zastosowanie zwłaszcza do porozumień, w których właściciel udziela innemu przedsiębiorstwu licencji na korzystanie z należących do niego praw własności intelektualnej⁽¹²⁾. Nie oznacza on także nieodłącznego konfliktu między prawami własności intelektualnej a regułami konkurencji EOG. Istotnie obu obszarom prawa przyświeca ten sam podstawowy cel ochrony interesów konsumentów i efektywnej alokacji zasobów. Innowacyjność stanowi istotny i dynamiczny element otwartej i konkurencyjnej gospodarki rynkowej. Prawa własności intelektualnej promują dynamiczną konkurencję, zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w opracowywanie nowych lub ulepszonych produktów i procesów. Podobną rolę pełni konkurencja wywierając na przedsiębiorstwa nacisk w zakresie podejmowania działań innowacyjnych. Zatem zarówno prawa własności intelektualnej, jak i konkurencja są niezbędne do promowania innowacyjności i zapewnienia jej konkurencyjnego wykorzystania.

8. Przy ocenie porozumień licencyjnych na podstawie art. 53 należy pamiętać, że pozyskiwanie praw własności intelektualnej często wiąże się z poważną inwestycją, a nieradko także z ryzykiem. Aby uniknąć ograniczania dynamicznej konkurencji oraz zachęcać do podejmowania działań innowacyjnych, nie można innowacyjnego przedsiębiorstwa nadmiernie ograniczać w korzystaniu z praw własności intelektualnej, które okazują się wartościowe. Dlatego też innowacyjne przedsiębiorstwo winno dysponować swobodą w zakresie żądania rekompensaty za udane projekty, która – uwzględniając nieudane projekty – będzie wystarczająca do utrzymania zachęt inwestycyjnych. Licencjonowanie technologii może również wymagać od licencjodawcy dokonania znacznej inwestycji zamrożonej w licencjonowaną technologię oraz aktywa produkcyjne niezbędne do korzystania z tej technologii. Przy stosowaniu art. 53 należy uwzględnić takie inwestycje wstępne oraz związane z nimi ryzyko. Ryzyko, które ponoszą strony, oraz wartość inwestycji zamrożonych, które muszą wykonać, mogą zatem stać się podstawą wyłączenia porozumienia z zakresu art. 53 ust. 1 lub – zależnie od przypadku – zwolnienia go z obowiązku spełnienia warunków określonych w art. 53 ust. 3 na okres potrzebny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych.

9. Dla potrzeb oceny porozumień licencyjnych na podstawie art. 53 istniejące ramy analityczne są wystarczająco elastyczne, aby odpowiednio uwzględnić dynamiczne aspekty licencjonowania technologii. Nie istnieje domniemanie, że prawa własności intelektualnej oraz porozumienia licencyjne jako takie wywołują obawy o konkurencję. Większość porozumień licencyjnych nie ogranicza konkurencji i niesie ze sobą skutki jej sprzyjające. Udzielanie licencji samo w sobie wywiera pozytywny wpływ na konkurencję, ponieważ prowadzi do rozpowszechnienia technologii i promuje innowacyjność. Nawet porozumienia licencyjne ograniczające konkurencję często mogą przyczyniać się do pojawienia się pozytywnych skutków dla konkurencji, które należy rozpatrywać na podstawie art. 53 i przeciwstawiać negatywnemu wpływowi na konkurencję⁽¹³⁾. Większość porozumień licencyjnych jest zatem zgodna z art. 53.

⁽¹²⁾ Patrz np.: połączone sprawy 56/64 i 58/64, Consten i Grundig, [1966] Rec. 429.

⁽¹³⁾ Metody stosowania art. 53 ust. 3 określono w Wytycznych Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG przytoczonych w przypisie 5.

2. Ogólne zasady ramowe stosowania art. 53 Porozumienia EOG

10. Artykuł 53 ust. 1 Porozumienia EOG zakazuje wszelkich porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Stosuje się go zarówno do przypadków ograniczania konkurencji między stronami porozumienia, jak i do przypadków ograniczania konkurencji między jedną ze stron porozumienia a stroną trzecią.
11. Oceny tego, czy porozumienie licencyjne ogranicza konkurencję, dokonać należy w odniesieniu do rzeczywistej sytuacji, w której miałyby ona miejsce przy braku porozumienia skutkującego rzekomymi ograniczeniami⁽¹⁴⁾. W ramach takiej oceny konieczne jest uwzględnienie prawdopodobnego wpływu porozumienia na konkurencję »międzytechnologiczną« (tj. konkurencję między przedsiębiorstwami korzystającymi z konkurencyjnych technologii) i »wewnątrztechnologiczną« (tj. konkurencję między przedsiębiorstwami korzystającymi z tej samej technologii)⁽¹⁵⁾. Artykuł 53 ust. 1 zakazuje ograniczania zarówno konkurencji »między-«, jak i »wewnątrztechnologicznej«. Konieczna jest zatem ocena, jaki wpływ porozumienie wywiera bądź może wywierać na oba wyżej wymienione aspekty konkurencji na rynku.
12. Przy przeprowadzaniu oceny pomocne mogą być dwa pytania. Pierwsze z nich odnosi się do wpływu porozumienia na konkurencję »międzytechnologiczną«, a drugie – do wpływu na konkurencję »wewnątrztechnologiczną«. Ograniczenia mogą dotyczyć równoległe obu tych rodzajów konkurencji, dlatego przed rozstrzygnięciem, czy doszło, czy nie doszło do ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1, konieczne może być przeanalizowanie danego przypadku w świetle odpowiedzi na oba pytania:
- a) Czy porozumienie licencyjne ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, która istniałaby, gdyby takiego porozumienia nie było? Jeżeli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 53 ust. 1. Dokonując oceny, należy uwzględnić konkurencję między stronami oraz konkurencję, jaką stanowią strony trzecie. Przykładowo, jeżeli dwa przedsiębiorstwa z siedzibą w państwach EFTA udzielają sobie licencji wzajemnych na konkurencyjne technologie i zobowiązują się nie sprzedawać swoich produktów na rynku rodzimym dla drugiej strony, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka istniała przed zawarciem takiego porozumienia. Podobnie, jeżeli licencjodawca zobowiązuje swoich licencjodawców do niekorzystania z konkurencyjnych technologii, eliminując technologie stron trzecich, ograniczona zostaje rzeczywista lub potencjalna konkurencja, która istniałaby przy braku takiego porozumienia.
- b) Czy porozumienie ogranicza rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, jaka istniałaby, gdyby nie było ograniczenia(-eń) umownego(-ych)? Jeżeli tak, porozumienie można uznać za objęte art. 53 ust. 1. Przykładowo, jeżeli licencjodawca ogranicza swoim licencjodawcom możliwość konkurowania ze sobą, ograniczona zostaje (potencjalna) konkurencja, jaka mogłaby istnieć między licencjodawcami przy braku jakichkolwiek ograniczeń umownych. Do ograniczeń takich należą pionowe ustalanie cen przez licencjodawców oraz ograniczenia ze względu na zasięg terytorialny lub rodzaj klientów. Niektóre ograniczenia można jednak w określonych przypadkach uznać za

wyłączone z zakresu art. 53 ust. 1. Dzieje się tak wówczas, gdy dane ograniczenie jest konieczne z uwagi na rodzaj lub charakter porozumienia⁽¹⁶⁾. Wyłączenia, o którym mowa, można dokonać jedynie na podstawie obiektywnych, niezależnych od umawiających się stron czynników, nie zaś na podstawie subiektywnych poglądów czy cech charakterystycznych stron. Nie chodzi o to, czy w danej sytuacji strony nie zawarłyby porozumienia w mniejszym stopniu ograniczającego konkurencję, lecz o to, czy – wzięwszy pod uwagę charakter porozumienia i cechy charakterystyczne rynku – mniej ograniczające porozumienie nie zostałyby zawarte przez przedsiębiorstwa będące w podobnej sytuacji. Przykładowo, ograniczenia terytorialne uzgodnione między podmiotami niebędącymi konkurentami mogą przez pewien okres wykraczać poza zakres art. 53 ust. 1, jeżeli są obiektywnie konieczne do tego, aby licencjodawca mógł wejść na nowy rynek. Podobnie narzucenie wszystkim licencjodawcom zakazu sprzedaży dotyczącego określonej kategorii użytkowników końcowych można uznać za nieograniczające konkurencji, jeżeli jest to obiektywnie konieczne ze względów bezpieczeństwa lub zdrowotnych, wynikających z niebezpiecznego charakteru danego produktu. Do podważenia tej zasady nie wystarczy twierdzenie, że przy braku ograniczenia dostawca mógłby uciec się do integracji wertykalnej. Decyzje o ewentualnym zastosowaniu integracji wertykalnej zależą bowiem od bardzo wielu złożonych czynników ekonomicznych, z których część to czynniki wewnętrzne danego przedsiębiorstwa.

13. Stosując ramy analityczne określone w poprzednim punkcie, należy wziąć pod uwagę, że w art. 53 ust. 1 wyróżnia się porozumienia, w których przypadku ograniczenie konkurencji jest celem, oraz porozumienia, w których przypadku ograniczenie konkurencji jest skutkiem. Porozumienie lub ograniczenie umowne jest zabronione z mocy art. 53 ust. 1 jedynie wówczas, gdy jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji »międzytechnologicznej« i/lub »wewnątrztechnologicznej«.
14. Ograniczenia konkurencji wynikające z celu porozumienia to takie, które same przez się stanowią ograniczenie konkurencji. Są to w świetle celów reguł konkurencji EOG ograniczenia o tak wysokim potencjale negatywnych skutków dla konkurencji, że do celów stosowania art. 53 ust. 1 nie ma potrzeby udowadniać ich faktycznych skutków rynkowych⁽¹⁷⁾. Ponadto spełnienie warunków, o których mowa w art. 53 ust. 3, w przypadku ograniczenia wynikającego z celu jest mało prawdopodobne. Ocena tego, czy celem danego porozumienia jest ograniczenie konkurencji czy nie, opiera się na szeregu czynników. Obejmują one w szczególności treść porozumienia oraz jego główne cele. Konieczne może być także uwzględnienie kontekstu, w jakim stosowane jest (będzie) dane porozumienie, oraz faktyczne działania lub zachowanie na rynku umawiających się stron⁽¹⁸⁾. Innymi słowy, do stwierdzenia, czy rozpatrywane ograniczenie stanowi podstawowe ograniczenie konkurencji, wymagane może być zbadanie faktów leżących u podstaw takiego porozumienia oraz konkretnych okoliczności jego stosowania. Sposób, w jaki praktycznie wprowadza się w życie porozumienie, może świadczyć o tym, że jego celem jest ograniczenie konkurencji, nawet jeżeli formalne porozumienie nie zawiera zapisów, które bezpośrednio aby na to wskazywały. Dowód potwierdzający, że strony mają subiektywny zamiar ograniczenia konkurencji jest czynnikiem istotnym, ale nie

⁽¹⁴⁾ Patrz: sprawa 56/65, Société Technique Minière, [1966] Rec. 337, oraz sprawa C-7/95 P, John Deere, [1998] Rec. I-3111, pkt 76.

⁽¹⁵⁾ Patrz w tym względzie np.: wyrok w sprawie Consten i Grundig, przytoczonej w przypisie 12.

⁽¹⁶⁾ Patrz w tym względzie: wyrok w sprawie Société Technique Minière, przytoczonej w przypisie 14, i sprawa 258/78, Nungesser, [1982] Rec. 2015.

⁽¹⁷⁾ Patrz w tym względzie np.: sprawa C-49/92 P, Anic Participazioni, [1999] Rec. I-4125, pkt 99.

⁽¹⁸⁾ Patrz: sprawy połączone 29/83 i 30/83, Cram i Rheinink, [1984] Rec. 1679, pkt 26, i sprawy połączone 96/82 i inne, ANSEAU-NAVEWA, [1983] Rec. 3369, pkt 23–25.

warunkiem koniecznym. W odniesieniu do porozumień licencyjnych Urząd Nadzoru EFTA uważa, że ograniczenia ujęte w wykazie podstawowych ograniczeń konkurencji zawartym w art. 4 rozporządzenia nr 772/2004 ograniczają konkurencję z uwagi na sam swój cel.

15. Jeżeli ograniczenie konkurencji nie jest celem porozumienia, należy zbadać, czy porozumienie takie nie ma skutków ograniczających konkurencję. Konieczne jest wzięcie pod uwagę zarówno rzeczywistych, jak i potencjalnych skutków⁽¹⁹⁾. Innymi słowy, należy zbadać, czy dane porozumienie może negatywnie wpływać na konkurencję. Aby porozumienia licencyjne można było uznać za ograniczające konkurencję ze względu na skutki, muszą one w takim stopniu wpływać na rzeczywistą lub potencjalną konkurencję, aby na właściwym rynku z dużym prawdopodobieństwem można było oczekiwać pogorszenia sytuacji w zakresie cen, wielkości produkcji, innowacyjności, zróżnicowania lub jakości produktów i usług. Prawdopodobny negatywny wpływ na konkurencję musi być odczuwalny⁽²⁰⁾. Odczuwalne negatywne skutki dla konkurencji mogą powstać wówczas, gdy przynajmniej jedna ze stron porozumienia ma lub uzyskuje określony poziom siły rynkowej, a porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia takiej siły rynkowej bądź pozwala stronom z tej siły korzystać. Siła rynkowa to zdolność do utrzymywania przez dłuższy czas cen na poziomie wyższym od poziomu konkurencyjnego lub do utrzymywania przez dłuższy czas ilości, jakości, zróżnicowania i innowacyjności produktów na poziomie niższym niż poziom konkurencyjny. Poziom siły rynkowej wymagany zazwyczaj do stwierdzenia naruszenia prawa na podstawie art. 53 ust. 1 jest niższy niż wymagany do stwierdzenia pozycji dominującej na podstawie art. 54 Porozumienia EOG.
16. W celu dokonania analizy ograniczeń konkurencji z uwagi na cel zazwyczaj należy zdefiniować właściwy rynek oraz zbadać i ocenić, między innymi, charakter danych produktów i technologii, pozycję rynkową stron porozumienia, pozycję rynkową konkurentów, pozycję rynkową nabywców, istnienie potencjalnych konkurentów i wysokość barier utrudniających wejście na rynek. W niektórych przypadkach negatywne skutki dla konkurencji można wykazać bezpośrednio na podstawie analizy działań rynkowych uczestników porozumienia. Możliwe jest na przykład stwierdzenie, że porozumienie doprowadziło do wzrostu cen.
17. Porozumienia licencyjne mają także znaczne pozytywne skutki dla konkurencji. Dotyczy to ich przeważającej większości. Porozumienia licencyjne mogą promować innowacyjność, pozwalając innowacyjnym przedsiębiorstwom na generowanie przychodów w celu pokrycia przynajmniej części kosztów prac badawczo-rozwojowych. Porozumienia licencyjne przyczyniają się także do rozpowszechniania technologii, które mogą wpływać na obniżenie kosztów produkcji licencjodawcy lub umożliwienie mu wytwarzania nowych lub ulepszonych produktów. Korzyści ekonomiczne dla licencjodawcy często wynikają z połączenia technologii licencjodawcy z aktywami i technologiami licencjodawcy. Połączenie uzupełniających się aktywów i technologii może prowadzić do uzyskania nieosiągalnego w innym wypadku stosunku kosztów do wydajności. Przykładowo, połączenie usprawnionej technologii licencjodawcy z bardziej efektywnymi aktywami produkcyjnymi

lub dystrybucyjnymi licencjodawcy może obniżyć koszty produkcji lub spowodować wytwarzanie produktów wyższej jakości. Udzielanie licencji może także służyć usuwaniu przeszkód związanych z rozwojem własnej technologii licencjodawcy oraz korzystaniem z niej, a tym samym wywierać pozytywny wpływ na konkurencję. Zwłaszcza w sektorach charakteryzujących się dużą liczbą patentów, udzielanie licencji występuje często i służy zapewnieniu swobody projektowania, ponieważ likwiduje zagrożenie związane ze skargami o naruszenie praw ze strony licencjodawcy. Jeżeli licencjodawca wyraża zgodę na rezygnację z dochodzenia należących do niego praw własności intelektualnej, co uniemożliwiłoby licencjodawcy sprzedaż jego produktów, porozumienie likwiduje przeszkodę na drodze do sprzedaży produktów licencjodawcy i tym samym ogólnie sprzyja konkurencji.

18. W przypadkach, w których porozumienie licencyjne jest objęte art. 53 ust. 1, pozytywne skutki porozumienia pod względem jego wpływu na konkurencję należy przeciwstawić skutkom ograniczającym konkurencję w kontekście art. 53 ust. 3. Jeżeli wszystkie cztery warunki, o których mowa w art. 53 ust. 3, są spełnione, rozpatrywane porozumienie licencyjne o skutkach ograniczających konkurencję jest ważne i wykonalne z mocy prawa i nie wymaga w tym względzie uprzedniej decyzji⁽²¹⁾. Podstawowe ograniczenia konkurencji spełniają warunki określone w art. 53 ust. 3 jedynie w wyjątkowych przypadkach. Porozumienia tego typu na ogół nie spełniają (co najmniej) jednego z dwóch pierwszych warunków wymienionych w art. 53 ust. 3, nie generują one bowiem obiektywnych korzyści ekonomicznych ani nie przynoszą korzyści konsumentom. Porozumienia takie na ogół nie spełniają także kryterium niezbędności, o którym mowa w trzecim warunku. Przykładowo, fakt ustalenia przez strony ceny, po której muszą być sprzedawane wytwarzane na licencji produkty, będzie z reguły prowadził do obniżenia produkcji, niewłaściwej alokacji zasobów i wyższych cen dla konsumentów. Ograniczenie cenowe nie jest także niezbędne do osiągnięcia potencjalnych korzyści wynikających z dostępności obu technologii dla obu konkurentów.

3. Definicja rynku

19. Podejście Urzędu Nadzoru EFTA do zdefiniowania właściwego rynku jest określone w jego wytycznych w sprawie definicji rynku⁽²²⁾. Niniejsze wytyczne odnoszą się jedynie do aspektów definicji rynku o szczególnym znaczeniu, które mają szczególne znaczenie w obszarze licencjonowania technologii.
20. Technologia stanowi składnik zintegrowany z produktem lub procesem produkcyjnym. Licencjonowanie technologii może zatem wpływać na konkurencję zarówno na rynkach składników produkcji⁽²³⁾, jak i na rynkach produktów końcowych. Przykładowo, porozumienie między dwiema stronami sprzedającymi konkurencyjne produkty oraz wymieniającymi się licencjami na technologie dotyczące wytwarzania tych produktów może ograniczać konkurencję na danym rynku produktowym. Może ono również ograniczać konkurencję na rynku technologicznym, a potencjalnie też na innych rynkach składników produkcji. Do celów oceny skutków porozumień licencyjnych dla konkurencji może być zatem konieczne zdefiniowanie właściwych rynków towarów

⁽¹⁹⁾ Patrz: wyrok w sprawie John Deere, [1998], przytoczonej w przypisie 14.

⁽²⁰⁾ Wskazówki w kwestii odczuwalności można znaleźć w zawiadomieniu Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji zgodnie z art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG (Dz.U. C 67 z 20.3.2003, str. 20 oraz Supplement EOG nr 15 z 20.3.2003, str. 11). W zawiadomieniu definiuje się odczuwalność w sposób negatywny. Porozumienia, które wykraczają poza zakres obwieszczenia *de minimis*, niekoniecznie mają skutki ograniczające. Konieczna jest ich indywidualna ocena.

⁽²¹⁾ Patrz: art. 1 ust. 2 rozdziału II protokołu 4 do Porozumienia o nadzorze i trybunale.

⁽²²⁾ Zawiadomienie Urzędu Nadzoru EFTA na temat definicji właściwego rynku dla potrzeb prawa ochrony konkurencji EOG (Dz.U. L 200 z 16.7.1998, str. 48 oraz Supplement EOG nr 28 z 16.7.1998, str. 3).

i usług (rynków produktowych) oraz rynków technologicznych⁽²³⁾. Pojęcie »rynek asortymentowy« użyte w art. 3 rozporządzenia nr 772/2004 odnosi się do właściwych rynków towarów i usług zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym. Jak wynika z art. 1 ust. 1 lit. j) rozporządzenia nr 772/2004 pojęcie to jest używane jedynie dla odróżnienia właściwych rynków towarów i usług od właściwych rynków technologii.

21. Rozporządzenie nr 772/2004 oraz niniejsze wytyczne zajmują się skutkami zarówno na rynkach produktów końcowych, jak i na rynkach produktów pośrednich. Właściwy rynek produktowy obejmuje produkty uznawane przez nabywcę za takie, które z uwagi na ich właściwości, cenę i przeznaczenie można stosować wymiennie z produktami zakontraktowanymi, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia lub którymi można je zastąpić.
22. Rynki technologiczne obejmują licencjonowaną technologię oraz jej substytuty, czyli inne technologie uznawane przez licencjodawców za technologie, które można stosować wymiennie z licencjonowaną technologią lub którymi można ją zastąpić z uwagi na właściwości tych technologii, opłaty licencyjne z nimi związane i ich przeznaczenie. Definiowanie rynków technologicznych kieruje się tymi samymi zasadami co definiowanie rynków produktowych. Wychodząc od technologii wprowadzanej do obrotu przez licencjodawcę, należy ustalić inne technologie, ku którym mogłyby zwrócić się licencjodawcy w odpowiedzi na niewielki, lecz stały wzrost cen względnych, np. opłat licencyjnych. Innym podejściem jest przyjrzenie się rynkowi produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia (por. punkt poniżej).
23. Z chwilą zdefiniowania właściwych rynków udziały w rynku można przyporządkować do różnych źródeł konkurencji na rynku i wykorzystać jako wskaźnik względnej siły uczestników rynku. W przypadku rynków technologicznych jedną z możliwości postępowania jest obliczenie udziałów w rynku na podstawie udziału każdej technologii w całkowitych wpływach z tytułu opłat licencyjnych reprezentujących udział technologii w rynku, na którym licencjonowane są konkurencyjne technologie. Często może ona mieć jednak zastosowanie raczej teoretyczne niż praktyczne z powodu braku przejrzystych informacji o opłatach licencyjnych itp. Inną możliwość stanowi sposób wykorzystany w art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 772/2004 polegający na obliczeniu udziałów w rynku technologicznym na podstawie sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, na rynkach produktowych stanowiących następne ogniwo w procesie produkcji/dystrybucji (patrz: pkt 70). W ramach tego podejścia uwzględnia się całą sprzedaż na właściwych rynkach produktowych, niezależnie od tego, czy w produkcji wykorzystano licencjonowaną technologię. W przypadku rynków technologicznych usprawiedliwione jest podejście, o którym mowa w art. 3 ust. 3, polegające na uwzględnieniu technologii wykorzystywanych (jedynie) wewnątrz. Stanowi ono rzeczywiście dobry wskaźnik siły technologii. Po pierwsze, uwzględnia ono potencjalną konkurencję ze strony przedsiębiorstw produkujących w oparciu o własną technologię, które mogłyby podjąć się udzielania licencji w przypadku niewielkiego, lecz stałego wzrostu opłat licencyjnych. Po drugie, nawet wtedy, gdy prawdopodobieństwo zdecydowania się na udzielanie licencji przez innych właścicieli technologii jest znikome, siła rynkowa licencjodawcy na rynku technologicznym niekoniecznie jest duża, nawet jeżeli posiada on znaczny udział we wpływach z tytułu opłat licencyjnych. Jeżeli rynek produktowy stanowiący następne ogniwo w procesie produkcji/dystrybucji jest konkurencyjny, konkurencja na tym poziomie może skutecznie ograniczyć licencjodawcę.

Wzrost opłat licencyjnych na rynku stanowiącym poprzednie ogniwo w procesie produkcji/dystrybucji wpływa na koszty licencjodawcy, czyniąc go mniej konkurencyjnym i powodując obniżenie sprzedaży. Udział technologii w rynku produktowym uwzględnia także ten element, zazwyczaj jest więc dobrym wskaźnikiem siły rynkowej licencjodawcy. W indywidualnych przypadkach poza obszarem »bezpiecznej przystani« rozporządzenia nr 772/2004 konieczne może być – tam, gdzie będzie to możliwe w praktyce – zastosowanie obu przytoczonych sposobów podejścia w celu dokładniejszej oceny siły rynkowej licencjodawcy.

24. Ponadto poza obszarem »bezpiecznej przystani« określonym w rozporządzeniu nr 772/2004 należy wziąć także pod uwagę, że udział w rynku nie zawsze może stanowić dobry wskaźnik względnej siły dostępnych technologii. Urząd Nadzoru EFTA zwróci zatem między innymi uwagę na liczbę niezależnie kontrolowanych technologii dostępnych poza technologiami kontrolowanymi przez strony porozumienia, które mogą zastąpić licencjonowaną technologię przy porównywalnych kosztach po stronie użytkownika (patrz: pkt 131).
25. Niektóre porozumienia licencyjne mogą także wpływać na rynki innowacji. Dokonując analizy takich skutków, Urząd Nadzoru EFTA zasadniczo będzie się ograniczał do zbadania wpływu porozumienia na konkurencję w zakresie istniejących rynków produktowych i technologicznych⁽²⁴⁾. Na omawianych rynkach wpływ na konkurencję mogą wywierać porozumienia opóźniające wprowadzenie ulepszonych lub nowych produktów, które z czasem zastąpią istniejące. W takich przypadkach działalność innowacyjna jest źródłem potencjalnej konkurencji, które należy uwzględniać przy ocenie wpływu porozumienia na rynki produktowe i technologiczne. W ograniczonej liczbie przypadków pożyteczne i konieczne może być także zdefiniowanie rynków innowacji. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których porozumienie wpływa na działalność innowacyjną, której celem jest opracowanie nowych produktów oraz w których na wczesnym etapie można zidentyfikować bieguny badań i rozwoju⁽²⁵⁾. W takich przypadkach analizować można, czy po porozumieniu pozostanie wystarczająca liczba konkurencyjnych biegunów badań i rozwoju pozwalająca na utrzymanie konkurencji w obszarze innowacyjności.

4. Różnice między konkurentami a podmiotami niebędącymi konkurentami

26. Porozumienia między konkurentami stanowią zazwyczaj większe zagrożenie dla konkurencji niż porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami. Konkurencja między przedsiębiorstwami korzystającymi z tej samej technologii (konkurencja »wewnątrztechnologiczna« między licencjodawcami) stanowi jednak istotne uzupełnienie konkurencji między przedsiębiorstwami korzystającymi z konkurencyjnych technologii (konkurencja »międzytechnologiczna«). Przykładowo konkurencja »wewnątrztechnologiczna« może skutkować niższymi cenami produktów, w których wykorzystana jest dana technologia, co może nie tylko przynieść bezpośrednie i natychmiastowe korzyści dla konsumentów tych produktów, lecz również pobudzić konkurencję między przedsiębiorstwami korzystającymi z konkurencyjnych technologii. W kontekście udzielania licencji uwzględnić należy również fakt, że licencjodawcy sprzedają swój własny produkt, a nie odsprzedają produktu dostarczonego przez inne przedsiębiorstwo. Zatem możliwość różnicowania produktów oraz opartej na kryterium jakości konkurencji między licencjodawcami może być większa niż w przypadku porozumień wertykalnych dotyczących odsprzedaży produktów.

⁽²³⁾ W sprawie przytoczonego odróżnienia patrz również: Wytyczne Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie stosowania art. 53 Porozumienia EOG do porozumień o współpracy horyzontalnej (Dz.U. C 266 z 31.10.2002, str. 1 oraz Supplement EOG nr 55 z 31.10.2002, str. 1).

⁽²⁴⁾ Patrz w tym względzie: pkt 50–52 wytycznych w sprawie porozumień o współpracy horyzontalnej przytoczonych w poprzednim przypisie.

⁽²⁵⁾ Jak w pkt 51.

27. W celu określenia relacji konkurencyjnych między stronami konieczne jest zbadanie, czy stanowiłyby one względem siebie rzeczywistą czy potencjalną konkurencję w przypadku braku porozumienia. Jeżeli strony przy braku porozumienia nie stanowiłyby względem siebie rzeczywistej ani potencjalnej konkurencji na żadnym z właściwych rynków, których dotyczy porozumienie, uznaje się je za podmioty niebędące konkurentami.
28. Jeżeli licencjodawca i licencjodawca działają na tym samym rynku produktowym lub tym samym rynku technologicznym, a żadna ze stron nie narusza praw własności intelektualnej drugiej strony, są oni rzeczywistymi konkurentami na danym rynku. Strony uznaje się za rzeczywistych konkurentów na rynku technologicznym, jeżeli licencjodawca udziela już licencji na swoją własną technologię, a licencjodawca wchodzi na ten rynek, oferując licencję na technologię konkurencyjną wobec technologii licencjodawcy.
29. Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku produktowym, jeżeli przy braku porozumienia oraz braku naruszenia praw własności intelektualnej drugiej strony prawdopodobne jest, że dokonałyby one dodatkowych inwestycji niezbędnych do wejścia na właściwy rynek w odpowiedzi na niewielki lecz stały wzrost cen produktów. Wejście na rynek musi nastąpić w krótkim czasie, jeżeli ma stanowić rzeczywistą presję konkurencyjną. Zwykle odpowiedni jest okres jednego roku do dwóch lat, chociaż w indywidualnych przypadkach może być dłuższy. Czas potrzebny przedsięwzięciom będącym już na rynku do dostosowania zdolności produkcyjnych może zostać potraktowany jako podstawa do wyznaczenia tego okresu. Przykładowo strony mogą zostać uznane za potencjalnych konkurentów na rynku produktowym, na którym licencjodawca prowadzi produkcję w oparciu o własną technologię na jednym rynku geograficznym i rozpoczyna produkcję na innym rynku geograficznym w oparciu o licencjonowaną technologię konkurencyjną. W takiej sytuacji przyjęcie należy, że licencjodawca byłby w stanie wejść na inny rynek geograficzny, opierając się na własnej technologii, chyba że byłoby to wykluczone z uwagi na obiektywne czynniki, w tym istnienie patentów blokujących (patrz: pkt 32).
30. Strony uważa się za potencjalnych konkurentów na rynku technologicznym, na którym są właścicielami technologii możliwych do zastąpienia, jeżeli w konkretnym przypadku licencjodawca nie udziela licencji na własną technologię, pod warunkiem że czyniłby to w przypadku niewielkiego lecz stałego wzrostu cen technologii. Potencjalna konkurencja na rynku technologicznym nie jest jednak brana pod uwagę przy stosowaniu rozporządzenia nr 772/2004 (patrz: pkt 66).
31. W niektórych przypadkach strony stają się konkurentami po zawarciu porozumienia, ponieważ licencjodawca opracowuje technologię konkurencyjną i zaczyna z niej korzystać. Wówczas należy uwzględnić, że strony nie były konkurentami w chwili zawierania porozumienia, a porozumienie zostało zawarte w takiej właśnie sytuacji. Urząd Nadzoru EFTA skupi się zatem przede wszystkim na skutkach porozumienia dla zdolności licencjodawcy do korzystania z własnej (konkurencyjnej) technologii. Do porozumień takich nie będzie miał zastosowania w szczególności wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między konkurentami, chyba że treść porozumienia ulegnie zmianie później, gdy strony będą już stanowiły wobec siebie konkurencję (por. art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 772/2004). Przedsięwzięcia będące stronami porozumienia mogą stać się konkurentami także po jego zawarciu, w przypadku gdy licencjodawca działał na rynku produktowym jeszcze przed uzyskaniem licencji, a następnie licencjodawca wszedł na rynek produktowy w oparciu o licencjonowaną lub nową technologię. Również w tym przypadku do porozumienia nadal będzie miał zastosowanie wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami, chyba że treść porozumienia ulegnie później istotnej zmianie (por. art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 772/2004).
32. Jeżeli strony są właścicielami technologii o jedno- lub dwustronnym charakterze blokującym, uznaje się je za podmioty niebędące konkurentami na rynku technologicznym. Jednostronny charakter blokujący występuje wówczas, gdy możliwość korzystania z danej technologii nie istnieje bez konieczności naruszenia praw innej technologii. Ma to przykładowo miejsce, gdy jeden patent obejmuje usprawnienie technologii objętej innym patentem. W takim przypadku korzystanie z patentu obejmującego usprawnienie wymaga, aby właściciel uzyskał licencję na korzystanie z patentu podstawowego. Dwustronny charakter blokujący występuje wówczas, gdy niemożliwe jest korzystanie z żadnej technologii bez naruszenia praw innej technologii, a zatem gdy właściciele muszą udzielić sobie nawzajem licencji lub zwołać się z obowiązku jej posiadania. Rozpatrując fakt występowania bądź niewystępowania charakteru blokującego, Urząd Nadzoru EFTA opiera się będzie na obiektywnych czynnikach, a nie zdawać się na subiektywne opinie stron. Szczególnie przekonujące dowody na istnienie charakteru blokującego wymagane są, gdy strony mogą, kierując się wspólnym interesem, powoływać się na istnienie charakteru blokującego w celu zakwalifikowania ich jako podmiotów niebędących konkurentami, na przykład gdy przywołany dwustronny charakter blokujący dotyczy technologii będących substytutami. Miarodajne dowody obejmują orzeczenia sądowe, w tym także nakazy, oraz opinie niezależnych ekspertów. Sposób ich wyboru będzie uważnie badany przez Urząd. Dla uzasadnienia istnienia charakteru blokującego istotne mogą być także inne przekonujące dowody, w tym opinie ekspertów stron, z których wynika, że mają one lub miały słuszne i ważne powody, aby przyjąć fakt występowania charakteru blokującego teraz lub w przeszłości.
33. W niektórych przypadkach może być również możliwe stwierdzenie, że licencjodawca i licencjodawca wytwarzają wprawdzie konkurencyjne produkty, ale nie konkurują ze sobą na właściwych rynkach produktowych i technologicznych, ponieważ licencjonowana technologia jest innowacyjna w sposób tak radykalny, że technologia licencjodawcy stała się przestarzała i niekonkurencyjna. W takich wypadkach technologia licencjodawcy tworzy nowy rynek technologiczny lub wyklucza z rynku technologię licencjodawcy. Często jednak nie da się tego stwierdzić w chwili zawierania porozumienia. Zwykle dopiero wtedy, kiedy technologia lub produkty, w których jest ona wykorzystana, są dostępne przez pewien czas dla konsumentów, oczywiste staje się, że starsza technologia stała się przestarzała i niekonkurencyjna. Przykładowo, z chwilą opracowania technologii CD oraz wprowadzenia do obrotu odtwarzaczy i płyt CD nie było oczywiste, że technologia ta zastąpi technologię LP, co okazało się kilka lat później. Strony będą zatem uznawane za konkurentów, jeżeli w chwili zawierania porozumienia nie jest oczywiste, że technologia licencjodawcy jest przestarzała i niekonkurencyjna. Przyjmując jednak, że zarówno art. 53 ust. 1, jak i art. 53 ust. 3 wymagają stosowania w rzeczywistym kontekście, w jakim występują porozumienia, w ocenie uwzględnia się istotne zmiany faktów. Klasyfikacja relacji między stronami zmienia się zatem na relację między podmiotami niebędącymi konkurentami, jeżeli w późniejszym czasie technologia licencjodawcy stanie się przestarzała lub niekonkurencyjna na rynku.

III. STOSOWANIE ROZPORZĄDZENIA NR 772/2004

1. Skutki rozporządzenia nr 772/2004

34. Porozumienia o transferze technologii spełniające warunki określone w rozporządzeniu nr 772/2004 podlegają wyłączeniu grupowemu od zakazu, o którym mowa w art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG. Porozumienia objęte wyłączeniem grupowym są prawomocne i wykonalne. Porozumienia takie mogą być zakazane jedynie ze skutkiem przyszłym i tylko w przypadku, gdy przepisy o wyłączeniu grupowym zostaną oficjalnie uchylone przez Urząd Nadzoru EFTA lub organ ochrony konkurencji EFTA. Na podstawie art. 53 sądy krajowe nie mogą zakazać porozumień objętych wyłączeniem grupowym w związku z procesem z powództwa prywatnego.
35. Wyłączenie grupowe kategorii porozumień o transferze technologii opiera się na założeniu, że porozumienia takie – w stopniu, w jakim objęte są art. 53 ust. 1 – spełniają cztery warunki zapisane w art. 53 ust. 3. Przyjmuje się zatem, że porozumienia niosą ze sobą korzyści ekonomiczne, ograniczenia w nich zawarte są niezbędne do osiągnięcia tych korzyści, konsumenci w ramach rynków, na które mają one wpływ, zyskują znaczny udział w tych korzyściach, a także nie pozwalają przedsiębiorstwom na eliminowanie konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów. Progi udziału w rynku (art. 3), ograniczenia podstawowe (art. 4) i ograniczenia wykluczone (art. 5) określone w rozporządzeniu nr 772/2004 mają zadbać o to, aby wyłączeniu grupowemu podlegały jedynie porozumienia ograniczające, co do których można z wystarczającą pewnością przyjąć, że spełniają cztery warunki określone w art. 53 ust. 3.
36. Jak stwierdzono poniżej w sekcji IV, wiele porozumień licencyjnych nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1, ponieważ nie powoduje ograniczenia konkurencji lub ograniczenie to jest w ich przypadku nieduże⁽²⁶⁾. W stopniu, w jakim porozumienia takie w jakikolwiek sposób wchodziłyby w zakres rozporządzenia nr 772/2004, nie ma potrzeby określania, czy są one objęte art. 53 ust. 1 czy też nie⁽²⁷⁾.
37. Poza zakresem wyłączenia grupowego istotne jest zbadanie, czy porozumienie w indywidualnym przypadku jest objęte art. 53 ust. 1, a jeżeli tak, czy spełnione są warunki określone w art. 53 ust. 3. Nie istnieje domniemanie, że porozumienia o transferze technologii nieobjęte wyłączeniem grupowym wchodzi w zakres art. 53 ust. 1 lub nie spełniają warunków określonych w art. 53 ust. 3. W szczególności sam fakt, że udziały stron w rynku przewyższają progi udziałów w rynku określone w art. 3 rozporządzenia nr 772/2004, nie jest wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że porozumienie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1. Każdorazowo konieczna jest indywidualna ocena prawdopodobnych skutków, jakie niesie z sobą porozumienie. Jedynie, gdy porozumienia zawierają podstawowe ograniczenia konkurencji, można przyjąć, że są one zakazane przez art. 53.

2. Zakres rozporządzenia nr 772/2004 i okres jego obowiązywania

2.1. Porozumienia między dwiema stronami

38. Zgodnie z art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 772/2004 ma ono zastosowanie do porozumień o transferze technologii »między dwoma przedsiębiorstwami«. Porozumienia o transferze technologii między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami nie są objęte rozporządzeniem nr 772/2004. O odróżnieniu porozumień między dwoma przedsiębiorstwami od porozumień wielostronnych decyduje fakt, czy dane porozumienie zostało zawarte między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami.

39. Porozumienia zawarte między dwoma przedsiębiorstwami wchodzi w zakres rozporządzenia nr 772/2004, nawet jeżeli porozumienie określa warunki dla więcej niż jednego szczebla handlu. Przykładowo rozporządzenie nr 772/2004 stosuje się do porozumienia licencyjnego dotyczącego nie tylko etapu produkcji, ale również etapu dystrybucji, określającego zobowiązania, które licencjodawca musi lub może nałożyć na sprzedawców produktów wytwarzanych na licencji.

40. Porozumienia licencyjne zawarte między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami często regulują te same zagadnienia co porozumienia licencyjne o takim samym charakterze zawarte między dwoma przedsiębiorstwami. Dokonując indywidualnej oceny porozumień licencyjnych o takim samym charakterze, jak porozumienia objęte wyłączeniem grupowym, ale zawartych między więcej niż dwoma przedsiębiorstwami, Urząd Nadzoru EFTA stosować będzie przez analogię zasady określone w rozporządzeniu nr 772/2004.

2.2. Porozumienia dotyczące wytwarzania produktów objętych umową

41. Z art. 2 wynika, że porozumienia licencyjne, aby zostać objęte rozporządzeniem nr 772/2004, muszą dotyczyć »wytwarzania produktów objętych umową«, tj. produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia lub które produkowane są w oparciu o taką technologię. Innymi słowy, licencja musi zezwalać licencjodawcy na wykorzystanie licencjonowanej technologii do wytwarzania towarów lub świadczenia usług. Rozporządzenie nr 772/2004 nie obejmuje grup technologii. Pojęcie »grupy technologii« odnosi się do porozumień, w których co najmniej dwie strony wyrażają zgodę na połączenie swoich technologii i udzielanie na nie licencji w postaci pakietu, a także do porozumień, w których co najmniej dwa przedsiębiorstwa wyrażają zgodę na udzielenie licencji stronie trzeciej oraz upoważnienie jej do udzielania licencji na pakiet technologii. Grupom technologii poświęcono poniżej sekcję IV.4.
42. Rozporządzenie nr 772/2004 stosuje się do porozumień licencyjnych na wytwarzanie produktów objętych umową, upoważniających licencjodawcę do sublicencjonowania licencjonowanej technologii stronom trzecim, pod warunkiem że wytwarzanie produktów objętych umową stanowi podstawowy przedmiot porozumienia. Nie stosuje się ono natomiast do porozumień, których podstawowym przedmiotem jest udzielanie sublicencji. Przez analogię Urząd Nadzoru EFTA będzie jednak stosował zasady określone w rozporządzeniu nr 772/2004 oraz niniejsze wytyczne do takich porozumień typu »master licence« zawartych między licencjodawcą a licencjodawcą. Porozumienia między licencjodawcą a sublicencjodawcami są objęte rozporządzeniem nr 772/2004.

43. Pojęcie »produkty objęte umową« obejmuje towary i usługi wytwarzane lub świadczone w oparciu o licencjonowaną technologię. Dotyczy to zarówno przypadków, w których licencjonowana technologia stosowana jest w procesie produkcji, jak i tych, w których jest ona wykorzystana w samym produkcie. W niniejszych wytycznych pojęcie »produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia« obejmuje oba wspomniane przypadki. Rozporządzenie nr 772/2004 stosuje się również we wszystkich przypadkach, w których licencjonowanie technologii następuje w celu wytwarzania towarów i świadczenia usług. W tym kontekście wystarczy, aby licencjodawca zobowiązał się nie dochodzić przysługujących mu praw własności intelektualnej wobec licencjodawcy. Istotą czystej licencji na korzystanie z patentu

⁽²⁶⁾ Patrz w tym względzie: zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu przytoczone w przypisie 20.

⁽²⁷⁾ Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozdziału II protokołu 4 do Porozumienia o nadzorze i trybunale krajowe prawo konkurencji nie może zakazać porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami EFTA, ale nie są zakazane przez art. 53 Porozumienia EOG.

jest prawo do działania w zakresie objętym wyłącznym prawem do patentu. Wynika z tego, że rozporządzenie nr 772/2004 obejmuje także tzw. porozumienia o zrzeczeniu się roszczeń i porozumienia o rozstrzygnięciu sporów, w których licencjodawca zezwala licencjodawcy na prowadzenie produkcji w zakresie objętym patentem.

44. Rozporządzenie nr 772/2004 obejmuje także »podwykonawstwo«, w ramach którego licencjodawca udziela licencjodawcy licencji na korzystanie z technologii, a licencjodawca w zamian zobowiązuje się do wytwarzania w oparciu o nią określonych produktów wyłącznie dla licencjodawcy. Podwykonawstwo może również dotyczyć dostarczania przez licencjodawcę wyposażenia do wytwarzania towarów i świadczenia usług objętych porozumieniem. W przypadku ostatniego rodzaju podwykonawstwa objętego rozporządzeniem nr 772/2004 wymaga, aby to licencjonowana technologia stanowiła podstawowy przedmiot porozumienia, a nie dostarczone wyposażenie. Podwykonawstwo jest również objęte zawiadomieniem Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie oceny niektórych umów podwykonawstwa w odniesieniu do art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG⁽²⁸⁾. Zgodnie z przytoczonym zawiadomieniem, które nadal obowiązuje, umowy podwykonawstwa, w których podwykonawca zobowiązuje się wytwarzać określone produkty wyłącznie dla kontrahenta, zazwyczaj wykraczają poza zakres art. 53 ust. 1. Jednak inne ograniczenia nałożone na podwykonawcę, jak np. zakaz prowadzenia prac badawczo-rozwojowych lub korzystania z ich wyników może wchodzić w zakres art. 53⁽²⁹⁾.
45. Rozporządzenie nr 772/2004 ma również zastosowanie do porozumień, zgodnie z którymi licencjodawca musi wykonać prace rozwojowe zanim uzyska produkt lub proces gotowy do wykorzystania w celach komercyjnych, pod warunkiem że produkt objęty umową został określony. Nawet jeżeli wymagane są dalsze prace i inwestycje, przedmiotem porozumienia jest wytwarzanie określonego produktu objętego umową. Z drugiej strony, rozporządzenie nr 772/2004 oraz wytyczne nie obejmują porozumień, w których udziela się licencji na korzystanie z technologii w celu umożliwienia licencjodawcy prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych w różnych dziedzinach. Przytoczone regulacje nie obejmują na przykład udzielania licencji na korzystanie z narzędzi badawczych używanych w procesie dalszej działalności badawczej. Przyjmuje się w nich, że istnieje bezpośredni związek między licencjonowaną technologią a określonym produktem objętym umową. W razie braku takiego związku głównym przedmiotem porozumienia są prace badawczo-rozwojowe, a nie wprowadzenie danego produktu na rynek. W takim wypadku ramy analityczne rozporządzenia i wytycznych mogą być niewłaściwe. Z tych samych powodów rozporządzenie nr 772/2004 i wytyczne nie obejmują podwykonawstwa prac badawczo-rozwojowych, w ramach którego licencjodawca zobowiązuje się do przeprowadzenia prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie, której dotyczy licencjonowana technologia, oraz zwrócenia licencjodawcy pakietu zawierającego usprawnienia. Głównym przedmiotem takich porozumień jest świadczenie usług badawczo-rozwojowych mających na celu usprawnienie technologii, a nie wytwarzanie towarów i świadczenie usług w oparciu o licencjonowaną technologię.

2.3. Porozumienia o transferze technologii

46. Rozporządzenie nr 772/2004 i niniejsze wytyczne mają zastosowanie do porozumień o transferze technologii. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b) i lit. h) przytoczonego rozporządzenia pojęcie »technologia« obejmuje patenty i zgłoszenia patentowe, wzory

użytkowe i zgłoszenia wzorów użytkowych, prawa do wzorów przemysłowych, topografie układów scalonych, dodatkowe świadectwa ochronne dla produktów leczniczych lub innych produktów, w odniesieniu do których można uzyskać tego rodzaju dodatkowe świadectwa ochronne, prawa autorskie do oprogramowania oraz *know-how*. Licencjonowana technologia winna pozwolić licencjodawcy z pomocą innych środków lub bez takiej pomocy wytwarzać produkty objęte umową.

47. W art. 1 ust. 1 lit. i) *know-how* zdefiniowane jest jako pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, które wynikają z doświadczenia i badań i są niejawnie, istotne i zidentyfikowane. »Niejawnie« oznacza, że *know-how* nie jest powszechnie znane lub łatwo dostępne. »Istotne« oznacza, że *know-how* obejmuje informacje ważne i przydatne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych porozumieniem licencyjnym lub stosowania procesu objętego takim porozumieniem. Innymi słowy, informacje muszą istotnie przyczyniać się do wytwarzania produktów objętych umową lub je ułatwiać. W przypadkach, w których licencjonowane *know-how* dotyczy produktu, a nie procesu, warunek ten oznacza, że *know-how* jest przydatne do wytwarzania produktu objętego umową. Warunek ten nie jest spełniony, gdy produkt objęty umową może być wytwarzany w oparciu o ogólnie dostępną technologię. Warunek ten nie wymaga jednak, aby produkt objęty umową miał większą wartość niż ten wytwarzany w oparciu o ogólnie dostępną technologię. W przypadku technologii procesowych oznacza on, że *know-how* jest przydatne w takim sensie, że w chwili zawierania porozumienia można przyjąć, że może ono znacznie poprawić pozycję konkurencyjną licencjodawcy, przykładowo poprzez obniżenie jego kosztów produkcyjnych. »Zidentyfikowane« oznacza, że można sprawdzić, czy licencjonowane *know-how* spełnia kryteria niejawności i istotności. Warunek ten jest spełniony, gdy licencjonowane *know-how* jest opisane w podręcznikach lub w innej formie. W niektórych przypadkach może to być jednak niemożliwe. Licencjonowane *know-how* może obejmować wiedzę praktyczną posiadaną przez pracowników licencjodawcy. Przykładowo, pracownicy licencjodawcy mogą posiadać niejawną i istotną wiedzę o określonym procesie produkcji, która zostanie przekazana licencjodawcy w drodze przeszkolenia jego pracowników. Wówczas wystarczające jest opisanie w porozumieniu ogólnego charakteru *know-how* oraz wymienienie pracowników, którzy będą lub byli zaangażowani w przekazanie go licencjodawcy.
48. Koncepcja »transferu« oznacza, że technologia musi zostać przekazana przez jedno przedsiębiorstwo drugiemu. Takie transfery przybierają zwykle postać licencji, na mocy której licencjodawca przyznaje licencjodawcy prawo korzystania z technologii w zamian za opłaty licencyjne. Mogą one przyjąć również postać sublicencji, na mocy której licencjodawca, otrzymawszy na to zgodę licencjodawcy, udziela licencji na korzystanie z technologii stronom trzecim (sublicencjodawcom).

49. Rozporządzenie nr 772/2004 stosuje się jedynie do porozumień, których podstawowym przedmiotem jest transfer technologii zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu, a nie nabywanie towarów i świadczenie usług lub licencjonowanie innych rodzajów własności intelektualnej. Porozumienia zawierające postanowienia dotyczące nabywania lub sprzedaży produktów są objęte tym rozporządzeniem jedynie w stopniu, w jakim postanowienia te nie stanowią podstawowego przedmiotu porozumienia i są bezpośrednio związane ze stosowaniem licencjonowanej technologii. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy związane produkty mają

⁽²⁸⁾ Dz.U. L 153 z 18.6.1994, str. 30 oraz Suplement EOG nr 15 z 18.6.1994, str. 29.

⁽²⁹⁾ Patrz: pkt 3 zawiadomienia w sprawie oceny niektórych umów podwykonawstwa.

postać wkładu dotyczącego wyposażenia lub procesu, który jest specjalnie dostosowany do efektywnego korzystania z licencjonowanej technologii. Jeżeli natomiast produkt po prostu wnosi innego rodzaju wkład w produkt końcowy, należy starannie zbadać, czy licencjonowana technologia stanowi podstawowy przedmiot porozumienia. Przykładowo w przypadkach, w których licencjodawca wytwarza już produkt końcowy w oparciu o inną technologię, licencja musi prowadzić do znacznego usprawnienia procesu produkcyjnego po stronie licencjodawcy, które przekracza wartość produktu nabytego od licencjodawcy. Wymóg, aby związane produkty dotyczyły licencjonowania technologii oznacza, że rozporządzenie nr 772/2004 nie obejmuje nabywania produktów w żaden sposób niezwiązanych z produktami, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Ma to przykładowo miejsce, gdy związane produkty nie są przeznaczone do używania z licencjonowanym produktem, lecz odnoszą się do działalności na odrębnym rynku produktowym.

50. Rozporządzenie nr 772/2004 obejmuje jedynie licencjonowanie innych rodzajów własności intelektualnej, takich jak znaki towarowe i prawa autorskie inne niż prawa autorskie do oprogramowania w stopniu, w jakim są one bezpośrednio związane z korzystaniem z licencjonowanej technologii i nie stanowią podstawowego przedmiotu porozumienia. Warunek ten zapewnia, że porozumienia obejmujące inne rodzaje praw własności intelektualnej podlegają wyłączeniu grupowemu jedynie w stopniu, w jakim omawiane rodzaje praw własności intelektualnej umożliwiają licencjodawcy lepsze wykorzystanie licencjonowanej technologii. Licencjodawca może przykładowo upoważnić licencjodawcę do korzystania z należącego do niego znaku towarowego w odniesieniu do produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Licencja na korzystanie ze znaku towarowego może pozwalać licencjodawcy na lepsze wykorzystanie licencjonowanej technologii, ponieważ pozwala konsumentom powiązać produkt oraz właściwości, jakie zawdzięcza on licencjonowanej technologii. Zobowiązanie licencjodawcy do korzystania ze znaku towarowego licencjodawcy może również sprzyjać rozpowszechnianiu technologii, umożliwiając utożsamienie licencjodawcy ze źródłem danej technologii. Jeżeli jednak wartość licencjonowanej technologii dla licencjodawcy jest ograniczona z uwagi na fakt stosowania przez niego identycznej lub bardzo podobnej technologii, a główny przedmiot porozumienia stanowi znak towarowy, rozporządzenie nie ma zastosowania⁽³⁰⁾.
51. Udzielanie licencji na prawa autorskie w celu powielania i dystrybucji utworu chronionego prawem, np. produkowanie kopii do odsprzedaży, uznaje się za formę podobną do licencjonowania technologii. W przypadku gdy takie porozumienia licencyjne dotyczą wytwarzania i sprzedaży produktów w oparciu o prawa własności intelektualnej, regulują one zwykle podobne zagadnienia i wykazują charakter podobny do porozumień o transferze technologii. Mimo że rozporządzenie nr 772/2004 nie obejmuje praw autorskich innych niż prawa autorskie do oprogramowania Urząd Nadzoru EFTA, dokonując oceny licencjonowania praw autorskich na podstawie art. 53 Porozumienia EOG, zasadniczo stosować będzie zasady określone w przytoczonym rozporządzeniu i niniejszych wytycznych.
52. Z drugiej strony, w kontekście licencjonowania praw do publicznego odtwarzania oraz innych praw związanych z prawami autorskimi pojawiają się szczególne kwestie i ocena takich czynności na podstawie zasad opracowanych w ramach niniejszych wytycznych może nie być uzasadniona. W przypadku różnych

praw związanych z publicznym odtwarzaniem wartość powstaje nie w wyniku powielania i sprzedaży kopii produktu, ale każdego indywidualnego publicznego odtworzenia utworu chronionego prawem. Może ono przybierać różną postać, w tym publicznego odtworzenia, pokazu lub wypożyczenia materiałów chronionych prawem, takich jak filmy, muzyka czy wydarzenia sportowe. Przy stosowaniu art. 53 należy uwzględnić specyfikę utworu oraz sposób jego wykorzystania⁽³¹⁾. Przykładowo ograniczenia w zakresie odsprzedaży mogą powodować mniejsze obawy o konkurencję niż zobowiązanie licencjodawców przez licencjodawców do przyznania wszystkim licencjodawcom korzystniejszych warunków uzyskanych przez jednego z nich. Urząd Nadzoru EFTA nie będzie zatem stosował rozporządzenia nr 772/2004 i niniejszych wytycznych na zasadzie analogii do licencjonowania tego rodzaju innych praw.

53. Urząd Nadzoru EFTA nie rozszerzy również zakresu stosowania zasad określonych w rozporządzeniu nr 772/2004 oraz niniejszych wytycznych na licencjonowanie znaków towarowych. Licencjonowanie znaków towarowych często pojawia się w związku z dystrybucją i odsprzedażą towarów i usług i jest, ogólnie rzecz biorąc, bliższe porozumieniom dystrybucyjnym niż licencjonowaniu technologii. W przypadku gdy licencja na znak towarowy jest bezpośrednio związana z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów i usług i nie stanowi podstawowego przedmiotu porozumienia, porozumienie licencyjne jest objęte aktem, o którym mowa w pkt 2 załącznika XIV Porozumienia EOG (rozporządzenie (WE) nr 2790/1999) w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 porozumienia EOG do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (zwanym dalej »rozporządzeniem nr 2790/1999«)⁽³²⁾.

2.4. Okres obowiązywania

54. Wyłączenie grupowe obowiązuje w ramach okresu obowiązywania rozporządzenia nr 772/2004 do czasu upływu ważności, wygaśnięcia lub unieważnienia licencjonowanych praw własności intelektualnej. W przypadku *know-how* wyłączenie grupowe stosuje się do czasu zachowania niejawności licencjonowanego *know-how*, z wyjątkiem przypadków, w których licencjonowane *know-how* stanie się jawne wskutek działań licencjodawcy i w których wyłączenie stosuje się przez okres obowiązywania porozumienia (por. art. 2 rozporządzenia nr 772/2004).
55. Wyłączenie grupowe stosuje się do każdego licencjonowanego prawa własności intelektualnej, które jest objęte porozumieniem, a przestaje ono obowiązywać z dniem wygaśnięcia, utraty ważności lub podaniem do publicznej wiadomości ostatniego prawa własności intelektualnej stanowiącego »technologię« w rozumieniu rozporządzenia nr 772/2004 (por. pkt powyżej).
- 2.5. Związki z innymi wyłączeniami grupowymi
56. Rozporządzenie nr 772/2004 obejmuje porozumienia między dwoma przedsiębiorstwami dotyczące licencjonowanej technologii zawarte w celu wytwarzania produktów objętych umową. Technologia może jednak stanowić również element innego rodzaju porozumień. Ponadto produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, są następnie sprzedawane na rynku. Konieczne jest zatem zajęcie się relacjami między rozporządzeniem nr 772/2004 a aktem, o którym mowa w pkt 6 załącznika XIV do porozumienia EOG (rozporządzenie (WE) nr 2658/2000) w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 porozumienia

⁽³¹⁾ Patrz w tym względzie: sprawa 262/81, Coditel (II), [1982] Rec. 3381.

⁽³⁰⁾ Patrz: w tym względzie: decyzja Komisji w sprawie Moosehead/Whitbread (Dz. U. L 100 z 20.4.1990, str. 32).

⁽³²⁾ Dz.U. L 103 z 12.4.2001, str. 36 oraz Suplement EOG nr 20 z 12.4.2001, str. 179.

EOG do kategorii porozumień specjalizacyjnych⁽³³⁾ (zwanym dalej »rozporządzeniem nr 2658/2000«), aktem, o którym mowa w pkt 7 załącznika XIV do porozumienia EOG (rozporządzenie (WE) nr 2659/2000) w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 porozumienia EOG do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju⁽³⁴⁾ (zwanym dalej »rozporządzeniem nr 2659/2000«) oraz rozporządzeniem nr 2790/1999⁽³⁵⁾.

2.5.1. Wyłączenia grupowe względem porozumień specjalizacyjnych oraz porozumień o badaniach i rozwoju

57. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 2658/2000 obejmuje ono, między innymi, porozumienia o wspólnej produkcji, w których co najmniej dwa przedsiębiorstwa zgadzają się wspólnie wytwarzać niektóre produkty. Rozporządzenie obowiązuje także w odniesieniu do przepisów dotyczących przyznawania praw własności intelektualnej lub korzystania z nich, pod warunkiem że nie stanowią one podstawowego przedmiotu porozumienia, lecz są bezpośrednio związane z jego wdrażaniem i niezbędne do tego celu.

58. W przypadku gdy przedsiębiorstwa zakładają wspólne przedsiębiorstwo produkcyjne i udzielają mu licencji na korzystanie z technologii stosowanej w procesie produkcyjnym produktów przez nie wytwarzanych, tego rodzaju licencjonowanie podlega rozporządzeniu nr 2658/2000, a nie rozporządzeniu nr 772/2004. Odpowiednio licencjonowanie w kontekście wspólnego przedsiębiorstwa produkcyjnego rozpatrywane jest zwykle na podstawie rozporządzenia nr 2658/2000. Jednak w sytuacji, w której wspólne przedsiębiorstwo angażuje się w licencjonowanie technologii na rzecz stron trzecich, działalność taka nie jest związana z produkcją prowadzoną przez wspólne przedsiębiorstwo, a zatem nie jest objęta wspomnianym rozporządzeniem. Tego rodzaju porozumienia licencyjne, które łączą technologie stron, stanowią grupy technologii, którym poświęcono sekcję IV.4.

59. Rozporządzenie nr 2659/2000 obejmuje porozumienia, w których co najmniej dwa przedsiębiorstwa wyrażają zgodę na wspólne prowadzenie prac badawczo-rozwojowych oraz wspólne korzystanie z ich wyników. Zgodnie z art. 2 ust. 11 prace badawczo-rozwojowe, a także korzystanie z ich wyników, realizowane są »wspólnie«, jeżeli są wykonywane przez wspólny zespół, organizację lub przedsiębiorstwo, wspólnie powierzone stronie trzeciej lub rozdzielone między strony w formie specjalizacji prac badawczych, rozwojowych, produkcji i dystrybucji, w tym licencjonowania.

60. Z powyższego wynika, że rozporządzenie nr 2659/2000 obejmuje wzajemne udzielanie licencji oraz udzielanie licencji przez strony na rzecz wspólnego przedsiębiorstwa w związku z porozumieniem dotyczącym badań i rozwoju. W kontekście takich porozumień strony mogą także określić warunki licencjonowania wyników porozumienia dotyczącego badań i rozwoju na rzecz stron trzecich. Z uwagi na fakt, że licencjodawcy będący stronami trzecimi nie są stroną porozumienia dotyczącego badań i rozwoju, indywidualne porozumienie licencyjne zawarte ze stronami trzecimi nie jest objęte rozporządzeniem nr 2659/2000. Takie porozumienia licencyjne podlegają wyłączeniu grupowemu na mocy rozporządzenia nr 772/2004, jeżeli spełniają warunki w nim określone.

2.5.2. Wyłączenie grupowe względem porozumień wertykalnych

61. Rozporządzenie nr 2790/1999 obejmuje porozumienia zawarte między co najmniej dwoma przedsiębiorstwami działającymi, do celów realizacji porozumienia, na różnych etapach produkcji lub dystrybucji oraz określające warunki, na jakich strony mogą nabywać, sprzedawać lub odsprzedawać określone towary i usługi. Zatem obowiązuje ono w odniesieniu do porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji.

62. Zważywszy, że rozporządzenie nr 772/2004 obejmuje jedynie porozumienia między dwiema stronami oraz że licencjodawca sprzedający produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jest dostawcą w rozumieniu rozporządzenia nr 2790/1999, oba te rozporządzenia są ze sobą powiązane. Porozumienie między licencjodawcą a licencjodawcą podlega rozporządzeniu nr 772/2004, podczas gdy porozumienia zawarte między licencjodawcą a nabywcą podlegają rozporządzeniu nr 2790/1999 oraz wytycznym w sprawie ograniczeń wertykalnych⁽³⁶⁾.

63. Na mocy rozporządzenia nr 772/2004 wyłączeniem grupowym objęte są również porozumienia między licencjodawcą a licencjodawcą, jeżeli porozumienie nakłada na licencjodawcę zobowiązania dotyczące sposobu sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Licencjodawca może być zobowiązany przede wszystkim do ustanowienia określonego rodzaju systemu dystrybucji, takiego jak dystrybucja wyłączna lub dystrybucja selektywna. Porozumienia dystrybucyjne zawarte w celu realizacji wspomnianych zobowiązań, aby podlegać wyłączeniu grupowemu, muszą być jednak zgodne z rozporządzeniem nr 2790/1999. Przykładowo licencjodawca może zobowiązać licencjodawcę do ustanowienia systemu opartego na dystrybucji wyłącznej zgodnie z określonymi zasadami. Z art. 4 lit. b) rozporządzenia nr 2790/1999 wynika jednak, że dystrybutorzy winni posiadać możliwość dokonywania sprzedaży biernej na terytoriach innych wyłącznych dystrybutorów.

64. Ponadto dystrybutorzy muszą zasadniczo posiadać swobodę sprzedaży zarówno czynnej, jak i biernej na terytoriach objętych systemem dystrybucji innych licencjodawców wytwarzających własne produkty w oparciu o licencjonowaną technologię. Wynika to z faktu, że w rozumieniu rozporządzenia nr 2790/1999 każdy licencjodawca jest odrębnym dostawcą. Przyczyny leżące u podstaw wyłączenia grupowego zawarte w przytoczonym rozporządzeniu mogą mieć zastosowanie także w przypadkach, gdzie produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, sprzedawane są przez licencjodawców pod wspólną marką należącą do licencjodawcy. Jeżeli produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, sprzedawane są pod wspólną marką, istnieje możliwość uzasadnienia ograniczeń między systemami dystrybucji licencjodawców takimi samymi powodami związanymi ze zwiększeniem efektywności jak w ramach jednostkowego systemu dystrybucji wertykalnej. Wówczas mało prawdopodobne jest, aby Urząd Nadzoru EFTA kwestionował ograniczenia w przypadkach, w których przez analogię spełnione są wymagania zawarte w rozporządzeniu nr 2790/1999. Aby stwierdzić istnienie tożsamości wspólnej marki, produkty muszą być sprzedawane i wprowadzane do obrotu pod wspólną marką, która jest dominująca z punktu widzenia informowania konsumenta o jakości i innych stosownych cechach. Nie wystarczy, aby poza markami licencjodawców produkt był również oznaczony marką licencjodawcy, która identyfikuje go jako źródło licencjonowanej technologii.

⁽³³⁾ Dz.U. L 52 z 22.2.2001, str. 38 oraz Supplement EOG nr 9 z 22.2.2001, str. 5.

⁽³⁴⁾ Dz.U. L 52 z 22.2.2001, str. 38 oraz Supplement EOG nr 9 z 22.2.2001, str. 5.

⁽³⁵⁾ Patrz: przypis 32.

⁽³⁶⁾ Patrz: przypis 32 oraz Dz.U. C 122 z 23.5.2002, str. 1 i Supplement EOG nr 26 z 23.5.2002, str. 7.

3. Obszar »bezpiecznej przystani« ustanowiony przez wyłączenie grupowe

65. Zgodnie z art. 3 rozporządzenia nr 772/2004 wyłączenie grupowe porozumień ograniczających uzależnione jest od progów udziału w rynku, co powoduje ograniczenie zakresu stosowania wyłączenia grupowego do porozumień, które wprawdzie mogą ograniczać konkurencję, ale pozwalają założyć, że warunki określone w art. 53 ust. 3 porozumienia EOG są spełnione. Poza obszarem »bezpiecznej przystani« stworzonej przez progi udziału w rynku wymagana jest ocena indywidualna. Fakt, że udział w rynku przekracza progi nie pozwala domniemywać, że porozumienie objęte jest art. 53 ust. 1 lub że porozumienie nie spełnia warunków określonych w art. 53 ust. 3. Przy braku podstawowych ograniczeń wymagana jest analiza rynku.
66. Próg udziału w rynku mający zastosowanie do celów obszaru »bezpiecznej przystani«, o którym mowa w rozporządzeniu nr 772/2004, zależy od tego, czy porozumienie zawarte zostało między konkurentami czy między podmiotami niebędącymi konkurentami. Do celów stosowania rozporządzenia nr 772/2004 przedsiębiorstwa są konkurentami na właściwych rynkach technologicznych, gdy udzielają licencji na konkurencyjne technologie. Przy stosowaniu progu udziału w rynku lub wykazu podstawowych ograniczeń konkurencji nie bierze się pod uwagę potencjalnej konkurencji na rynku technologicznym. Poza obszarem »bezpiecznej przystani« określonym w omawianym rozporządzeniu uwzględnia się potencjalną konkurencję na rynku technologicznym, lecz nie stosuje się wykazu podstawowych ograniczeń konkurencji dotyczącego porozumień między konkurentami (patrz: też pkt 31).
67. Przedsiębiorstwa są konkurentami na właściwym rynku produktowym, jeżeli oba aktywnie działają na tym samym rynku produktowym (rynkach produktowych) i rynku geograficznym (rynkach geograficznych), na którym(-ych) sprzedawane są produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia (konkurenci rzeczywistości). Uważa się je również za konkurentów, gdy istnieje przypuszczenie, że mogłyby one dokonać inwestycji dodatkowych lub ponieść inne koszty dostosowawcze niezbędne do wejścia w odpowiednio krótkim czasie na właściwy rynek produktowy lub właściwy rynek geograficzny⁽³⁷⁾, odpowiadając w ten sposób na niewielki, lecz stały wzrost cen względnych (konkurenci potencjalni).
68. Z pkt 66 i pkt 67 wynika, że dwa przedsiębiorstwa nie są konkurentami w rozumieniu rozporządzenia nr 772/2004, jeżeli licencjodawca nie jest rzeczywistym ani potencjalnym dostawcą produktów na właściwy rynek, a obecny już na rynku produktowym licencjodawca nie udziela licencji na konkurencyjną technologię, nawet jeżeli jest on właścicielem takiej technologii i opiera na niej swoją produkcję. Strony stają się jednak konkurentami, jeżeli w późniejszym czasie licencjodawca zaczyna udzielać licencji na swoją technologię lub jeżeli licencjodawca staje się rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą produktów na właściwy rynek. W takim przypadku wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji obowiązujący dla porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami będzie miał nadal zastosowanie do porozumienia, chyba że treść porozumienia ulegnie później istotnej zmianie (patrz: art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 772/2004 i pkt 31 niniejszych wytycznych).
69. W przypadku porozumień między konkurentami próg udziału w rynku wynosi 20 %, a w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami – 30 % (por. art. 3 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia nr 772/2004). W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stroną porozumienia licencyjnego nie są konkurentami, porozumienie podlega wyłączeniu grupowemu, pod warunkiem że udział w rynku każdej ze stron nie przekracza 30 % na właściwych rynkach technologicznych i produktowych. W przypadku gdy przedsiębiorstwa będące stroną porozumienia licencyjnego są konkurentami, porozumienie podlega wyłączeniu grupowemu, pod warunkiem że łączny udział stron w rynku nie przekracza 20 % na właściwych rynkach technologicznych i produktowych. Progi udziału w rynku stosuje się zarówno do rynków technologicznych, jak i rynków produktowych, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Jeżeli obowiązujący próg udziału w rynku zostanie przekroczony na danym właściwym rynku, w odniesieniu do porozumienia dla tego właściwego rynku nie stosuje się wyłączenia grupowego. Przykładowo, jeżeli porozumienie licencyjne dotyczy dwóch odrębnych rynków produktowych lub dwóch odrębnych rynków geograficznych, wyłączenie grupowe może mieć zastosowanie tylko do jednego z tych rynków.
70. W przypadku rynków technologicznych, jak wynika z art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 772/2004, udział licencjodawcy w rynku oblicza się na podstawie sprzedaży przez licencjodawcę i wszystkich jego licencjodawców produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, odrębnie dla każdego z właściwych rynków⁽³⁸⁾. W przypadku gdy strony są konkurentami na rynku technologicznym, sprzedaż produktów, w których wykorzystana jest technologia własna licencjodawcy, winna być połączona ze sprzedażą produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Nowym technologiom, które nie podlegały jeszcze sprzedaży, przypisuje się udział w rynku równy zeru. Zdobywanie udziału w rynku rozpoczyna się z chwilą podjęcia sprzedaży.
71. W przypadku rynków produktowych udział licencjodawcy w rynku oblicza się na podstawie sprzedaży przez niego produktów, w których wykorzystana jest technologia licencjodawcy, i produktów konkurencyjnych, czyli łącznej sprzedaży licencjodawcy na danym rynku produktowym. Jeżeli licencjodawca jest równocześnie dostawcą produktów na właściwy rynek, uwzględnić należy również sprzedaż licencjodawcy na danym rynku produktowym. Przy obliczaniu udziałów w rynku dla rynków produktowych, obliczając udział w rynku licencjodawcy i/lub licencjodawcy, nie bierze się jednak pod uwagę sprzedaży innych licencjodawców.
72. Udziały w rynku winny być obliczane na podstawie danych dotyczących wartości sprzedaży, o ile są one dostępne. Zazwyczaj takie dane stanowią dokładniejszy wskaźnik siły danej technologii niż dane dotyczące wielkości sprzedaży. Jeżeli niedostępne są dokładne dane dotyczące wartości sprzedaży, można posłużyć się wartościami szacunkowymi, opartymi na wiarygodnych informacjach rynkowych, łącznie z danymi dotyczącymi wielkości sprzedaży.
73. Wyżej opisane zasady można zilustrować za pomocą następujących przykładów:

Licencjonowanie między podmiotami niebędącymi konkurentami

Przykład 1

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

⁽³⁷⁾ Patrz: pkt 29.

⁽³⁸⁾ Powody takiego sposobu obliczania wyjaśniono w pkt 23.

40 mln EUR rocznie. Dodatkowo w roku 2 A udziela również licencji przedsiębiorstwu C (zwanemu dalej »C«), które nie było dotąd aktywne na tym rynku produktowym. C produkuje i sprzedaje wyłącznie Xeran, a jego roczne obroty z tego tytułu wynoszą 10 mln EUR w roku 2, a w latach następnych – 15 mln EUR. Całkowita wartość rynku Xeranu i jego substytutów, na którym działają B i C, wynosi 200 mln EUR w skali roku.

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

W roku 2 udział B w rynku produktowym wynosi 12,5 % z uwagi na obroty osiągnięte przez B w roku 1 w wysokości 25 mln EUR. W roku 3 udział B w rynku wynosi już 15 % dzięki zwiększeniu obrotów w roku 2 do 30 mln EUR. W roku 4 i w latach następnych udział B w rynku odpowiada 20 %, a jego roczne obroty wynoszą 40 mln EUR. Udział C w rynku produktowym równy jest 0 % w roku 1, 5 % w roku 2, a 7,5 % w kolejnych latach.

Jako że porozumienia licencyjne zawarto między podmiotami niebędącymi konkurentami, a udział każdego z nich (A, B i C) w rynku w żadnym roku nie przekracza 30 %, porozumienia podlegają obszarowi »bezpiecznej przystani«, o którym mowa w rozporządzeniu nr 772/2004.

Przykład 2

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

W tym przypadku udział A w rynku technologicznym winien być obliczony osobno dla każdego z rynków geograficznych. Na rynku, na którym działa B, udział A w rynku zależy od sprzedaży Xeranu przez B. W niniejszym przykładzie całkowitą wartość rynku ocenia się na 100 mln EUR, czyli połowę wartości rynku z przykładu 1, w związku z czym udział A w rynku w roku 2 wynosi 0 %, w roku 3 – 15 %, a w latach następnych – 40 %. Udział B w rynku jest równy 25 % w roku 2, 30 % w roku 3 i 40 % w kolejnych latach. W roku 2 i 3 zarówno w przypadku A, jak i B udział w rynku nie przekracza progu wynoszącego 30 %. Próg ten będzie jednak przekroczony począwszy od roku 4, co zgodnie z art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 772/2004 oznacza, że po roku 6 porozumienie licencyjne między A i B nie będzie mogło korzystać z obszaru »bezpiecznej przystani«, lecz będzie wymagało oceny indywidualnej.

Na rynku, na którym działa C, udział A w rynku zależy od sprzedaży Xeranu przez C. Udział A w rynku technologicznym oparty na sprzedaży C w roku poprzednim wynosi zatem 0 % w roku 2, 10 % w roku 3, a następnie – 15 %. Udział C w rynku produktowym jest taki sam,

czyli 0 % w roku 2, 10 % w roku 3, a następnie – 15 %. Porozumienie licencyjne między A i C podlega zatem przez cały okres obszarowi »bezpiecznej przystani«.

Licencjonowanie między konkurentami

Przykład 3

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

W celu oceny porozumienia licencyjnego na podstawie rozporządzenia nr 772/2004 udziały A i B w rynku winny być obliczone zarówno dla rynku technologicznego, jak i dla rynku produktowego. Udział A w rynku technologicznym zależy od obrotów osiągniętych przez A i B z tytułu sprzedaży produktu wytwarzanego w oparciu o technologię A w roku poprzednim. Dlatego też w roku 2 udział A w rynku technologicznym wynosi 15 %, odzwierciedlając jego własną produkcję i sprzedaż w roku 1 w wysokości 15 mln EUR. Począwszy od roku 3, udział A w rynku technologicznym wynosi 20 %, co odpowiada obrotom A i B z tytułu sprzedaży produktu wytwarzanego w oparciu o technologię A w wysokości 20 mln EUR (każde przedsiębiorstwo po 10 mln EUR). Podobnie w roku 2 udział B w rynku technologicznym wynosi 20 %, a następnie 25 %.

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

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

4. Podstawowe ograniczenia konkurencji na podstawie rozporządzenia nr 772/2004

4.1. Zasady ogólne

74. Artykuł 4 rozporządzenia 772/2004 zawiera wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji. Sklasyfikowanie ograniczenia jako podstawowego ograniczenia konkurencji opiera się na jego charakterze i doświadczeniu wskazującym, że tego rodzaju ograniczenia mają niemal bez wyjątku negatywny wpływ na konkurencję. Zgodnie z orzecznictwem trybunałów/sądów wspólnotowych⁽³⁹⁾, ograniczenie takie może wynikać z wyraźnego celu porozumienia lub z okoliczności dotyczących indywidualnego przypadku (por. pkt 14).

75. Jeżeli porozumienie o transferze technologii zawiera podstawowe ograniczenie konkurencji, wówczas zgodnie z art. 4 ust. 1 i art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 772/2004 porozumienie w całości nie podlega wyłączeniu grupowemu. Do celów przytoczonego rozporządzenia ograniczenia podstawowe nie mogą być oderwane od reszty porozumienia. Ponadto Urząd Nadzoru EFTA uznaje, że w przypadku indywidualnej oceny podstawowe ograniczenia konkurencji jedynie w wyjątkowych przypadkach będą spełniać cztery warunki określone w art. 53 ust. 3 porozumienia EOG (por. pkt 18).

76. Artykuł 4 rozporządzenia nr 772/2004 wyróżnia porozumienia między konkurentami i porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami.

4.2. Porozumienia między konkurentami

77. Artykuł 4 ust. 1 wymienia podstawowe ograniczenia dotyczące udzielania licencji między konkurentami. Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenie nr 772/2004 nie ma zastosowania do porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, w oderwaniu od innych czynników lub w połączeniu z nimi pod kontrolą stron, mają na celu:

- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży stronom trzecim;
- b) ograniczenie produkcji, z wyjątkiem ograniczeń w zakresie wytwarzania produktów objętych umową, nałożone na licencjodawcę w porozumieniu jednostronnym lub nałożone jedynie na jednego z licencjodawców w porozumieniu wzajemnym;
- c) podział rynków lub klientów, z wyjątkiem:
 - (i) zobowiązania licencjodawcy(-ów) do wytwarzania produktów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii tylko w jednej lub kilku dziedzinach zastosowań technicznych lub na jednym lub kilku rynkach produktowych;
 - (ii) zobowiązania licencjodawcy i/lub licencjodawcy, w porozumieniu jednostronnym, do niewytwarzania produktów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii tylko w jednej lub kilku dziedzinach zastosowań technicznych lub na jednym lub kilku rynkach produktowych, lub na jednym lub kilku wyłącznych terytoriach zastrzeżonych dla drugiej strony;
 - (iii) zobowiązania licencjodawcy do nieudzielania licencji na korzystanie z technologii innemu licencjodawcy na konkretnym terytorium;
 - (iv) nałożonego na licencjodawcę i/lub licencjodawcę w porozumieniu jednostronnym ograniczenia sprzedaży czynnej i/lub biernej na wyłącznym terytorium

zastrzeżonym dla drugiej strony lub na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów;

(v) nałożonego na licencjodawcę w porozumieniu jednostronnym ograniczenia sprzedaży czynnej na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy, o ile ten ostatni nie był przedsiębiorstwem konkurującym z licencjodawcą w chwili zawierania jego własnego porozumienia licencyjnego;

(vi) zobowiązania licencjodawcy do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na jego własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjodawcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów;

(vii) zobowiązania licencjodawcy w porozumieniu jednostronnym do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;

d) ograniczenie zdolności licencjodawcy do wykorzystywania jego własnej technologii lub ograniczenie zdolności którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia działań w zakresie badań i rozwoju, chyba że to ostatnie ograniczenie jest niezbędne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanej *know-how* wobec stron trzecich.

78. W przypadku wielu ograniczeń rozporządzenie nr 772/2004 odróżnia porozumienia wzajemne od porozumień jednostronnych. W odniesieniu do porozumień wzajemnych stawia ono surowsze wymagania niż do porozumień jednostronnych między konkurentami. Porozumienie wzajemne oznacza porozumienie o licencjonowaniu wzajemnym, w którego przypadku licencjonowane technologie są technologiami konkurencyjnymi lub mogą być wykorzystane do wytwarzania produktów konkurencyjnych. Porozumienie jednokierunkowe oznacza porozumienie, w którego przypadku tylko jedno przedsiębiorstwo udziela drugiemu licencji na korzystanie z technologii albo w którego przypadku w odniesieniu do licencjonowania wzajemnego licencjonowane technologie nie są technologiami konkurencyjnymi i nie mogą być wykorzystane do wytwarzania produktów konkurencyjnych. Porozumienie ma charakter wzajemny nie tylko z uwagi na fakt, że zawiera ono zobowiązanie do wzajemnej wymiany licencji lub że licencjodawca udziela licencjodawcy licencji na usprawnienia licencjonowanej technologii. Jeżeli w późniejszym czasie z powodu udzielenia drugiej licencji porozumienie jednostronne stanie się porozumieniem wzajemnym, strony mogą zostać zmuszone do zmiany warunków pierwszej licencji w celu uniknięcia stwierdzenia, że porozumienie zawiera podstawowe ograniczenie konkurencji. Oceniając poszczególne przypadki, Urząd Nadzoru EFTA uwzględniac będzie czas, jaki upłynął między udzieleniem pierwszej i drugiej licencji.

79. Podstawowe ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. a), dotyczy porozumień między konkurentami, których celem jest ustalanie cen produktów sprzedawanych stronom trzecim, w tym produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Ustalanie cen między konkurentami z samego założenia stanowi ograniczenie konkurencji. Ustalanie cen może przykładowo nastąpić w drodze bezpośredniego uzgodnienia dokładnej ceny sprzedaży lub cennika określającego maksymalne dopuszczalne rabaty. Nie ma znaczenia, czy porozumienie dotyczy cen stałych, minimalnych, maksymalnych czy

⁽³⁹⁾ Patrz np.: orzecznictwo przytoczone w przypisie 18.

zalecanych. Ustalanie cen może także odbywać się pośrednio poprzez stosowanie czynników zniechęcających, mających spowodować odstępianie od ustalonego poziomu cen. Przykładowo, można przewidzieć wzrost opłat licencyjnych w przypadku obniżenia cen produktów poniżej określonego poziomu. Zobowiązanie licencjodawcy do uiszczenia określonej minimalnej opłaty licencyjnej nie jest równoznaczne z ustalaniem cen.

80. W przypadku gdy opłaty licencyjne są obliczane na podstawie indywidualnej sprzedaży produktów, wysokość opłaty ma bezpośredni wpływ na koszt krańcowy produktu, a tym samym na ceny produktów⁽⁴⁰⁾. Konkurenci mogą zatem posługiwać się licencjami wzajemnymi i wzajemnymi opłatami licencyjnymi w celu koordynowania cen na rynkach produktowych stanowiących następne ogniwo w procesie produkcji/dystrybucji⁽⁴¹⁾. Urząd Nadzoru EFTA uzna licencje wzajemne z wzajemnymi opłatami licencyjnymi za ustalanie cen jedynie wtedy, gdy porozumienie jest pozbawione jakiegokolwiek celu sprzyjającego konkurencji i tym samym nie stanowi porozumienia licencyjnego zawartego w dobrej wierze. Jeżeli porozumienie nie wnosi żadnej wartości i w związku z tym nie posiada ważnego uzasadnienia ekonomicznego, jest pozorowane i równoznaczne z istnieniem porozumienia kartelowego.
81. Ograniczenie podstawowe zawarte w art. 4 ust. 1 lit. a) również obejmuje porozumienia, zgodnie z którymi opłaty licencyjne oblicza się na podstawie obrotów z tytułu sprzedaży wszystkich produktów niezależnie od tego, czy została w nich wykorzystana licencjonowana technologia. Porozumienia takie wchodzą również w zakres art. 4 ust. 1 lit. d), zgodnie z którym nie istnieje konieczność ograniczenia zdolności licencjodawcy do korzystania z jego własnej technologii (patrz: pkt 95). Tego rodzaju porozumienia ograniczają konkurencję, gdyż porozumienie podwyższa koszt korzystania z własnej konkurencyjnej technologii licencjodawcy oraz ogranicza konkurencję, która istniała przed zawarciem porozumienia⁽⁴²⁾. Dotyczy to zarówno porozumień wzajemnych, jak i porozumień jednostronnych. W drodze wyjątku porozumienie, zgodnie z którym opłaty licencyjne są obliczane na podstawie obrotów z tytułu sprzedaży wszystkich produktów, może w indywidualnym przypadku spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, jeżeli na podstawie obiektywnych czynników można stwierdzić, że ograniczenie jest niezbędne do udzielenia licencji sprzyjającej konkurencji. Może to mieć miejsce, gdy przy braku ograniczenia niemożliwe lub zbyt trudne byłoby obliczanie i monitorowanie opłaty licencyjnej ponoszonej przez licencjodawcę, na przykład ponieważ technologia licencjodawcy nie pozostawia widocznych śladów na produkcie końcowym a alternatywne sposoby monitorowania nie są dostępne.
82. Podstawowe ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. b), dotyczy wzajemnych ograniczeń produkcji nałożonych na strony. Ograniczenie produkcji dyktuje stronie wielkość produkcji i sprzedaży. Artykuł 4 ust. 1 lit. b) nie obejmuje ograniczeń produkcji nałożonych na licencjodawcę na podstawie porozumień jednostronnych lub ograniczeń produkcji nałożonych na jednego z licencjodawców na podstawie porozumień wzajemnych, pod warunkiem że ograniczenie takie dotyczy jedynie produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. b) do ograniczeń podstawowych zalicza się wzajemne ograniczenia produkcji nałożone na strony i ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę w odniesieniu do jego własnej technologii. Jeżeli konkurenci wyrażają zgodę na nałożenie wzajemnych ograniczeń produkcji, przedmiotem
83. Bardziej uprzywilejowane traktowanie jednostronnych ograniczeń ilościowych opiera się na przekonaniu, że ograniczenie jednostronne nie musi prowadzić do mniejszej produkcji na rynku. Również zagrożenie, że porozumienie nie jest porozumieniem licencyjnym zawartym w dobrej wierze jest mniejsze, gdy ograniczenie jest jednostronne. Jeżeli licencjodawca skłonny jest zaakceptować ograniczenie jednostronne, prawdopodobnym skutkiem porozumienia będzie rzeczywiste połączenie uzupełniających się technologii lub poprawiające efektywność połączenie lepszej technologii licencjodawcy z aktywami produkcyjnymi licencjodawcy. W porozumieniu wzajemnym ograniczenie produkcji nałożone na jednego z licencjodawców z dużym prawdopodobieństwem stanowi wyraz większej wartości technologii licencjonowanej przez jedną ze stron i może służyć promowaniu licencji sprzyjających konkurencji.
84. Podstawowe ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. c), dotyczy podziału rynków i klientów. Przedmiotem porozumień, w których konkurenci dzielą się rynkami i klientami, jest ograniczenie konkurencji. Podstawowe ograniczenie konkurencji występuje wówczas, gdy w porozumieniu wzajemnym konkurenci wyrażają zgodę na nieprowadzenie produkcji na określonych terytoriach lub nieprowadzenie sprzedaży czynnej ani biernej na określonych terytoriach zastrzeżonych dla drugiej strony ani na rzecz zastrzeżonych dla niej określonych klientów.
85. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) stosuje się niezależnie od tego, czy licencjodawca może nadal w sposób nieograniczony korzystać z własnej technologii. Z chwilą, gdy licencjodawca dysponuje wyposażeniem pozwalającym mu korzystać z technologii licencjodawcy w celu wytwarzania danego produktu, utrzymywanie odrębnej linii produkcyjnej w celu obsługi klientów objętych ograniczeniami może okazać się kosztowne. Ponadto w świetle potencjału negatywnych skutków ograniczenia dla konkurencji licencjodawcy może mieć niewielką motywację do prowadzenia produkcji w oparciu o własną technologię. Bardzo mało prawdopodobne jest również, aby takie ograniczenia były niezbędne do udzielenia licencji o pozytywnym wpływie na konkurencję.
86. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (ii) podstawowe ograniczenie nie istnieje, jeżeli licencjodawca w porozumieniu jednostronnym przyzna licencjodawcy wyłączną licencję do wytwarzania produktów z wykorzystaniem licencjonowanej technologii na określonym terytorium, a tym samym zobowiąże się do niewytwarzania produktów objętych umową na tym terytorium i niedostarczania ich z tego terytorium. Tego rodzaju licencje wyłączne podlegają wyłączeniu grupowemu niezależnie od wielkości wspomnianego terytorium. Jeżeli licencja obejmuje cały świat wyłączność oznacza, że licencjodawca odstępuje od wchodzenia na rynek lub pozostawania na nim. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie również wtedy, gdy licencja ogranicza się do jednej lub kilku dziedzin zastosowań technicznych albo jednego lub kilku rynków produktowych. Celem porozumień podlegających art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (ii) może być zachęcenie licencjodawcy do inwestowania w licencjonowaną technologię i jej rozwijania. Przedmiotem porozumienia nie musi zatem być podział rynków.

⁽⁴⁰⁾ Patrz w tym względzie: pkt 98 wytycznych w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG przytoczonych w przypisie 5.

⁽⁴¹⁾ Ma to również miejsce, w przypadku gdy jedna strona przyznaje drugiej licencję i wyraża zgodę na zakup wkładu materialnego od licencjodawcy. Cena zakupu może pełnić tę samą funkcję co opłata licencyjna.

⁽⁴²⁾ Patrz w tym względzie: sprawa 193/83, Windsurfing International, [1986] Rec. 611, pkt 67.

87. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (iv) i z tego samego powodu wyłączenie grupowe stosuje się także do porozumień jednostronnych, w których strony wyrażają zgodę na nieprowadzenie sprzedaży czynnej ani biernej⁽⁴³⁾ na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony ani na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów.
88. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (iii) ograniczenie podstawowe nie występuje także w sytuacji, w której licencjodawca wskazuje licencjodawcę jako swojego jedyne licencjodawcę na określonym terytorium, sugerując, że na tym terytorium strony trzecie nie otrzymają licencji na produkcję w oparciu o technologię licencjodawcy. W przypadku licencji jedyne wyłączenie grupowe stosuje się niezależnie od tego, czy porozumienie jest wzajemne czy też nie, biorąc pod uwagę że porozumienie nie wpływa na zdolność stron do pełnego korzystania z własnych technologii na odpowiednich terytoriach.
89. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) pkt (v) wyklucza z wykazu podstawowych ograniczeń konkurencji, a tym samym obejmuje wyłączeniem grupowym do wysokości progu udziału w rynku ograniczenia zawarte w jednostronnych porozumieniach dotyczących sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjodawcę na terytorium lub na rzecz grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy. Warunkiem jest jednak, aby chroniony licencjodawca nie był konkurentem licencjodawcy w chwili zawierania porozumienia. Uznawanie takich ograniczeń za ograniczenia podstawowe nie jest zasadne. Mogą one bowiem skłonić licencjodawcę do efektywniejszego korzystania z licencjonowanej technologii, pozwalając licencjodawcy na ochronę licencjodawcy nieobecnego dotąd na rynku przed sprzedażą czynną prowadzoną przez licencjodawców, którzy są konkurentami licencjodawcy i z tego powodu posiadają już pozycję na rynku. Z drugiej strony, jeżeli licencjodawcy uzgodnią między sobą, że nie będą prowadzili czynnej ani biernej sprzedaży na określonym terytorium ani na rzecz określonej grupy klientów, porozumienie równoznaczne jest z porozumieniem kartelowym między licencjodawcami. Zważywszy, że porozumienia takie nie obejmują transferu technologii, wykraczają one poza zakres rozporządzenia nr 772/2004.
90. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (i) ograniczenia zawarte w porozumieniach między konkurentami, które ograniczają udzielanie licencji do jednego lub kilku rynków produktowych lub dziedzin zastosowań technicznych⁽⁴⁴⁾ nie stanowią podstawowych ograniczeń konkurencji. Podlegają one wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 % niezależnie od tego czy porozumienie jest wzajemne czy też nie. Zastosowanie wyłączenia grupowego wymaga jednak, aby ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nie wykraczały poza zakres licencjonowanych technologii. Ponadto konieczne jest, aby licencjodawcy nie byli ograniczeni w odniesieniu do korzystania z własnych technologii (patrz: art. 4 ust. 1 lit. d)). Jeżeli licencjodawcy nie mogą swobodnie korzystać z własnej technologii, porozumienie jest równoznaczne z podziałem rynku.
91. Wyłączenie grupowe stosuje się niezależnie od tego, czy ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań są symetryczne czy też nie. Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań we wzajemnym porozumieniu licencyjnym jest niesymetryczne wówczas, gdy obie strony mogą korzystać z odpowiednich technologii, na które otrzymały licencje, ale tylko w ramach różnych dziedzin zastosowań. Tak długo, jak długo strony nie są ograniczone w korzystaniu z własnych technologii, przyjmuje się, że porozumienie nie skłania ich do zaniechania zajmowania się dziedziną lub dziedzinami objętymi licencją udzieloną innej stronie lub powstrzymania się od tego. Nawet jeżeli licencjodawcy dysponują wyposażeniem pozwalającym im korzystać z licencjonowanej technologii w ramach dziedziny zastosowań objętej licencją, nie jest pewne, czy ma to wpływ na aktywa używane do produkcji nieobjętej licencją. W związku z tym istotne jest, że ograniczenie dotyczy odrębnych rynków produktowych lub dziedzin zastosowań, a nie klientów, przyporządkowanych do określonego terytorium bądź określonej grupy, którzy nabywają produkty należące do tego samego rynku produktowego lub dziedziny zastosowań technicznych. Zagrożenie podziałem rynku uważa się za zdecydowanie większe w ostatnim z wymienionych przypadków (patrz: pkt 85). Ponadto ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań może okazać się konieczne do promowania licencji sprzyjających konkurencji (patrz: pkt 182).
92. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) pkt (vi) zawiera kolejny wyjątek, tj. ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek, polegające na tym, że licencjodawca może wytwarzać produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jedynie na własny użytek. Jeżeli produkt objęty umową stanowi element większej całości licencjodawcy może zatem zostać zobowiązany do wytwarzania tego elementu jedynie w celu stosowania go w własnych produktach i niesprzedawania innym producentom. Licencjodawca musi posiadać jednak możliwość sprzedawania wspomnianych elementów jako części zamiennych do swoich własnych produktów, a tym samym dostarczania ich stronom trzecim prowadzącym serwis posprzedażny tych produktów. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek w przedstawionym rozumieniu mogą być zachętą konieczną do rozpowszechniania technologii, zwłaszcza między konkurentami, i są objęte wyłączeniem grupowym. Takie ograniczenia omówiono także poniżej w sekcji IV.2.5.
93. Wreszcie art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (vii) wyklucza z wykazu podstawowych ograniczeń konkurencji nałożone na licencjodawcę w porozumieniu jednostronnym zobowiązanie do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta w celu stworzenia alternatywnego źródła zaopatrywania tego właśnie klienta. Zatem art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (vii) stosuje się tylko wtedy, gdy licencja ogranicza się do zaoferowania konkretnemu klientowi alternatywnego źródła zaopatrzenia. Nie jest konieczne, aby taka licencja była tylko jedna. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) pkt (vii) stosuje się również w sytuacjach, w których więcej niż jedno przedsiębiorstwo posiada licencję na zaopatrywanie jednego i tego samego klienta. W przypadku gdy licencja udzielona jest tylko w celu zaopatrywania konkretnego klienta, zdolność takich porozumień do podziału rynku jest ograniczona. Nie można bowiem wtedy uznać, że porozumienie skłoni licencjodawcę do zaprzestania korzystania z własnej technologii.
94. Podstawowe ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. d), obejmuje przede wszystkim ograniczenia dotyczące zdolności stron do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Obie strony winny posiadać możliwość prowadzenia niezależnych prac badawczo-rozwojowych. Zasadę tę stosuje się bez względu na to, czy ograniczenie dotyczy dziedziny objętej licencją czy innych dziedzin. Sam fakt uzgodnienia przez strony, że w przyszłości będą się wymieniać usprawnieniami odpowiednich technologii, nie jest równoznaczny z ograniczeniem niezależnych prac badawczo-rozwojowych. Wpływ takich porozumień na konkurencję wymaga indywidualnej oceny. Artykuł 4 ust. 1 lit. d) nie dotyczy ponadto ograniczeń nałożonych na jedną ze stron w zakresie prowadzenia prac badawczo-rozwojowych we współpracy ze stronami trzecimi, jeżeli są one niezbędne do ochrony *know-how* licencjodawcy przed ujawnieniem. Aby kwalifikować się do objęcia odstępstwem ograniczenia nałożone w celu ochrony *know-how* licencjodawcy przed ujawnieniem muszą być konieczne i proporcjonalne do zapewnienia takiej ochrony. Przykładowo, jeżeli porozumienie wyznacza określonych pracowników licencjodawcy do przeszkolenia

⁽⁴³⁾ Ogólna definicja sprzedaży czynnej i biernej znajduje się w pkt 50 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 36.

⁽⁴⁴⁾ Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań omówiono szerzej w sekcji IV.2.4 poniżej.

lenia w zakresie korzystania z licencjonowanego *know-how* i przejścia za nie odpowiedzialności, wystarczające może być zobowiązanie licencjobiorcy do nieangażowania tych pracowników w prace badawczo-rozwojowe prowadzone we współpracy ze stronami trzecimi. Właściwe mogą być również inne środki zapobiegawcze.

95. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. d) zdolności licencjobiorcy do korzystania z własnej technologii nie mogą być ograniczone, o ile nie korzysta on przy tym z technologii licencjonowanej od licencjodawcy. W odniesieniu do własnej technologii licencjobiorca nie może podlegać ograniczeniom w zakresie miejsca produkcji bądź sprzedaży, wielkości produkcji bądź sprzedaży i cen sprzedaży. Nie może być także zobowiązany do odprowadzania opłat licencyjnych z tytułu produktów wytwarzanych w oparciu o jego własną technologię (por. pkt 81). Ponadto licencjobiorca nie może być ograniczony w zakresie udzielania stronom trzecim licencji na własną technologię. Jeżeli ograniczenia dotyczą korzystania przez licencjobiorcę z własnej technologii lub prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, konkurencyjność technologii licencjobiorcy jest ograniczona. Skutkiem tego jest zmniejszenie konkurencji na istniejących rynkach produktowych i technologicznych oraz motywacji licencjobiorcy do inwestowania w rozwój i usprawnienie własnej technologii.

4.3. Porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami

96. Artykuł 4 ust. 2 wymienia podstawowe ograniczenia dotyczące udzielania licencji między podmiotami niebędącymi konkurentami. Zgodnie z przytoczonym artykułem rozporządzenie nr 772/2004 nie ma zastosowania do porozumień, które bezpośrednio lub pośrednio, w oderwaniu od innych czynników lub w połączeniu z nimi, pod kontrolą stron, mają na celu:

- a) ograniczenie zdolności strony do ustalania cen przy sprzedaży produktów objętych umową stronom trzecim, bez uszczerbku dla możliwości wyznaczania najwyższej ceny sprzedaży lub wskazywania ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie jest to równoznaczne ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży określaną w wyniku nacisku którejkolwiek ze stron lub zachęt proponowanych przez którąkolwiek ze stron;
- b) ograniczenie terytorium, na którym licencjobiorca może biernie sprzedawać produkty objęte umową, lub klientów, którym może je sprzedawać, z wyjątkiem:
 - (i) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego wyłącznej grupy klientów;
 - (ii) ograniczenia sprzedaży biernej na wyłącznym terytorium lub na rzecz wyłącznej grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjobiorcy w ciągu pierwszych dwóch lat, podczas których ten inny licencjobiorca sprzedaje produkty objęte umową na danym terytorium lub na rzecz danej grupy klientów;
 - (iii) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie na swój własny użytek, pod warunkiem że nie ma ograniczeń dla licencjobiorcy w zakresie czynnej i biernej sprzedaży produktów objętych umową jako części zapasowych dla jego własnych produktów;

(iv) zobowiązania do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta, w przypadku gdy licencja ta została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta;

(v) ograniczenia sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej;

(vi) ograniczenia sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom przez uczestników systemu selektywnej dystrybucji;

c) ograniczenie sprzedaży czynnej lub biernej odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę będącego uczestnikiem systemu selektywnej dystrybucji i działającego na poziomie sprzedaży detalicznej, bez uszczerbku dla możliwości zakazywania uczestnikowi systemu prowadzenia działalności z nieuprawnionego miejsca.

97. Podstawowe ograniczenie konkurencji, o którym mowa w art. 4 ust. 2 lit. a), dotyczy ustalania cen wymaganych przy sprzedaży produktów stronom trzecim. Przepis ten obejmuje w szczególności ograniczenia, których bezpośrednim lub pośrednim celem jest ustalenie stałej lub minimalnej ceny sprzedaży albo też stałego lub minimalnego poziomu cen, których będzie przestrzegać licencjodawca lub licencjobiorca, sprzedając produkty stronom trzecim. Ograniczenie jest oczywiste w przypadku porozumień, w których bezpośrednio określa się cenę sprzedaży. To samo osiągnąć można również w sposób pośredni. Przykładem tego są porozumienia określające marżę lub maksymalny poziom rabatów, wiążące cenę sprzedaży z cenami sprzedaży konkurentów, a także groźby, zastraszanie, ostrzeżenia, kary lub rozwiązywanie umów w związku z nieprzestrzeganiem zadanego poziomu cen. Bezpośrednie lub pośrednie środki służące ustalaniu cen mogą być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami identyfikującymi obniżki cen, takimi jak wdrożenie systemu monitorowania cen lub zobowiązanie licencjobiorców do informowania o odstępstwach cenowych. Podobnie bezpośrednie lub pośrednie ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi motywację licencjobiorcy do obniżania stosowanych przez niego cen sprzedaży, takimi jak zobowiązanie licencjobiorcy przez licencjodawcę do stosowania wobec klienta klauzuli najwyższego uprzywilejowania, polegającej na przyznaniu klientowi warunków korzystniejszych niż warunki przyznane jakiegokolwiek innemu klientowi. Takimi samymi środkami można posłużyć się, aby z cen maksymalnych lub zalecanych uczynić stałe lub minimalne ceny sprzedaży. Przekazanie licencjobiorcy przez licencjodawcę wykazu cen zalecanych lub narzucenie mu ceny maksymalnej samo w sobie prowadzi jednak do stałych lub minimalnych cen sprzedaży.

98. Podstawowe ograniczenia konkurencji, o których mowa w art. 4 ust. 2 lit. b), dotyczą porozumień lub praktyk uzgodnionych, których bezpośrednim lub pośrednim skutkiem jest ograniczenie prowadzonej przez licencjobiorców biernej sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia⁽⁴⁵⁾. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez licencjobiorcę mogą wynikać z bezpośrednich zobowiązań, takich jak zakaz prowadzenia sprzedaży na rzecz określonych klientów lub klientów na określonych terytoriach lub zobowiązanie do przekazywania zamówień od tych klientów innym licencjobiorcom. Mogą one być również wynikiem zastosowania środków pośrednich, których celem jest nakłonienie licencjobiorcy do powstrzymania się od prowadzenia takiej sprzedaży, jak np. zachęty finansowe i wdrożenie systemu monitorowania mającego

⁽⁴⁵⁾ Podstawowe ograniczenie konkurencji, o którym mowa, stosuje się do porozumień licencyjnych dotyczących wymiany handlowej między terytoriami objętymi Porozumieniem EOG. W odniesieniu do porozumień dotyczących wywozu poza obszar EOG lub przywozu/ponownego przywozu spoza obszaru EOG patrz sprawa C-306/96, Javico, [1998] Rec. I-1983 dotycząca przywozu/ponownego przywozu spoza obszaru Wspólnoty.

na celu weryfikację rzeczywistego przeznaczenia licencjonowanych produktów. Środek pośredni służący ograniczeniu sprzedaży biernej mogą stanowić ograniczenia ilościowe. Urząd Nadzoru EFTA uzna, że ograniczenia ilościowe same w sobie nie służą wyżej wymienionemu celowi. Inaczej będzie jednak w sytuacji, w której ograniczenia ilościowe stosowane będą w celu wdrożenia leżącego u ich podstaw porozumienia dotyczącego podziału rynku. Na sytuację taką wskazują: dostosowania ilościowe w czasie służące zaspokojeniu jedynie lokalnego popytu, powiązanie ograniczeń ilościowych ze zobowiązaniem do sprzedaży minimalnych ilości na danym terytorium, zobowiązanie do uiszczania minimalnych opłat licencyjnych uzależnionych od sprzedaży na danym terytorium, zróżnicowane opłaty licencyjne uzależnione od miejsca przeznaczenia produktów oraz monitorowanie miejsca przeznaczenia produktów sprzedawanych przez poszczególnych licencjodawców. Odnośnie do ogólnego podstawowego ograniczenia konkurencji obejmującego sprzedaż bierną prowadzoną przez licencjodawców stosuje się szereg wyjątków, o których mowa poniżej.

99. Artykuł 4 ust. 2 lit. b) nie obejmuje ograniczeń sprzedaży nałożonych na licencjodawcę. Wszelkie ograniczenia sprzedaży dotyczące licencjodawcy podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Ta sama zasada dotyczy wszystkich ograniczeń sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjodawcę z wyjątkiem tego, co w sprawie sprzedaży czynnej zapisano poniżej w pkt 105 i pkt 106. Wyłączenie grupowe ograniczeń sprzedaży czynnej opiera się na założeniu, że ograniczenia takie promują inwestycje, konkurencję niecenową i poprawę jakości usług świadczonych przez licencjodawców poprzez rozwiązanie problemów związanych z zachowaniami typu »free rider« i blokowaniem działalności. W przypadku ograniczeń sprzedaży czynnej między terytoriami licencjodawców oraz grupami klientów nie jest konieczne przyznanie chronionemu licencjodawcy wyłącznego terytorium lub wyłącznej grupy klientów. Wyłączenie grupowe stosuje się również do ograniczeń sprzedaży czynnej w przypadku, gdy dane terytorium lub grupa klientów zostały przydzielone więcej niż jednemu licencjodawcy. Inwestycji sprzyjających zwiększaniu efektywności spodziewać się można wówczas, gdy licencjodawca może być pewny, że konkurencję z tytułu sprzedaży czynnej napotka ze strony ograniczonej liczby licencjodawców działających na danym terytorium, a nie ze strony licencjodawców działających poza tym terytorium.
100. Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjodawców na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego wyłącznej grupy klientów nie stanowią podstawowych ograniczeń konkurencji (por. art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (i)), podlegają natomiast wyłączeniu grupowemu. Przyjmuje się, że ograniczenia takie do wysokości progu udziału w rynku wprawdzie ograniczają konkurencję, ale działają na rzecz sprzyjającego jej rozpowszechniania technologii i włączenia takiej technologii do aktywów produkcyjnych licencjodawcy. Zastrzeżenie terytorium lub grupy klientów dla licencjodawcy nie wymaga, aby licencjodawca w oparciu o licencjonowaną technologię rzeczywiście produkował na danym terytorium lub dla danej grupy klientów, a jego celem może być także późniejsze korzystanie z zastrzeżonego terytorium lub z zastrzeżonej grupy klientów.
101. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez licencjodawców na wyłącznym terytorium przydzielonym innemu licencjodawcy lub na rzecz przydzielonej mu wyłącznej grupy klientów podlegają wyłączeniu grupowemu przez okres dwóch lat liczony od dnia, w którym chroniony licencjodawca po raz pierwszy sprzedaje produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, na terytorium lub na rzecz grupy klientów, co do których posiada wyłączność (por. art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (ii)). Aby wejść na nowe terytorium i rozwijać na nim działalność, licencjodawcy często muszą dokonywać poważnych inwestycji w aktywa produkcyjne i działalność promocyjną. Nowy licencjodawca ponosi zatem duże ryzyko, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że wydatki promocyjne i inwestycje w aktywa wymagane do prowadzenia produkcji w oparciu o licencjonowaną technologię często przepadają, nie można ich bowiem odzyskać w przypadku wycofania się licencjodawcy z rynku. W związku z tym licencjodawcy nierzadko rezygnują z zawarcia porozumienia licencyjnego, jeżeli na określony czas nie otrzymają ochrony przed sprzedażą (czynną i) bierną ze strony innych licencjodawców na przydzielonym im terytorium. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez innych licencjodawców na wyłącznym terytorium licencjodawcy często nie wchodzi zatem w zakres art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG przez okres nie dłuższy niż dwa lata, liczony od dnia, w którym produkt, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia, zostanie po raz pierwszy wprowadzony na rynek na wyłącznym terytorium danego licencjodawcy. Ograniczenia te jednak, o ile – w indywidualnych przypadkach – wchodzi w zakres art. 53 ust. 1, podlegają wyłączeniu grupowemu. Po upływie wspomnianego okresu dwóch lat ograniczenia sprzedaży biernej między licencjodawcami traktuje się jako podstawowe ograniczenia konkurencji. Zasadniczo wchodzi one w zakres art. 53 ust. 1 i jest mało prawdopodobne, aby spełniały warunki, o których mowa w art. 53 ust. 3. Niewielkie jest zwłaszcza prawdopodobieństwo, aby ograniczenia sprzedaży biernej były niezbędne do osiągnięcia korzyści ekonomicznych⁽⁴⁶⁾.
102. Zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (iii) wyłączenie grupowe stosuje się wobec ograniczenia, zgodnie z którym licencjodawca zobowiązany jest wytwarzać produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jedynie na własny użytek. Jeżeli produkt objęty umową stanowi element większej całości licencjodawca może zostać zatem zobowiązany do wykorzystania tego produktu jedynie w celu zastosowania go we własnych produktach i niesprzedawania innym producentom. Licencjodawca musi jednak posiadać możliwość czynnej i biernej sprzedaży produktów jako części zamiennych do swoich własnych produktów, a tym samym dostarczania ich stronom trzecim prowadzącym serwis posprzedażny tych produktów. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek omówiono także poniżej w sekcji IV.2.5.
103. Podobnie jak w przypadku porozumień między konkurentami (por. pkt 93), wyłączenie grupowe stosuje się także do porozumień, na podstawie których licencjodawca zobowiązany jest do wytwarzania produktów objętych umową jedynie dla konkretnego klienta celem zapewnienia mu alternatywnego źródła dostaw (por. art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (iv)). W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami istnieje niewielkie prawdopodobieństwo, aby ograniczenia takie były objęte art. 53 ust. 1.
104. Zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (v) wyłączeniu grupowemu podlega zobowiązanie licencjodawcy do nieprowadzenia sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych, a zatem prowadzenia jej tylko na rzecz sprzedawców detalicznych. Pozwala ono licencjodawcy powierzyć licencjodawcy prowadzenie dystrybucji hurtowej i zazwyczaj nie jest objęte art. 53 ust. 1⁽⁴⁷⁾.
105. Wreszcie zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) pkt (vi) wyłączenie grupowe obejmuje zakaz prowadzenia przez licencjodawcę sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów. Odstępstwo to pozwala licencjodawcy zobowiązać licencjodawców do współtworzenia systemu selektywnej dystrybucji. W takim przypadku licencjodawcy muszą zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. c) posiadać zezwolenie na prowadzenie sprzedaży czynnej i biernej na rzecz odbiorców końcowych bez uszczerbku dla możliwości ograniczenia roli licencjodawcy do prowadzenia sprzedaży hurtowej zgodnie z zapisem w art. 4 ust. 2 lit. B) pkt (v) (por. poprzedni punkt).

⁽⁴⁶⁾ Patrz w tym względzie: pkt 77 wyroku w sprawie Nungesser, przytoczonej w przypisie 16.

⁽⁴⁷⁾ Patrz w tym względzie: sprawa 26/76, Metro (I), [1977] Rec. 1875.

106. Przypomina się (por. pkt 39), że wyłączenie grupowe obejmuje porozumienia licencyjne, w których licencjodawca nakłada na licencjodawcę zobowiązania, które ten ostatni przenosi na swoich nabywców, w tym także dystrybutorów. Muszą one być zgodne z regułami konkurencji obowiązującymi w odniesieniu do porozumień dotyczących dostaw i dystrybucji. Z uwagi na fakt, że rozporządzenie nr 772/2004 ogranicza się do porozumień między dwiema stronami, nie obejmuje ono porozumień zawieranych między licencjodawcą a jego nabywcami, których celem jest realizacja takich zobowiązań. Porozumienia, o których mowa, podlegają wyłączeniu grupowemu jedynie, jeżeli są zgodne z rozporządzeniem nr 2790/1999 (por. sekcja 2.5.2).

5. Ograniczenia wykluczone

107. Artykuł 5 rozporządzenia nr 772/2004 wymienia cztery rodzaje ograniczeń niepodlegających wyłączeniu grupowemu, a tym samym wymagających indywidualnej oceny pod względem ich negatywnych i pozytywnych skutków dla konkurencji. Z przytoczonego artykułu wynika, że wpisanie do porozumienia licencyjnego któregośkolwiek z ograniczeń zawartych w niniejszych przepisach nie stoi w sprzeczności ze stosowaniem rozporządzenia nr 772/2004 do pozostałej części porozumienia. Wyłączeniu grupowemu nie podlega jedynie omawiane ograniczenie indywidualne, wymagając tym samym indywidualnej oceny. Odpowiednio do ograniczeń, o których mowa w art. 5, stosuje się zasadę rozdzielności.

108. Artykuł 5 ust. 1 stanowi, że wyłączenie grupowe nie ma zastosowania do następujących trzech zobowiązań:

- a) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań licencjodawcy do udzielania wyłącznej licencji na rzecz licencjodawcy lub na rzecz strony trzeciej wyznaczonej przez licencjodawcę, na korzystanie z własnych usprawnień dających się wydzielić z licencjonowanej technologii lub z własnych nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjodawcę;
- b) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań licencjodawcy do przeniesienia, w całości lub w części, na licencjodawcę lub na stronę trzecią wyznaczoną przez licencjodawcę, praw do własnych usprawnień dających się wydzielić z licencjonowanej technologii lub do własnych nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjodawcę;
- c) wszelkich bezpośrednich lub pośrednich zobowiązań licencjodawcy do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej, które licencjodawca ma na wspólnym rynku. Rozporządzenie nr 772/2004 pozwala jednak licencjodawcy wypowiedzieć umowę licencyjną w przypadku, gdy licencjodawca kwestionuje ważność licencjonowanej technologii.

Celem art. 5 ust. 1 lit. a), lit. b) i lit. c) jest uniknięcie stosowania wyłączenia grupowego do porozumień, które mogą zmniejszyć motywację licencjodawców do prowadzenia działań innowacyjnych.

109. Artykuł 5 ust. 1 lit. a) i art. 5 ust. 1 lit. b) dotyczą wymiany licencji wyłącznych lub zobowiązania do przeniesienia na licencjodawcę usprawnień dających się wydzielić z licencjonowanej technologii. Usprawnienie daje się wydzielić, jeżeli może być wykorzystane bez naruszenia praw licencjonowanej technologii. Zobowiązanie do przyznania licencjodawcy wyłącznej licencji na usprawnienia dające się wydzielić z licencjonowanej technologii lub przeniesienia takich usprawnień na licencjodawcę powoduje duże prawdopodobieństwo zmniejszenia motywacji licencjodawcy do prowadzenia prac innowacyjnych z uwagi na fakt, że utrudnia ono licencjodawcy korzystanie z własnych usprawnień, także w drodze udzielania licencji stronom trzecim. Ma to miejsce zarówno w przypadku, gdy usprawnienia dające się wydzielić z licencjonowanej technologii dotyczą samego stosowania tej technologii, jak i wtedy, gdy licencjodawca opracowuje nowe sposoby jej

zastosowania. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) i lit. b) zobowiązania takie nie podlegają wyłączeniu grupowemu. Wyłączenie grupowe obejmuje natomiast zobowiązanie do wymiany licencji niewyłącznych w odniesieniu do usprawnień dających się wydzielić z licencjonowanej technologii. Dotyczy to nawet przypadków, w których zobowiązanie do wymiany licencji nie ma charakteru wzajemnego, czyli jest nałożone tylko na licencjodawcę, i w których licencjodawca na mocy porozumienia jest uprawniony do przekazywania usprawnień, o których mowa, innym licencjodawcom. Zobowiązanie do wymiany licencji niemające charakteru wzajemnego może promować działalność innowacyjną i rozpowszechnianie nowych technologii, ponieważ pozwala licencjodawcy swobodnie decydować, czy i w jakim zakresie ma on przekazywać własne usprawnienia licencjodawcom. Klauzula przekazywania (ang. *feed-on clause*) także sprzyja rozpowszechnianiu technologii, ponieważ w chwili zawierania porozumienia wszyscy licencjodawcy mają świadomość działania na jednakowych warunkach pod względem technologii, w oparciu o którą odbywa się produkcja. Zobowiązanie do wymiany licencji wzajemnych i przenoszenia usprawnień niedających się wydzielić z licencjonowanej technologii nie powodują ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG, ponieważ licencjodawca nie może korzystać z tego rodzaju usprawnień bez zgody licencjodawcy.

110. Stosowanie art. 5 ust. 1 lit. a) i lit. b) nie zależy od tego, czy licencjodawca płaci wynagrodzenie za otrzymanie usprawnień lub licencji wyłącznej czy też nie. Kwestia wynagrodzenia i jego wysokości może mieć jednak znaczenie w kontekście oceny indywidualnej na podstawie art. 53. W przypadku wymiany licencji za wynagrodzeniem jest mniej prawdopodobne, aby omawiane zobowiązanie zniechęcało licencjodawcę do prowadzenia działań innowacyjnych. Przy ocenie wymiany licencji wyłącznych poza zakresem stosowania wyłączeń grupowych ważna jest także pozycja rynkowa licencjodawcy na rynku technologicznym. Im jest ona silniejsza, tym bardziej prawdopodobne jest, że zobowiązanie do wymiany licencji wyłącznych będzie ograniczało konkurencję w zakresie innowacyjności. Im silniejsza natomiast pozycja technologii licencjodawcy, tym bardziej prawdopodobne, że licencjodawca będzie ważnym źródłem innowacyjności i przyszłej konkurencji. Negatywny wpływ zobowiązania do wymiany licencji może wzrosnąć w przypadku równoległych sieci porozumień licencyjnych zawierających takie zobowiązanie. Jeżeli dostępne technologie są kontrolowane przez ograniczoną liczbę licencjodawców, którzy nakładają na licencjodawców zobowiązanie do wymiany licencji wyłącznych, zagrożenie negatywnym wpływem na konkurencję jest większe niż w przypadku, gdy spośród szeregu technologii jedynie niektóre licencjonowane są na zasadach wymiany licencji wyłącznych.

111. Zagrożenie negatywnym wpływem na innowacyjność jest większe w przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, w którym to zobowiązanie do wymiany licencji nałożone na obie strony jest połączone z obustronnym zobowiązaniem do dzielenia się z drugą stroną usprawnieniami własnej technologii. Dzielenie się przez konkurentów wszystkimi usprawnieniami może uniemożliwić im zdobycie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi konkurentami (patrz: też pkt 208). Uniemożliwienie stronom zdobycia przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi stronami jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli celem licencji jest pozwolenie im na opracowanie odpowiednich własnych technologii i jeżeli licencja nie powoduje korzystania z tej samej bazy technologicznej podczas projektowania produktów. Ma to miejsce w przypadku, gdy celem licencji jest raczej zapewnienie swobody projektowania niż usprawnienie bazy technologicznej licencjodawcy.

112. Wykluczone ograniczenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. c), dotyczy klauzuli o niekwestionowaniu ważności praw, czyli zobowiązań do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej licencjodawcy. Przyczyną wykluczenia klauzuli o niekwestionowaniu ważności praw z zakresu wyłączenia grupowego jest fakt, że zwykle licencjodawcy mogą najlepiej

określić, czy prawo własności intelektualnej jest ważne czy też nie. W interesie niezakłóconej konkurencji oraz w zgodzie z podstawowymi zasadami dotyczącymi ochrony własności intelektualnej eliminować należy nieważne prawa własności intelektualnej. Prawa takie raczej blokują niż promują innowacyjność. Artykuł 53 ust. 1 może mieć zastosowanie do klauzul o niekwestionowaniu ważności praw, jeżeli licencjonowana technologia jest wartościowa, a zatem stawia przedsiębiorstwa, które nie mogą z niej korzystać lub mogą to zrobić jedynie w zamian za opłaty licencyjne⁽⁴⁸⁾, w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej. W takich przypadkach istnieje niewielkie prawdopodobieństwo spełnienia warunków określonych w art. 53 ust. 3⁽⁴⁹⁾. Urząd Nadzoru EFTA może natomiast pozytywnie ocenić klauzule o niekwestionowaniu ważności praw w odniesieniu do *know-how*, ponieważ z chwilą jego ujawnienia prawdopodobnie niemal niemożliwe lub bardzo trudne jest odzyskanie licencjonowanego *know-how*. W takich przypadkach nałożony na licencjodawcę zakaz kwestionowania licencjonowanego *know-how* sprzyja rozpowszechnianiu nowej technologii, zwłaszcza pozwalając słabszym licencjodawcom udzielać licencji silniejszym licencjodawcom bez obawy o kwestionowanie *know-how* z chwilą jego wchłonięcia przez licencjodawcę.

113. Rozporządzenie nr 772/2004 obejmuje możliwość wypowiedzenia porozumienia licencyjnego przez licencjodawcę w razie zakwestionowania licencjonowanej technologii. Odpowiednio licencjodawca nie jest zmuszony do dalszej współpracy z licencjodawcą, który kwestionuje główny przedmiot porozumienia licencyjnego, co oznacza, że po wypowiedzeniu porozumienia licencjodawca korzysta z kwestionowanej technologii na własne ryzyko. Artykuł 5 ust. 1 lit. c) powoduje jednak, że rozporządzenie nr 772/2004 nie obejmuje zobowiązań umownych polegających na zobowiązaniu licencjodawcy do niekwestionowania licencjonowanej technologii, co pozwoliłoby licencjodawcy pozwać licencjodawcę za naruszenie postanowień porozumienia, a zatem dodatkowo zniechęcałoby go do kwestionowania ważności technologii licencjodawcy. Przepis ten gwarantuje więc, że pozycja licencjodawcy jest taka sama jak pozycja stron trzecich.

114. Artykuł 5 ust. 2 wyklucza z zakresu wyłączenia grupowego, w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami, wszelkie bezpośrednie lub pośrednie zobowiązania ograniczające zdolność licencjodawcy do korzystania z własnej technologii lub ograniczające zdolność stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, chyba że te ostatnie są konieczne, aby uniknąć ujawnienia licencjonowanego *know-how* stronom trzecim. Z merytorycznego punktu widzenia jest to takie samo ograniczenie jak ograniczenie dotyczące porozumień między konkurentami, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lit. d), zaliczane do podstawowych ograniczeń konkurencji, a opisane wyżej w pkt 94 i pkt 95. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami nie można jednak uznać, że ograniczenia takie mają zasadniczo negatywny wpływ na konkurencję lub że warunki określone w art. 53 ust. 3 zasadniczo nie są spełnione⁽⁵⁰⁾. Wymagana jest wtedy ocena indywidualna.

115. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami licencjodawca zwykle nie dysponuje konkurencyjną technologią. Może się jednak zdarzyć, że do celów wyłączenia grupowego strony zostaną uznane za podmioty niebędące konkurentami, mimo że licencjodawca dysponuje konkurencyjną technologią. Ma to miejsce w przypadku, gdy licencjodawca jest właścicielem technologii, ale nie udziela na nią licencji, a licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na

rynku produktowym. Wówczas do celów wyłączenia grupowego strony nie są uznawane za konkurentów ani na rynku technologicznym, ani na rynku produktowym⁽⁵¹⁾. W takich przypadkach ważne jest zapewnienie licencjodawcy swobody w zakresie korzystania z własnej technologii i dalszego jej rozwijania, ponieważ wywiera ona na rynek presję konkurencyjną, która powinna być zachowana. W opisanej sytuacji zwykle uważa się, że ograniczenia dotyczące korzystania przez licencjodawcę z własnej technologii lub prowadzenia prac badawczo-rozwojowych ograniczają konkurencję i nie spełniają warunków art. 53 ust. 3. Przykładowo, obliczanie opłat licencyjnych, do odprowadzania których zobowiązany jest licencjodawca, nie tylko na podstawie produktów, które wytwarza w oparciu o licencjonowaną technologię, ale także produktów, które wytwarza w oparciu o własną technologię, ogranicza jego zdolność do korzystania z własnej technologii. Zatem klauzule tego rodzaju nie są objęte wyłączeniem grupowym.

116. W przypadkach, w których licencjodawca nie jest właścicielem konkurencyjnej technologii lub jej nie opracowuje, ograniczenie zdolności stron do prowadzenia niezależnych prac badawczo-rozwojowych może ograniczać konkurencję, jeżeli na rynku dostępnych jest jedynie kilka technologii. Wówczas strony mogą stanowić na rynku ważne (potencjalne) źródło innowacyjności. Ma to zwłaszcza miejsce, jeżeli dysponują one niezbędnymi aktywami i umiejętnościami do prowadzenia dalszych prac badawczo-rozwojowych. W takim przypadku prawdopodobieństwo spełnienia warunków określonych w art. 53 ust. 3 jest niewielkie. W innych przypadkach, w których dostępnych jest wiele technologii, a strony nie dysponują szczególnymi aktywami lub umiejętnościami, prawdopodobne jest, że ograniczenie dotyczące prowadzenia prac badawczo-rozwojowych nie wejdzie w zakres art. 53 ust. 1 z uwagi na brak skutków ograniczających lub spełni warunki określone w art. 53 ust. 3. Ograniczenie może sprzyjać rozpowszechnianiu nowej technologii, ponieważ z jednej strony licencjodawca jest pewien, że licencja nie spowoduje pojawienia się nowego konkurenta, a z drugiej – nakłoniony do skupienia się na korzystaniu z licencjonowanej technologii i jej rozwijaniu. Artykuł 53 ust. 1 stosuje się ponadto tylko wtedy, gdy porozumienie zmniejsza motywację licencjodawcy do usprawniania własnej technologii i korzystania z niej. Nie ma to raczej miejsca, gdy licencjodawca ma prawo wypowiedzieć porozumienie licencyjne z chwilą, gdy licencjodawca podejmie produkcję w oparciu o własną konkurencyjną technologię. Prawo takie nie zmniejsza motywacji licencjodawcy do prowadzenia prac innowacyjnych, ponieważ porozumienie można wypowiedzieć jedynie wtedy, gdy opracowana zostanie ekonomicznie opłacalna technologia, a wytwarzane w oparciu o nią produkty będą gotowe do wprowadzenia na rynek.

6. Wycofanie przywileju wyłączenia grupowego i niestosowanie rozporządzenia nr 772/2004

6.1. Procedura wycofania

117. Zgodnie z art. 6 rozporządzenia nr 772/2004 Urząd Nadzoru EFTA i organy ochrony konkurencji państw EFTA mogą wycofać przywilej polegający na wyłączeniu grupowym wobec indywidualnych porozumień, które nie spełniają warunków określonych w art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG. Uprawnienia organów ochrony konkurencji państw EFTA w zakresie wycofywania przywileju polegającego na wyłączeniu grupowym ograniczają się do przypadków, w których właściwy rynek geograficzny nie jest większy niż terytorium danego państwa EFTA.

⁽⁴⁸⁾ Jeżeli licencjonowana technologia jest przestarzała, ograniczenie konkurencji nie występuje, patrz w tym względzie: sprawa 65/86, Bayer przeciwko Süllhofer, [1988] Rec. 5249.

⁽⁴⁹⁾ W sprawie klauzul o niekwestionowaniu ważności praw w kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów patrz: pkt 209.

⁽⁵⁰⁾ Patrz: pkt 14.

⁽⁵¹⁾ Patrz: pkt 66 i pkt 67.

118. Cztery warunki określone w art. 53 ust. 3 stosuje się łącznie i wszystkie one muszą być spełnione, aby odstępstwo miało zastosowanie⁽⁵²⁾. Wyłączenie grupowe może zatem zostać wycofane, gdy konkretne porozumienie nie spełnia jednego z wspomnianych czterech warunków lub większej ich liczby.
119. W przypadku zastosowania procedury wycofania ciężar dowiedzenia, że porozumienie objęte jest zakresem art. 53 ust. 1 oraz nie spełnia wszystkich czterech warunków określonych w art. 53 ust. 3, spoczywa na organie dokonującym wycofania przywileju. Zważywszy, że wycofanie oznacza, że dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 53 ust. 1 i nie spełnia warunków określonych w art. 53 ust. 3, musi mu towarzyszyć negatywna decyzja oparta na art. 5, art. 7 i art. 9 rozdziału II protokołu 4 do Porozumienia o nadzorze i trybunale.
120. Zgodnie z art. 6 wycofanie korzyści może być uzasadnione w szczególności w przypadku, gdy:
1. dostęp technologii stron trzecich do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na efekt kumulacji równoległych sieci podobnych, restrykcyjnych porozumień zakazujących licencjodawcom stosowania technologii stron trzecich;
 2. dostęp potencjalnych licencjodawców do rynku jest ograniczony, na przykład ze względu na efekt kumulacji równoległych sieci podobnych restrykcyjnych porozumień zakazujących licencjodawcom udzielania licencji innym licencjodawcom;
 3. strony nie wykorzystują licencjonowanej technologii, bez żadnego obiektywnie uzasadnionego powodu.
121. Celem art. 4 i art. 5 rozporządzenia nr 772/2004 zawierających wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji i ograniczeń wykluczonych jest zagwarantowanie, aby porozumienia podlegające wyłączeniu grupowemu nie zmniejszały motywacji do prowadzenia działalności innowacyjnej, nie opóźniały rozpowszechniania technologii i nadmiernie nie ograniczały konkurencji między licencjodawcą a licencjodawcą lub między licencjodawcami. Wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji, jak i ograniczeń wykluczonych nie uwzględnia jednak potencjalnego wpływu ze strony porozumień licencyjnych. Zwłaszcza wyłączenie grupowe nie bierze pod uwagę efektu kumulacji podobnych ograniczeń zawartych w sieciach porozumień licencyjnych. Porozumienia licencyjne mogą prowadzić do wykluczenia stron trzecich, zarówno na poziomie licencjodawcy, jak i licencjodawcy. Wyłączenie innych licencjodawców może wynikać z efektu kumulacji sieci porozumień licencyjnych, które zakazują licencjodawcom korzystania z konkurencyjnych technologii prowadzących do wyłączenia innych (potencjalnych) licencjodawców. Wykluczenie licencjodawców może pojawić się w przypadkach, w których większość przedsiębiorstw na rynku, które mogłyby (skutecznie) nabyć konkurencyjną licencję, nie może tego uczynić wskutek porozumień ograniczających i w których potencjalni licencjodawcy napotykają stosunkowo duże bariery wejścia na rynek. Wykluczenie innych licencjodawców może wynikać z efektu kumulacji porozumień licencyjnych zakazujących licencjodawcom udzielania licencji innym licencjodawcom, a tym samym uniemożliwiających potencjalnym licencjodawcom uzyskanie dostępu do niezbędnych technologii. Zagadnienie wykluczenia omówiono szerzej w sekcji IV.2.7. Ponadto Urząd Nadzoru EFTA może wycofać przywilej polegający na wyłączeniu grupowym, gdy znaczna liczba licencjodawców konkurencyjnych technologii w indywidualnych porozumieniach zobowiąże licencjodawców do przeniesienia na nich korzystniejszych warunków uzgodnionych z innymi licencjodawcami.
122. Urząd Nadzoru EFTA może także wycofać przywilej polegający na wyłączeniu grupowym, gdy strony powstrzymają się od korzystania z licencjonowanej technologii, chyba że mogą takie postąpienie obiektywnie uzasadnić. Jeżeli strony nie korzystają z licencjonowanej technologii, nie ma miejsca działalność poprawiająca efektywność, wobec czego znika argument przemawiający za wyłączeniem grupowym. Korzystanie, o którym mowa, nie musi mieć postaci połączenia aktywów. Ma ono miejsce również wtedy, gdy licencja zapewnia licencjodawcy swobodę projektowania, pozwalając mu na korzystanie z własnej technologii bez ryzyka narażenia się na skargi o naruszenie praw ze strony licencjodawcy. W przypadku udzielania licencji między konkurentami fakt niekorzystania przez strony z licencjonowanej technologii może wskazywać na to, że porozumienie jest ukrytym porozumieniem kartelowym. Z tego powodu Urząd będzie bardzo dokładnie sprawdzać przypadki niekorzystania z licencjonowanej technologii.
- 6.2. *Niestosowanie rozporządzenia nr 772/2004*
123. Specjalna procedura dotycząca niestosowania rozporządzenia nr 772/2004 w państwach EFTA została określona w art. 7 ust. 2 przytoczonego rozporządzenia włączonego do Porozumienia EOG. Podczas gdy Komisja w drodze rozporządzenia skierowanego do państw członkowskich WE może oświadczyć, że rozporządzenie nr 772/2004 nie ma zastosowania, Urząd Nadzoru EFTA może to zrobić w drodze zalecenia na podstawie art. 7 ust. 2 przytoczonego rozporządzenia, w przypadku gdy równoległe sieci podobnych porozumień obejmują w państwach EFTA więcej niż 50 % właściwego rynku. Zalecenie to jest kierowane do państwa EFTA lub państw EFTA obejmujących dany właściwy rynek. W następstwie przyjęcia zalecenia przez Urząd Nadzoru EFTA na podstawie art. 7, państwa EFTA mają sześć miesięcy na poinformowanie Urzędu o przyjęciu zalecenia. Brak odpowiedzi ze strony państwa EFTA zostanie uznany za wyrażenie zgody. Jeżeli państwo EFTA przyjmie zalecenie lub uzna się, że je przyjęło, musi wdrożyć zalecenie w ciągu trzech miesięcy od dnia jego przyjęcia⁽⁵³⁾.
124. Podczas gdy wycofanie przez Urząd Nadzoru EFTA na podstawie art. 6 korzyści wynikającej z rozporządzenia nr 772/2004 wymaga wydania decyzji na podstawie art. 7 lub art. 9 rozdziału II protokołu 4 do Porozumienia o nadzorze i trybunale, skutkiem niestosowania wyłączenia grupowego w wyniku zalecenia Urzędu i zgody państwa EFTA na podstawie art. 7 rozporządzenia nr 772/2004 jest jedynie usunięcie, w odniesieniu do odpowiednich ograniczeń i rynków, korzyści wynikającej z rozporządzenia nr 772/2004 oraz przywrócenie pełnego stosowania art. 53 ust. 1 i ust. 3 Porozumienia EOG. W następstwie niestosowania wyłączenia grupowego dla konkretnego rynku w odniesieniu do porozumień zawierających określone ograniczenia, stosowanie art. 53 do indywidualnych porozumień odbywa się według kryteriów opracowanych w stosownym orzecznictwie trybunału EFTA i sądów wspólnotowych oraz w zawiadomieniach i wcześniejszych decyzjach przyjętych przez Urząd. O ile to możliwe, Urząd będzie podejmował decyzje w indywidualnych sprawach, które będą wskazówką dla wszystkich przedsiębiorstw działających na danym rynku.

⁽⁵²⁾ Patrz w tym względzie: pkt 42 wytycznych w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG przytoczonych w przypisie 5.

⁽⁵³⁾ Z art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 772/2004 wynika, że jeżeli państwo EFTA będące adresem zalecenia informuje Urząd Nadzoru EFTA, że nie przyjmuje ono tego zalecenia, Urząd winien o tej odpowiedzi poinformować Komisję. Jeżeli Komisja nie zgodzi się ze stanowiskiem danego państwa EFTA, stosuje się art. 92 ust. 2 Porozumienia EOG.

125. Do celów obliczenia zasięgu rynkowego wynoszącego 50 % należy uwzględnić każdą indywidualną sieć porozumień licencyjnych zawierających ograniczenia lub grupę różnych ograniczeń o podobnym wpływie na rynek.
126. Artykuł 7 rozporządzenia nr 772/2004 nie zobowiązuje Urzędu Nadzoru EFTA do działania w przypadku przekroczenia wyżej wymienionej wartości granicznej. Zasadniczo niestosowanie rozporządzenia jest właściwe, gdy istnieje prawdopodobieństwo, że dostęp do właściwego rynku lub konkurencja na tym rynku jest w sposób odczuwalny ograniczona. Oceniając potrzebę zastosowania art. 7, Urząd rozważy, czy właściwszym środkiem zaradczym nie byłoby w indywidualnym przypadku wycofanie wyłączenia. Może to zależeć zwłaszcza od liczby konkurujących przedsiębiorstw, które przyczyniają się do powstania na rynku efektu kumulacji, lub liczby rynków geograficznych w państwach EFTA, których to dotyczy.
127. Wszelkie zalecenia przyjęte na podstawie art. 7 muszą wyrażnie określać ich zakres. Oznacza to, po pierwsze, że Urząd Nadzoru EFTA musi zdefiniować odpowiedni(-e) rynek(-ki) produktowy(-e) i geograficzny(-e) oraz, po drugie, określić rodzaj ograniczeń licencyjnych, do których rozporządzenie nr 772/2004 nie będzie miało zastosowania. W odniesieniu do tego ostatniego aspektu Urząd może różnicować zakres zaleceń odpowiednio do obaw o konkurencję, które pragnie zlikwidować. Przykładowo, pomimo że przy ustalaniu zasięgu rynku wynoszącego 50 % uwzględnione zostaną wszystkie równoległe sieci porozumień zakazujących konkurencji, Urząd może ograniczyć zakres zalecenia jedynie do zakazu konkurowania przekraczającego określony czas. Zatem porozumienia o krótszym okresie obowiązywania lub mniej ograniczającym charakterze mogą pozostać nienaruszone z uwagi na mniejszy stopień wykluczenia związany z takimi ograniczeniami. W stosownych przypadkach Urząd może także przekazać wskazówki, określając poziom udziału w rynku, który w konkretnym kontekście rynkowym może być niewystarczający, aby indywidualne przedsiębiorstwo przyczyniło się w istotny sposób do efektu kumulacji wykluczenia. Zasadniczo, gdy udział w rynku produktów, w których wykorzystana jest technologia indywidualnego licencjodawcy, nie przekracza 5 %, nie uznaje się, że porozumienie lub sieć porozumień obejmujących tę technologię przyczyniają się w istotny sposób do osiągnięcia takiego efektu⁽⁵⁴⁾.
128. Okres przejściowy nie krótszy niż sześć miesięcy, który Urząd Nadzoru EFTA musi określić w zaleceniu na podstawie art. 7 ust. 2, winien pozwolić danym przedsiębiorstwom dostosować porozumienia tak, aby uwzględniły niestosowanie rozporządzenia nr 772/2004. Urząd uważa, że okres przejściowy winien rozpocząć się z dniem przyjęcia przez państwo EFTA, będące adresem zalecenia, krajowych środków wykonawczych.
129. Zalecenie i krajowe środki wykonawcze stanowiące o niestosowaniu rozporządzenia nr 772/2004 nie mają wpływu na wyłączenie grupowe danych porozumień w okresie poprzedzającym wejście w życie krajowych środków wykonawczych.
- IV. STOSOWANE ART. 53 UST. 1 I ART. 53 UST. 3 POROZUMIENIA EOG POZA ZAKRESEM STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA NR 772/2004**
- 1. Ogólne ramy analizy**
130. Porozumienia nieobjęte wyłączeniem grupowym, przykładowo z powodu przekroczenia progów udziału w rynku lub faktu, że porozumienie dotyczy więcej niż dwóch stron, podlegają ocenie indywidualnej. Porozumienia, które nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG lub spełniają warunki określone w art. 53 ust. 3 są ważne i wykonalne z mocy prawa. Przypomina się, że w przypadku porozumień nieobjętych wyłączeniem grupowym, nie istnieje domniemanie bezprawności, pod warunkiem że nie zawierają one podstawowych ograniczeń konkurencji. W szczególności nie istnieje domniemanie, że art. 53 ust. 1 stosuje się jedynie z uwagi na fakt przekroczenia progów udziału w rynku. Konieczna jest indywidualna ocena opierająca się na zasadach określonych w niniejszych wytycznych.
131. W celu większej przewidywalności stosowania rozporządzenia nr 772/2004 oraz ograniczenia szczegółowej analizy do przypadków, które mogą powodować rzeczywiste obawy o konkurencję, Urząd Nadzoru EFTA uważa, że naruszenie art. 53 jest mało prawdopodobne poza obszarem podstawowych ograniczeń konkurencji, jeżeli poza technologiami kontrolowanymi przez strony porozumienia istnieją co najmniej cztery niezależnie kontrolowane technologie, które mogą zastąpić licencjonowaną technologię przy porównywalnych kosztach po stronie użytkownika. Dokonując oceny, czy stopień zastępowalności technologii jest wystarczający, należy wziąć pod uwagę względną siłę rynkową danych technologii. Presja konkurencyjna wywierana przez technologię jest ograniczona, jeżeli nie jest ona ekonomicznie opłacalnym substytutem dla licencjonowanej technologii. Przykładowo, jeżeli wskutek efektu sieci na rynku konsumenci wykazują silne preferencje dla produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, inne technologie znajdujące się już na rynku lub technologie, których pojawienia na rynku można spodziewać się w stosownym czasie, mogą nie być rzeczywistym rozwiązaniem alternatywnym, a zatem wywierać jedynie ograniczoną presję konkurencyjną. Fakt, że porozumienie nie jest objęte obszarem »bezpiecznej przystani«, o którym mowa w niniejszym punkcie, nie oznacza, że jest ono objęte art. 53 ust. 1 a, jeżeli tak, że nie są spełnione warunki określone w art. 53 ust. 3. W odniesieniu do obszaru »bezpiecznej przystani« według progów udziału w rynku, o którym mowa w rozporządzeniu nr 772/2004, ten dodatkowy obszar stwarza jedynie negatywne założenie, że porozumienie nie jest zakazane na mocy art. 53. Poza obszarem »bezpiecznej przystani« wymagana jest indywidualna ocena porozumienia oparta na zasadach określonych w niniejszych wytycznych.
- 1.1. *Istotne czynniki*
132. Przy stosowaniu art. 53 Porozumienia EOG do indywidualnych spraw konieczne jest należyte uwzględnienie sposobu funkcjonowania konkurencji na danym rynku. W tym kontekście szczególnie istotne są następujące czynniki:
- charakter porozumienia;
 - pozycja rynkowa stron;
 - pozycja rynkowa konkurentów;
 - pozycja rynkowa nabywców licencjonowanych produktów;

⁽⁵⁴⁾ Patrz w tym względzie: pkt 8 zawiadomienia Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu przytoczonego w przypisie 20.

- e) bariery utrudniające wejście na rynek;
- f) dojrzałość rynku; oraz
- g) inne czynniki.

Znaczenie indywidualnych czynników może być różne w zależności od przypadku i uzależnione od pozostałych. Przykładowo, wysoki udział stron w rynku świadczy zwykle o ich dużej sile rynkowej, chociaż w przypadku niskich barier wejścia na rynek wskaźnik ten nie musi być miarodajny. Nie jest zatem możliwe przedstawienie wiążących zasad dotyczących znaczenia czynników indywidualnych.

133. Porozumienia o transferze technologii mogą przyjąć wiele postaci. Ważne jest zatem przeanalizowanie charakteru porozumienia z punktu widzenia relacji konkurencyjnych między stronami oraz zawartych w nim ograniczeń. W przypadku tych ostatnich niezbędne jest oderwanie się od treści porozumienia. Istnienie ukrytych ograniczeń można wywieść ze sposobu realizacji porozumienia przez strony oraz napotykanych przez nie zachęt.
134. Pozycja rynkowa stron wskazuje na poziom siły rynkowej, jaką dysponuje licencjodawca, licencjodawca bądź obie strony – im wyższy udział w rynku, tym prawdopodobnie większa siła rynkowa. Ma to zwłaszcza miejsce w przypadkach, w których udział w rynku odzwierciedla przewagę kosztową lub konkurencyjną nad konkurentami. Przewaga pozwalająca na skuteczne konkurowanie może przykładowo wynikać z faktu bycia pierwszym oferentem na rynku, posiadania podstawowych patentów lub lepszej technologii.
135. Przy analizie relacji konkurencyjnych między stronami czasami konieczne jest wyjście poza parametry określone powyżej w sekcji II.3 poświęconej definicji rynku i sekcji II.4 poświęconej różnicom między konkurentami a podmiotami niebędącymi konkurentami. Nawet jeżeli licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym dostawcą na rynku produktowym, a licencjodawca nie jest rzeczywistym lub potencjalnym konkurentem na rynku technologicznym, dla analizy znaczenie ma fakt, czy licencjodawca jest w posiadaniu konkurencyjnej technologii, na którą nie udziela licencji. Jeżeli licencjodawca posiada silną pozycję na rynku produktowym, porozumienie przyznające mu licencję wyłączną na konkurencyjną technologię może w istotny sposób ograniczyć konkurencję w porównaniu z sytuacją, w której licencjodawca nie przyznaje licencji wyłącznej lub udziela licencji innym przedsiębiorstwom.
136. W ramach oceny pozycji rynkowej konkurentów uwzględnia się także udziały w rynku oraz potencjalne słabe i mocne strony z punktu widzenia konkurencji. Im silniejsi i liczniejsi rzeczywisti konkurenci, tym mniejsze ryzyko, że strony będą w stanie indywidualnie korzystać z siły rynkowej. Większe zagrożenie znową może jednak powodować taka struktura rynku, w której konkurentów jest raczej niewiele, a ich pozycja rynkowa (wielkość, koszty, potencjał badawczo-rozwojowy itd.) jest podobnie słaba.
137. Pozycja rynkowa nabywców dostarcza informacji, czy dużą siłą nabywczą posiada jeden czy kilku nabywców. Głównym wskaźnikiem siły nabywczej jest udział nabywcy w rynku zakupów. Udział ten odzwierciedla znaczenie kreowanego przez niego popytu dla potencjalnych dostawców. Inne wskaźniki koncentrują się na pozycji nabywcy na rynku odsprzedaży, w tym także na zasięgu geograficznym punktów sprzedaży i wizerunku marki wśród

konsumentów końcowych. W niektórych sytuacjach siła nabywcy może powstrzymać licencjodawcę i/lub licencjodawcę przed wykorzystaniem siły rynkowej, a tym samym rozwiązać problem związany z konkurencją, który by się w przeciwnym razie pojawił. Ma to zwłaszcza miejsce w przypadku, gdy silni nabywcy dysponują zdolnościami i zachętami do wprowadzenia na rynek nowych źródeł dostaw w razie niewielkiego lecz stałego wzrostu cen. Jeżeli nabywcy dysponujący silną pozycją jedynie negocjują korzystne warunki z dostawcami lub przenoszą wszelkie podwyżki cen na klientów, ich pozycja nie powstrzymuje licencjodawcy od korzystania ze swojej siły rynkowej na rynku produktowym, a zatem nie rozwiązuje problemu związanego z konkurencją na tym rynku ⁽⁵⁾.

138. Bariery wejścia na rynek mierzy się na podstawie stopnia, w jakim przedsiębiorstwa obecne na rynku mogą podnieść ceny powyżej poziomu cen wolnorynkowych, nie prowokując wejścia nowych podmiotów na rynek. Przy braku barier wejścia na rynek łatwe i szybkie wejście uczyniłoby wzrost cen nieskutecznym. Bariery wejścia na rynek można uznać za niskie, jeżeli w ciągu jednego roku do dwóch lat można liczyć na skuteczne pojawienie się nowego podmiotu, uniemożliwiającego lub ograniczającego możliwość korzystania z siły rynkowej. Bariery wejścia na rynek mogą wynikać z wielu czynników, takich jak efekt skali i zakresu, regulacje rządowe, zwłaszcza gdy dotyczą one wyłączności praw, pomoc państwa, taryfy przywózowe, prawa własności intelektualnej, własność zasobów, w przypadku których dostawa jest ograniczona przykładowo z uwagi na ograniczenia naturalne, posiadanie kluczowych urządzeń, przewaga związana z faktem bycia pierwszym oferentem na rynku lub lojalność klientów wobec marki dzięki silnej reklamie przez określony czas. Porozumienia ograniczające zawarte przez przedsiębiorstwa mogą także pełnić funkcję bariery wejścia na rynek, utrudniając do niego dostęp i wykluczając (potencjalnych) konkurentów. Bariery te mogą występować na każdym etapie prac badawczo-rozwojowych, produkcji i dystrybucji. Kwestia, czy niektóre z tych czynników powinny być opisane jako bariery wejścia na rynek, zależy w szczególności od tego, czy pociągają one za sobą koszty zamrożone. Koszty zamrożone to koszty, które trzeba ponieść wchodząc na rynek lub działając na nim i które uległyby utracie przy jego opuszczeniu. Im wyższe koszty zamrożone, tym staranniej podmioty potencjalnie zainteresowane wejściem na rynek muszą wyważyć ryzyko z tym związane i z tym większą wiarygodnością dotychczasowi uczestnicy rynku mogą grozić, że dostosują się do nowej konkurencji, ponieważ opuszczając rynek, nie mogliby odzyskać kosztów zamrożonych. Ogólnie rzecz biorąc wejście na rynek wymaga poniesienia, czasami wyższych a czasami niższych, kosztów zamrożonych. Zatem konkurencja rzeczywista jest zasadniczo bardziej skuteczna i odgrywa przy ocenie sprawy większą rolę niż konkurencja potencjalna.
139. Dojrzały rynek to rynek, który istnieje przez określony czas, na którym stosowana technologia jest dobrze znana i szeroko rozpowszechniona oraz zbytnio się nie zmienia, i na którym popyt jest stosunkowo stabilny lub malejący. Na takim rynku skutki ograniczenia konkurencji są prawdopodobnie bardziej negatywne niż na bardziej dynamicznym rynku.
140. W ramach oceny konkretnych ograniczeń należy wziąć pod uwagę również inne czynniki. Obejmują one efekt kumulacji, czyli zasięg rynkowy podobnych porozumień, czas trwania porozumień, otoczenie prawne i zachowania mogące wskazywać na znowy lub je ułatwiać, jak np. pozycja dominująca w zakresie cen,

⁽⁵⁾ Patrz w tym względzie: sprawa T-228/97, Irish Sugar, [1999] Rec. II-2969, pkt 101.

wcześniej ogłoszone zmiany cen i dyskusje o właściwej cenie, sztywność cen w odpowiedzi na nadwyżki produkcji, dyskryminacja cenowa oraz wcześniejsze zmony.

- 1.2. *Negatywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję*
141. Porozumienia o transferze technologii ograniczające konkurencję mogą mieć następujące negatywne skutki dla konkurencji na rynku:

- 1) ograniczenie konkurencji »międzytechnologicznej« między przedsiębiorstwami działającymi na rynku technologicznym lub na rynku produktów, w których wykorzystana jest dana licencjonowana technologia, w tym ułatwienie zmony zarówno jawnej, jak i milczącej;
- 2) wykluczenie konkurentów poprzez podniesienie kosztów, ograniczenie dostępu do kluczowych surowców lub ustanowienie innego rodzaju barier wejścia na rynek; oraz
- 3) ograniczenie konkurencji »wewnętrztechnologicznej« między przedsiębiorstwami wytwarzającymi produkty w oparciu o tę samą technologię.

142. Porozumienia o transferze technologii mogą ograniczać konkurencję »międzytechnologiczną«, czyli konkurencję między przedsiębiorstwami, które udzielają licencji na technologie możliwe do zastąpienia lub wytwarzają produkty w oparciu o takie technologie. Dotyczy to przede wszystkim zobowiązań wzajemnych. Jeżeli konkurenci przykładowo przekazują sobie nawzajem konkurencyjne technologie i zobowiązują się do wymiany przyszłych usprawnień każdej z technologii oraz jeżeli porozumienie uniemożliwia każdemu z nich uzyskanie nad drugim przewagi technologicznej, ograniczona jest konkurencja w zakresie działalności innowacyjnej między stronami (patrz też: pkt 208).

143. Udzielanie licencji między konkurentami może także ułatwiać zmonę. Groźba zmony jest szczególnie duża na skoncentrowanych rynkach. Zmona wymaga, aby określone przedsiębiorstwa miały podobne poglądy na to, co leży w ich wspólnym interesie i jak ma działać mechanizm współpracy. Aby zmony funkcjonowały, przedsiębiorstwa muszą być w stanie wzajemnie monitorować swoje zachowania rynkowe, muszą także istnieć środki odstraszające, które odpowiednio zniechęcałyby do odchodzenia od wspólnej polityki rynkowej. Bariery wejścia na rynek muszą być natomiast odpowiednio wysokie, aby ograniczyć pojawianie się na rynku innych podmiotów lub ich ekspansję. Porozumienia mogą ułatwiać zmonę poprzez zwiększanie przejrzystości na rynku, kontrolowanie określonych zachowań i podwyższanie barier wejścia na rynek. W wyjątkowych przypadkach zmonę mogą ułatwiać także porozumienia licencyjne, które w dużym stopniu prowadzą do ujednoczenia kosztów, ponieważ jest bardziej prawdopodobne, że przedsiębiorstwa mające podobne koszty będą miały podobne spojrzenie na koordynację działań⁽⁵⁶⁾.

144. Porozumienia licencyjne mogą oddziaływać na konkurencję »międzytechnologiczną« także poprzez ustanowienie wobec konkurentów barier wejścia na rynek i ich ekspansji. Efekt wykluczenia tego rodzaju może wynikać z ograniczeń niepozwalających licencjobiorcom na pozyskiwanie licencji od stron trzecich lub zniechęcających ich do takiego działania. Strony trzecie mogą przykładowo zostać wykluczone, gdy licencjodawcy obecni na rynku nałożą na licencjobiorców zakaz konkutowania w stopniu powodującym, że liczba licencjobiorców dostępna dla stron trzecich będzie niewystarczająca, i gdy wejście nowych

licencjobiorców na rynek jest utrudnione. Dostawcy technologii możliwych do zastąpienia mogą zostać wykluczeni również, gdy licencjodawca dysponujący wystarczającą siłą rynkową połączy ze sobą różne elementy technologii i będzie udzielał na nie wyłącznie licencji pakietowej, mimo że tylko część pakietu jest niezbędna do wytwarzania określonego produktu.

145. Porozumienia licencyjne mogą także ograniczyć konkurencję »wewnętrztechnologiczną«, czyli konkurencję między przedsiębiorstwami wytwarzającymi produkty w oparciu o tę samą technologię. Porozumienia nakładające na licencjobiorców ograniczenia terytorialne, uniemożliwiające im sprzedaż poza własnym terytorium, ograniczają konkurencję między nimi. Porozumienia licencyjne mogą ograniczać konkurencję »wewnętrztechnologiczną« również poprzez ułatwanie zmony między licencjobiorcami. Ponadto porozumienia licencyjne, które ograniczają konkurencję »wewnętrztechnologiczną«, mogą ułatwiać zmonę między właścicielami konkurencyjnych technologii lub ograniczać konkurencję »międzytechnologiczną«, zwiększając bariery wejścia na rynek.

- 1.3. *pozytywne skutki porozumień licencyjnych ograniczających konkurencję i ramy analizy ich oddziaływania*

146. Nawet porozumienia licencyjne ograniczające konkurencję mają przeważnie także pozytywny wpływ na konkurencję w postaci korzyści ekonomicznych, przewyższających negatywne skutki, jakie wiążą się z jej ograniczeniem. Ocena ta następuje w ramach art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG, który zawiera odstępstwo od zakazu określonego w art. 53 ust. 1. Aby odstępstwo to miało zastosowanie, porozumienie licencyjne musi przynosić obiektywne korzyści ekonomiczne, ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne do osiągnięcia tych korzyści, konsumenci muszą otrzymać słuszną korzyść z tytułu poprawy skuteczności z niego wynikającej, a porozumienie nie może otworzyć przed stronami możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

147. Oceny porozumień ograniczających na podstawie art. 53 ust. 3 dokonuje się w ich rzeczywistym kontekście⁽⁵⁷⁾ i na podstawie aktualnych w danej chwili faktów. W ocenie uwzględnia się istotne zmiany faktów. Odstępstwo określone w art. 53 ust. 3 obowiązuje dopóty, dopóki spełnione są omawiane cztery warunki i traci zastosowanie, z chwilą gdy przestaje to mieć miejsce⁽⁵⁸⁾. Stosując art. 53 ust. 3 zgodnie z tymi zasadami, należy jednak wziąć pod uwagę wartość początkowych inwestycji zamrożonych dokonanych przez którąkolwiek ze stron oraz czas i ograniczenia niezbędne do odzyskania zaangażowanych środków inwestycyjnych. Artykuł 53 nie może być stosowany bez uwzględnienia inwestycji początkowych poczynionych przez strony oraz związanego z nimi ryzyka. Ryzyko, które ponoszą strony, oraz wartość wstępnych inwestycji, które muszą poczynić, aby możliwa była realizacja porozumienia, mogą zatem stać się podstawą wyłączenia porozumienia z zakresu art. 53 ust. 1 lub – zależnie od przypadku – zwolnienia go z obowiązku spełnienia warunków zapisanych w art. 53 ust. 3 na okres konieczny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych.

148. Pierwszy warunek określony w art. 53 ust. 3 wymaga oceny obiektywnych korzyści wynikających z porozumienia. W tym względzie porozumienia licencyjne dysponują potencjałem łączenia uzupełniających się technologii i innych aktywów pozwalających na wprowadzenie na rynek nowych lub ulepszonych

⁽⁵⁷⁾ Patrz: sprawy połączone 25/84 i 26/84, Ford, [1985] Rec. 2725.

⁽⁵⁸⁾ Patrz w tym względzie np.: decyzja Komisji w sprawie TPS (Dz.U. L 90 z 2.4.1999, str. 6). Podobnie zakaz, o którym mowa w art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG, ma także zastosowanie wyłącznie dopóty, dopóki celem lub skutkiem porozumienia jest ograniczanie konkurencji.

⁽⁵⁶⁾ Patrz w tym względzie: pkt 23 wytycznych w sprawie porozumień o współpracy horyzontalnej, przytoczonych w przypisie 23.

produktów bądź wytwarzanie istniejących produktów po niższych kosztach. Z wyjątkiem największych karteli udzielanie licencji często następuje dlatego, że z punktu widzenia licencjodawcy bardziej efektywne jest licencjonowanie technologii niż samodzielne jej wykorzystywanie. Może to mieć miejsce zwłaszcza w przypadku, gdy licencjobiorca posiada już dostęp do niezbędnych aktywów produkcyjnych. Porozumienie pozwala licencjobiorcy uzyskać dostęp do technologii, którą można połączyć z tymi aktywami, a tym samym korzystać z nowej lub usprawnionej technologii. Innym przykładem potencjalnych korzyści płynących z udzielania licencji jest sytuacja, w której licencjobiorca dysponuje już technologią, a jej połączenie z technologią licencjodawcy wywołuje efekt synergii. Dzięki połączeniu tych dwóch technologii licencjobiorca może uzyskać nieosiągalny w innym wypadku stosunek kosztów do wydajności. Porozumienia licencyjne mogą też prowadzić do korzyści na etapie dystrybucji tak samo, jak wertykalne porozumienia o dystrybucji. Korzyści takie mogą przyjąć postać oszczędności kosztów lub świadczenia wysokiej jakości usług na rzecz konsumentów. Pozytywne skutki porozumień wertykalnych opisano w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁽⁵⁹⁾. Kolejnym przykładem potencjalnych korzyści są porozumienia, w których właściciele technologii tworzą pakiet technologii licencjonowany na rzecz stron trzecich. Uzgodnienia tego rodzaju mogą przede wszystkim ograniczyć koszty transakcji, gdyż licencjobiorcy nie muszą zawierać osobnych porozumień licencyjnych z każdym licencjodawcą. Porozumienia licencyjne mogą sprzyjać konkurencji także wówczas, gdy ich celem jest zapewnienie swobody projektowania. W sektorach, w których prawa własności intelektualnej występują w dużej liczbie, a produkty indywidualne mogą naruszać szereg istniejących i przyszłych praw własności, porozumienia licencyjne, w których strony rezygnują z dochodzenia względem siebie praw własności, mają często pozytywny wpływ na konkurencję, ponieważ pozwalają stronom rozwijać należące do nich technologie bez ryzyka późniejszych skarg o naruszenie praw własności.

149. Przy stosowaniu kryterium niezbędności, o którym mowa w art. 53 ust. 3, Urząd Nadzoru EFTA zbada w szczególności, czy wykonywanie danej czynności jest bardziej efektywne w przypadku istnienia ograniczeń niż w przypadku ich braku. Dokonując takiej oceny, należy wziąć pod uwagę warunki rynkowe i realia, w jakich działają strony porozumienia. Przedsiębiorstwa odwołujące się do odstąpienia na podstawie art. 53 ust. 3 nie są zobowiązane do rozważania hipotetycznych i teoretycznych rozwiązań alternatywnych wobec uzgodnionych działań. Muszą jednak wyjaśnić i wykazać, dlaczego takie – jak się wydaje – realistyczne i znacznie mniej ograniczające rozwiązanie byłoby ich zdaniem znacznie mniej skuteczne. Jeżeli zastosowanie alternatywnego rozwiązania wydającego się realistycznym i znacznie mniej ograniczającym prowadziłoby do istotnej utraty korzyści, dane ograniczenie uznaje się za niezbędne. W niektórych przypadkach konieczne może być też zbadanie, czy porozumienie jako takie jest niezbędne do osiągnięcia wspomnianych korzyści. Może to mieć przykładowo miejsce w przypadku grup technologii obejmujących technologie uzupełniające, ale nieistotne⁽⁶⁰⁾, w którym zbadać należy, w jakim stopniu ich połączenie prowadzi do szczególnych korzyści lub czy – bez znacznej utraty korzyści – grupa mogłaby zostać ograniczona do technologii, dla których nie istnieją technologie zastępcze. Zwykle udzielanie licencji między dwiema stronami zasadniczo wymaga tylko zbadania niezbędności indywidualnych ograniczeń. Zwykle dla porozumienia licencyjnego jako takiego nie istnieje inne rozwiązanie o mniej ograniczających skutkach.

150. Warunek, aby konsumenci otrzymali słuszną część zysku, oznacza, że konsumenci produktów wytwarzanych w oparciu o licencjonowaną technologię, muszą otrzymać przynajmniej rekompensatę

równoważącą negatywne skutki porozumienia⁽⁶¹⁾. Oznacza to, że korzyści muszą w pełni zrównoważyć ewentualny negatywny wpływ porozumienia na ceny, produkcję i inne istotne czynniki, co może nastąpić poprzez zmianę struktury kosztów danego przedsiębiorstwa w wyniku stworzenia zachęt do obniżki cen albo umożliwienie klientom dostępu do nowych lub ulepszonych produktów, które zrekompensują ewentualny wzrost cen⁽⁶²⁾.

151. Ostatni warunek z art. 53 ust. 3, zgodnie z którym porozumienie nie może otworzyć przed stronami możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów, zakłada analizę pozostałej presji konkurencyjnej na rynek oraz wpływu porozumienia na takie źródła konkurencji. Przy stosowaniu ostatniego warunku z art. 53 ust. 3 uwzględnić należy relację między art. 53 ust. 3 i art. 54. Stosowanie art. 53 ust. 3 nie może stać w sprzeczności ze stosowaniem art. 54 Porozumienia EOG⁽⁶³⁾. Ponadto, jako że zarówno art. 53, jak i art. 54 mają na celu utrzymanie na rynku skutecznej konkurencji, względy spójności wymagają, aby art. 53 ust. 3 interpretować jako wykluczający stosowanie odstąpienia do porozumień ograniczających, które stanowią nadużycie pozycji dominującej⁽⁶⁴⁾.

152. Fakt, że porozumienie w znacznym stopniu ogranicza jeden z wymiarów konkurencji, nie musi oznaczać, że nastąpiło jej wyeliminowanie. Grupa technologii może przykładowo prowadzić do standardu przemysłowego, który dopuszcza niewielką konkurencję pod względem formatów technologicznych. Z chwilą przyjęcia konkretnego formatu przez głównych uczestników rynku, efekt sieci może sprawić, że przetrwanie alternatywnych formatów będzie bardzo trudne. Nie zawsze jednak stworzenie standardu przemysłowego *de facto* eliminuje konkurencję w rozumieniu ostatniego warunku, o którym mowa w art. 53 ust. 3. W ramach standardu dostawcy mogą konkurować pod względem ceny, jakości i cech produktu. Zgodność porozumienia z art. 53 ust. 3 wymaga zadbania o to, aby porozumienie nie powodowało nadmiernego ograniczenia konkurencji ani nadmiernego ograniczenia innowacyjności.

2. Stosowanie art. 53 Porozumienia EOG do różnego rodzaju ograniczeń licencyjnych

153. Niniejsza sekcja poświęcona jest różnym rodzajom ograniczeń powszechnie włączanych do porozumień licencyjnych. Biorąc pod uwagę powszechność ich występowania, przydatne jest przekazanie wskazówek co do ich oceny poza obszarem »bezpiecznej przystani«, o którym mowa w rozporządzeniu nr 772/2004.

⁽⁶¹⁾ Patrz: pkt 85 wytycznych w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG przytoczonych w przypisie 5.

⁽⁶²⁾ Jak w pkt 98 i pkt 102.

⁽⁶³⁾ Patrz: pkt 130 wyroku przytoczonego w przypisie 5. Podobnie stosowanie art. 53 ust. 3 nie stoi w sprzeczności ze stosowaniem zasad EOG dotyczących swobodnego przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Postanowienia te w określonych okolicznościach mają zastosowanie do porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 53 ust. 1, patrz w tym względzie sprawa C-309/99, Wouters, [2002] Rec. I-1577, pkt 120.

⁽⁶⁴⁾ Patrz w tym względzie: sprawa T-51/89, Tetra Pak (I), [1990] Rec. II-309. Patrz również: pkt 106 wytycznych w sprawie stosowania art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG przytoczonych w przypisie 5.

⁽⁵⁹⁾ Przytoczone w przypisie 36. Patrz zwłaszcza pkt 115 i nast.

⁽⁶⁰⁾ W sprawie wspomnianych koncepcji patrz: sekcja IV.4.1 poniżej.

Ograniczenia, które przedstawiono już we wcześniejszej części wytycznych, zwłaszcza w sekcjach III.4 i III.5, zostały omówione jedynie skrótowo.

154. Niniejsza sekcja obejmuje zarówno porozumienia między podmiotami niebędącymi konkurentami, jak i porozumienia między konkurentami. W odniesieniu do tych ostatnich wyróżnia się – tam, gdzie jest to stosowne – porozumienia wzajemne i porozumienia jednostronne. Rozróżnienie takie nie jest konieczne w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Jeżeli przedsiębiorstwa nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami na właściwym rynku technologicznym ani na rynku produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, licencja wzajemna – z praktycznego punktu widzenia – nie różni się od dwóch osobnych licencji. Porozumienia, w których strony tworzą pakiet technologii, następnie licencjonowany na rzecz stron trzecich, to grupy technologii, którym poświęcono sekcję 4 poniżej.

155. Niniejsza sekcja nie traktuje o zobowiązaniach zawartych w porozumieniach licencyjnych, które zasadniczo nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 53 ust. 1. Zobowiązania te obejmują m.in.:

- a) zachowanie poufności;
- b) zakaz udzielania sublicencji;
- c) zakaz korzystania z licencjonowanej technologii po wygaśnięciu porozumienia, o ile licencjonowana technologia zachowuje ważność;
- d) wspieranie licencjodawcy w egzekwowaniu licencjonowanych praw własności intelektualnej;
- e) uiszczanie minimalnych opłat licencyjnych lub wytwarzanie minimalnej ilości produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia; oraz
- f) korzystanie ze znaku towarowego licencjodawcy lub umieszczanie jego nazwy na produkcie.

2.1. Opłaty licencyjne

156. Strony porozumienia licencyjnego mogą zwykle dowolnie określać wysokość opłaty licencyjnej uiszczanej przez licencjobiorcę oraz sposób płatności, co nie narusza art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG. Zasadę tę stosuje się zarówno do porozumień między konkurentami, jak i do porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Opłaty licencyjne mogą być pobierane w postaci płatności ryczałtowych, odsetka ceny sprzedaży lub stałej kwoty za każdy produkt, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia. W przypadku, w którym licencjonowana technologia dotyczy wkładu, który jest wykorzystany w produkcie końcowym, obliczanie opłat licencyjnych na podstawie ceny produktu końcowego, o ile jest w nim wykorzystana licencjonowana technologia, z zasady nie ogranicza konkurencji. Opłaty licencyjne z tytułu korzystania z oprogramowania obliczone na podstawie liczby użytkowników oraz liczby urządzeń są ogólnie zgodne z art. 53 ust. 1.

157. W odniesieniu do porozumień licencyjnych między konkurentami przypomina się, że w ograniczonej liczbie przypadków zobowiązanie do uiszczania opłat licencyjnych może być równoznaczne z ustalaniem cen, które należy do podstawowych ograniczeń konkurencji (por. art. 4 ust. 1 lit. a)). Zgodnie z art. 4 ust. 1

lit. a) podstawowe ograniczenia konkurencji obejmują także porozumienia między konkurentami przewidujące wzajemne opłaty licencyjne w przypadku pozorowanych licencji, które ani nie umożliwiają połączenia uzupełniających się technologii, ani osiągnięcia innego celu o pozytywnych skutkach dla konkurencji, a zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a) i art. 4 ust. 1 lit. d) – przypadek, w którym opłaty licencyjne obejmują również produkty wytworzone wyłącznie w oparciu o własną technologię licencjobiorcy.

158. Inne rodzaje uzgodnień między konkurentami dotyczące opłat licencyjnych podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %, nawet jeżeli ograniczają konkurencję. Poza obszarem »bezpiecznej przystani« wyłączenia grupowego art. 53 ust. 1 może mieć zastosowanie, gdy konkurenci udzielają sobie licencji wzajemnych i nakładają opłaty licencyjne wyraźnie nieproporcjonalne do wartości rynkowej licencji i jeżeli opłaty te mają znaczny wpływ na ceny rynkowe. Dokonując oceny nieproporcjonalności opłat licencyjnych, należy uwzględnić opłaty uiszczane przez innych licencjobiorców na rynku produktowym za te same lub zastępcze technologie. W takich przypadkach mało prawdopodobne jest spełnienie warunków określonych w art. 53 ust. 3. Artykuł 53 ust. 1 może mieć również zastosowanie, gdy wzajemne opłaty licencyjne wrosną wraz ze wzrostem wydajności. Jeżeli strony dysponują dużą siłą rynkową, opłaty takie mogą spowodować ograniczenie wydajności.

159. Niezależnie od tego, że wyłączenie grupowe stosuje się tylko dopóty, dopóki technologia zachowuje ważność, strony mogą się zwykle porozumieć co do przedłużenia zobowiązania do uiszczania opłat licencyjnych po wygaśnięciu ważności licencjonowanych praw własności intelektualnej bez naruszenia art. 53 ust. 1. Z chwilą wygaśnięcia tych praw strony trzecie mogą zgodnie z prawem korzystać z danej technologii i konkurować ze stronami porozumienia. Taka rzeczywista i potencjalna konkurencja zwykle wystarcza, aby zobowiązanie, o którym mowa, nie powodowało odczuwalnych negatywnych skutków dla konkurencji.

160. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami wyłączenie grupowe obejmuje porozumienia, w których opłaty licencyjne obliczane są zarówno na podstawie produktów wytwarzanych w oparciu o licencjonowaną technologię, jak i produktów wytwarzanych w oparciu o technologie licencjonowane od stron trzecich. Porozumienia takie mogą wprawdzie ułatwiać obliczanie opłat licencyjnych, ale także prowadzić do wykluczenia, zwiększając koszty korzystania z wkładu osób trzecich, a zatem mieć skutek podobny do zakazu konkurowania. Jeżeli opłaty licencyjne odprowadzane są nie tylko od produktów wytwarzanych w oparciu o licencjonowaną technologię, ale także od produktów wytwarzanych w oparciu o technologię stron trzecich, wówczas zwiększą one koszty stron trzecich i zmniejszą popyt na ich technologię. Poza zakresem wyłączenia grupowego istnieje zatem konieczność zbadania, czy ograniczenie powoduje efekt wykluczenia. W tym celu zaleca się korzystanie z ram analitycznych określonych poniżej w sekcji 2.7. W przypadku odczuwalnego efektu wykluczenia porozumienia takie są objęte art. 53 ust. 1. Jest również mało prawdopodobne, aby spełniały one warunki określone w art. 53 ust. 3, chyba że nie istnieje inny praktyczny sposób obliczenia opłat licencyjnych i monitorowania ich płatności.

2.2. Wyłączność porozumień licencyjnych i ograniczenia sprzedaży

161. Do celów niniejszych wytycznych właściwe jest wyróżnienie ograniczeń dotyczących produkcji na określonym terytorium (licencje wyłączne lub licencje jedyne) oraz ograniczeń w zakresie

sprzedaży produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, na określonym terytorium lub na rzecz określonej grupy klientów.

2.2.1. Licencje wyłączne i licencje jedyne

162. Licencję uznaje się za wyłączną, jeżeli licencjodawca jest jedynym podmiotem uprawnionym na danym terytorium do prowadzenia produkcji w oparciu o licencjonowaną technologię. Licencjodawca zobowiązuje się zatem nie prowadzić samodzielnej produkcji i nie udzielać licencji na produkcję na danym terytorium. Terytorium to może obejmować cały świat. W przypadku gdy licencjodawca zobowiązuje się jedynie do nieudzielania stronom trzecim licencji na produkcję na danym terytorium licencja jest licencją jedyną. Udzielaniu licencji wyłącznych lub jedynych często towarzyszą ograniczenia sprzedaży, które ograniczają swobodę stron w zakresie obszaru, na którym mogą sprzedawać produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia.
163. Wzajemne licencje wyłączne między konkurentami wchodzą w zakres art. 4 ust. 1 lit. c), zgodnie z którym podział rynku między konkurentami stanowi podstawowe ograniczenie konkurencji. Wzajemne licencje jedyne między konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. W ramach takich porozumień strony wzajemnie zobowiązują się do nieudzielania stronom trzecim licencji na korzystanie ze swoich konkurencyjnych technologii. W przypadku gdy strony dysponują dużą siłą rynkową, porozumienia takie mogą ułatwić zmonopolizowanie, gwarantując stronom, że są na rynku jedynym źródłem produkcji opartej na licencjonowanych technologiach.
164. Niewzajemne licencje wyłączne między konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. Powyżej progu udziału w rynku niezbędne jest przeprowadzenie analizy ich prawdopodobnych negatywnych skutków dla konkurencji. Jeżeli licencja wyłączna obejmuje cały świat, oznacza opuszczenie rynku przez licencjodawcę. W przypadku gdy wyłączność ogranicza się do konkretnego terytorium, np. państwa EFTA, porozumienie oznacza, że licencjodawca powstrzymuje się od produkowania towarów i świadczenia usług na tym terytorium. W kontekście art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG oceny wymaga zwłaszcza znaczenie licencjodawcy dla konkurencji. Jeżeli licencjodawca dysponuje dość słabą pozycją rynkową na rynku produktowym lub nie posiada zdolności do efektywnego korzystania z technologii na terytorium licencjodawcy, mało prawdopodobne jest, aby porozumienie wchodziło w zakres art. 53 ust. 1. Szczególny przypadek zachodzi, gdy licencjodawca i licencjodawca konkurują ze sobą jedynie na rynku technologicznym, a licencjodawca, przykładowo instytut badawczy lub niewielkie przedsiębiorstwo badawcze, nie posiada zdolności produkcyjnych i dystrybucyjnych pozwalających na skuteczne wprowadzenie na rynek produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. W takich przypadkach mało prawdopodobne jest naruszenie art. 53 ust. 1.
165. Licencje wyłączne między podmiotami niebędącymi konkurentami – w stopniu objętym art. 53 ust. 1⁽⁶⁵⁾ – przypuszczalnie spełniają warunki określone w art. 53 ust. 3. Prawo przyznania licencji wyłącznej jest zwykle niezbędne, aby skłonić licencjodawcę do inwestowania w licencjonowaną technologię i stosunkowo szybkiego wprowadzenia produktów na rynek. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których licencjodawca musi dokonać dużych inwestycji w dalszy rozwój licencjonowanych technologii. Wystąpienie przeciwko wyłączności, z chwilą gdy licencjodawca dzięki licencjonowanej technologii odniósł sukces ekonomiczny, pozabawiliby go owoców tego sukcesu i byłoby szkodliwe dla konkurencji, rozpowszechniania technologii i innowacyjności. Urząd Nadzoru EFTA będzie więc jedynie w wyjątkowych

przypadkach interweniować przeciwko licencjom wyłącznym w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami, niezależnie od terytorialnego zasięgu licencji.

166. Interwencja może być uzasadniona przede wszystkim wtedy, gdy dominujący licencjodawca otrzyma licencję wyłączną na jedną lub kilka konkurencyjnych technologii. Porozumienia takie przypuszczalnie wchodzą w zakres art. 53 ust. 1 i jest mało prawdopodobne, aby spełniały warunki określone w art. 53 ust. 3. Warunkiem koniecznym jest jednak, aby wejście na rynek technologiczny było trudne, a licencjonowana technologia stanowiła rzeczywiste źródło konkurencji na rynku. W takim przypadku licencja wyłączna może wykluczyć licencjodawców będących stronomi trzecimi i pozwolić licencjodawcy na utrzymanie siły rynkowej.
167. Porozumienia, w których co najmniej dwie strony udzielają sobie licencji wzajemnych i zobowiązują się do nieudzielania licencji stronom trzecim powodują szczególnie obawy o konkurencję, gdy powstały w ten sposób pakiet technologii stwarza standard przemysłowy *de facto*, do którego muszą mieć dostęp strony trzecie, aby skutecznie konkurować na rynku. W takich przypadkach porozumienie prowadzi do zamkniętego standardu zastrzeżonego dla stron porozumienia. Omawiane porozumienia oceniane będą przez Urząd Nadzoru EFTA według takich samych zasad, jak te dotyczące grup technologii (por. sekcja 4). Zwykle wymagane będzie, aby technologie, które leżą u podstaw zamkniętego standardu, były licencjonowane stronom trzecim w sposób sprawiedliwy, rozsądny i niedyskryminujący. W przypadku gdy strony porozumienia konkurują ze stronomi trzecimi na istniejącym rynku produktowym, a porozumienia dotyczą tego właśnie rynku, zamknięty standard z reguły ma istotne skutki wyłączające, a więc negatywny wpływ na konkurencję, którego można uniknąć, udzielając licencji również stronom trzecim.

2.2.2. Ograniczenia sprzedaży

168. W odniesieniu do ograniczeń sprzedaży ważne jest odróżnienie udzielania licencji między konkurentami od udzielania licencji między podmiotami niebędącymi konkurentami.
169. Ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej nałożone na jedną lub obie strony w porozumieniu wzajemnym między konkurentami stanowią podstawowe ograniczenia konkurencji w myśl art. 4 ust. 1 lit. c). Ograniczenia sprzedaży nałożone w porozumieniu wzajemnym między konkurentami na jedną ze stron objęte są art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG i jest mało prawdopodobne, aby spełniały warunki określone w art. 53 ust. 3. Zasadniczo uważa się je za podział rynku, ponieważ uniemożliwiają zainteresowanej stronie prowadzenie czynnej i biernej sprzedaży na terytoriach i na rzecz grup klientów, którym strona ta rzeczywiście służy lub mogłaby służyć przy braku porozumienia.
170. W przypadku porozumień jednostronnych między konkurentami wyłączenie grupowe stosuje się do ograniczeń sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjodawcę lub licencjodawcę na wyłącznym terytorium zastrzeżonym dla drugiej strony lub na rzecz zastrzeżonej dla niej wyłącznej grupy klientów (por. art. 4 ust. 1 lit. c) pkt (iv)). Powyżej progu udziału w rynku wynoszącego 20 % ograniczenia sprzedaży między licencjodawcą a licencjodawcą objęte są art. 53 ust. 1, gdy jedna lub obie strony porozumienia dysponują dużą siłą rynkową. Ograniczenia takie mogą być jednak niezbędne do rozpowszechniania wartościowych technologii, a zatem spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3. Może to mieć miejsce, gdy pozycja licencjodawcy na terytorium, na którym sam korzysta z technologii, jest stosunkowo słaba. Wówczas ograniczenia sprzedaży czynnej mogą okazać się niezbędne, aby skłonić licencjodawcę do udzielania licencji. W razie ich braku

⁽⁶⁵⁾ Patrz: wyrok w sprawie Nungesser przytoczonej w przypisie 16.

licencjodawca narażałby się na aktywną konkurencję na głównym obszarze swojej działalności. Podobnie niezbędne może być ograniczenie sprzedaży czynnej prowadzonej przez licencjodawcę, zwłaszcza jeżeli licencjodawca dysponuje stosunkowo słabą pozycją rynkową na przydzielonym mu terytorium i dokonał znacznych inwestycji w celu efektywnego korzystania z licencjonowanej technologii.

171. Wyłączenie grupowe obejmuje także ograniczenia sprzedaży czynnej na terytorium lub na rzecz grupy klientów przydzielonych innemu licencjodawcy, który nie był konkurentem licencjodawcy w chwili zawierania z nim porozumienia licencyjnego. Wymagane jest jednak, aby porozumienie między stronami miało charakter jednostronny. Powyżej progu udziału w rynku takie ograniczenia mogą być objęte art. 53 ust. 1, jeżeli strony dysponują dużą siłą rynkową. Ograniczenie może być jednak niezbędne w rozumieniu art. 53 ust. 3 przez okres potrzebny chronionemu licencjodawcy do wejścia na nowy rynek i zaznaczenie swojej obecności na przydzielonym mu terytorium lub wobec przydzielonej mu grupy klientów. Ochrona przed sprzedażą czynną pozwala licencjodawcy przewyższyć asymetrię związaną z faktem, że niektórzy licencjodawcy są przedsiębiorstwami konkurującymi z licencjodawcą, a zatem posiadającymi już ugruntowaną pozycję rynkową. Ograniczenia sprzedaży biernej prowadzonej przez licencjodawców na terytorium przydzielonym innemu licencjodawcy lub na rzecz przydzielonej mu grupy klientów stanowią zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 772/2004 podstawowe ograniczenia konkurencji.

172. W przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami ograniczenia sprzedaży między licencjodawcą a licencjodawcą podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Powyżej tego progu ograniczenia sprzedaży czynnej i biernej prowadzonej przez licencjodawców na terytoriach zastrzeżonych dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonych dla niego grup klientów mogą nie wchodzić w zakres art. 53 ust. 1, gdy na podstawie obiektywnych czynników uznać można, że przy braku ograniczeń sprzedaży licencje nie zostałyby udzielone. Od właściciela technologii nie można oczekiwać, że stworzy samemu sobie konkurencję w oparciu o własną technologię. W innych przypadkach ograniczenia sprzedaży nałożone na licencjodawcę mogą wchodzić w zakres art. 53 ust. 1 zarówno, gdy indywidualny licencjodawca dysponuje dużą siłą rynkową, jak i gdy pojawia się efekt kumulacji podobnych porozumień zawartych przez licencjodawców razem dysponujących silną pozycją na rynku.

173. Ograniczenia sprzedaży obciążające licencjodawcę, o ile objęte są art. 53 ust. 1, przypuszczalnie spełniają warunki określone w art. 53 ust. 3, chyba że na rynku nie występują technologie alternatywne dla technologii licencjodawcy lub tego rodzaju technologie są licencjonowane przez licencjodawcę od stron trzecich. Ograniczenia, o których mowa, a zwłaszcza ograniczenia sprzedaży czynnej, mogą być jednak niezbędne w rozumieniu art. 53 ust. 3, aby skłonić licencjodawcę do inwestowania w wytwarzanie, wprowadzanie do obrotu i sprzedaż produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia. Prawdopodobnie motywacja licencjodawcy do inwestowania byłaby znacznie mniejsza, gdyby musiał konkurować bezpośrednio z licencjodawcą, którego koszty produkcji nie są obciążone opłatami licencyjnymi, co mogłoby mieć negatywny wpływ na poziom inwestycji.

174. W odniesieniu do ograniczeń sprzedaży między licencjodawcami w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami, ograniczenia sprzedaży czynnej między terytoriami lub grupami klientów podlegają wyłączeniu grupowemu na mocy rozporządzenia nr 772/2004. Powyżej progu udziału w rynku

ograniczenia takie hamują konkurencję »wewnątrztechnologiczną« i mogą być objęte art. 53 ust. 1, jeżeli indywidualny licencjodawca dysponuje dużą siłą rynkową. Mogą one także spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3, jeżeli są niezbędne do uniemożliwienia zachowań typu »free rider« oraz skłonienia licencjodawcy do dokonania inwestycji potrzebnych do efektywnego korzystania z licencjonowanej technologii na podległym mu terytorium i promowania sprzedaży licencjonowanego produktu. Ograniczenia sprzedaży biernej uznawane są za podstawowe ograniczenia konkurencji zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b) (por. pkt 101), gdy trwają dłużej niż dwa lata, liczone od dnia, w którym licencjodawca z nich korzystający po raz pierwszy wprowadza produkt, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia, na rynek terytorium, co do którego posiada wyłączność. Ograniczenia sprzedaży biernej przekraczające wspomniany okres dwóch lat mogą nie spełniać warunków określonych w art. 53 ust. 3.

2.3. Ograniczenia produkcji

175. Wzajemne ograniczenia produkcji w porozumieniach licencyjnych między konkurentami zalicza się do podstawowych ograniczeń konkurencji na podstawie art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 772/2004 (por. pkt 82). Artykuł 4 ust. 1 lit. b) nie obejmuje ograniczeń konkurencji nałożonych na licencjodawcę w porozumieniach jednostronnych lub na jednego z licencjodawców w porozumieniu wzajemnym. Ograniczenia takie podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. Powyżej progu udziału w rynku ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę mogą ograniczać konkurencję, jeżeli strony dysponują dużą siłą rynkową. Artykuł 53 ust. 3 Porozumienia EOG może mieć jednak zastosowanie w przypadkach, w których technologia licencjodawcy jest znacznie lepsza od technologii licencjodawcy, a ograniczenie produkcji znacznie przekracza produkcję licencjodawcy przed zawarciem porozumienia. Wówczas skutek spowodowany ograniczeniem produkcji jest ograniczony nawet na rynkach o rosnącym popycie. Przy stosowaniu art. 53 ust. 3 należy uwzględnić również fakt, że takie ograniczenia mogą być niezbędne do skłonienia licencjodawcy do jak najszybszego rozpowszechniania swojej technologii. Przykładowo, licencjodawca może być niechętny do udzielania licencji konkurentom, jeżeli nie może jej ograniczyć do konkretnych zakładów produkcyjnych o określonej wydajności (licencja jednozakładowa). W przypadku gdy porozumienie licencyjne prowadzi do rzeczywistego połączenia uzupełniających się aktywów, ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę mogą spełniać warunki określone w art. 53 ust. 3. Jest jednak mało prawdopodobne, aby miało to miejsce wtedy, gdy strony dysponują dużą siłą rynkową.

176. Ograniczenia produkcji w porozumieniach licencyjnych między podmiotami niebędącymi konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Główne zagrożenie dla konkurencji wynikające z ograniczeń produkcji nałożonych na licencjodawców w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami polega na ograniczeniu konkurencji »wewnątrztechnologicznej« między licencjodawcami. Znaczenie negatywnych skutków dla konkurencji zależy od pozycji rynkowej licencjodawcy i licencjodawców oraz stopnia, w jakim ograniczenia produkcji uniemożliwiają licencjodawcy zaspokojenie popytu na produkty, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia.

177. Skutki ograniczające są większe, gdy ograniczenia produkcji są połączone z przyznaniem prawa do wyłączności na wybranych terytoriach lub w odniesieniu do wybranych grup klientów. Połączenie tych dwóch rodzajów ograniczeń zwiększa prawdopodobieństwo, że porozumienie służy podziałowi rynków.

178. Ograniczenia produkcji nałożone na licencjodawcę w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami mogą mieć także negatywne skutki dla konkurencji, promując rozpowszechnianie technologii. Licencjodawca jako dostawca technologii zazwyczaj winien móc dowolnie określać wielkość produkcji wytwarzanej przez licencjodawcę w oparciu o licencjonowaną technologię. Jeżeli licencjodawca nie mógłby określać wielkości produkcji licencjodawcy, wiele porozumień licencyjnych mogłoby nie dojść do skutku, co miałooby negatywny wpływ na rozpowszechnianie nowej technologii. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy licencjodawca pełni także rolę producenta, gdyż wówczas produkcja licencjodawcy może powrócić na główny obszar działalności licencjodawcy, a zatem bezpośrednio wpływać na tę działalność. Z drugiej strony, mniej prawdopodobne jest, aby ograniczenia produkcji były niezbędne do zapewnienia rozpowszechniania technologii licencjodawcy, gdy są one połączone z ograniczeniami sprzedaży nałożonymi na licencjodawcę, zabraniającymi mu prowadzenia sprzedaży na terytorium zastrzeżonym dla licencjodawcy lub na rzecz zastrzeżonej dla niego grupy klientów.

2.4. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań

179. W ramach ograniczenia dotyczącego dziedzin zastosowań licencja ogranicza się do jednej lub kilku dziedzin zastosowań technicznych bądź też jednego lub kilku rynków produktowych. Istnieje wiele przypadków, w których ta sama technologia może być wykorzystywana do wytwarzania różnych produktów lub w produktach należących do różnych rynków produktowych. Nowa technologia odlewnicza może być na przykład wykorzystana do produkcji butelek lub kubków plastikowych, które należą do odrębnych rynków produktowych. Jeden rynek produktowy może jednak obejmować kilka dziedzin zastosowań technicznych. Przykładowo nowa technologia silnikowa może być zastosowana w silnikach cztero- i sześciocylindrowych. Podobnie technologia służąca do produkcji zestawów układów scalonych może być wykorzystana do produkcji zestawów liczących nie więcej niż lub więcej niż cztery procesory główne. Licencja ograniczająca stosowanie licencjonowanej technologii do wytwarzania np. silników cztero- i sześciocylindrowych i zestawów układów scalonych liczących nie więcej niż cztery procesory główne stanowi ograniczenie dziedzin zastosowań technicznych.

180. Zważywszy, że ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań podlegają wyłączeniu grupowemu oraz że określone ograniczenia dotyczące grup klientów stanowią zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) i art. 4 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 772/2004 podstawowe ograniczenia konkurencji, istotne jest wyróżnienie tych dwóch kategorii ograniczeń. Ograniczenie dotyczące grup klientów zakłada identyfikację konkretnych grup klientów i ograniczenie stron w prowadzeniu sprzedaży na rzecz tak zidentyfikowanych grup. Fakt, że ograniczenie dziedzin zastosowań technicznych może odpowiadać określonym grupom klientów na rynku produktowym, nie oznacza, że ograniczenie należy uznać za ograniczenie dotyczące grup klientów. Przykładowo, kupowanie przez określonych klientów przede wszystkim zestawów układów scalonych z więcej niż czterema procesorami głównymi nie oznacza, że licencja ograniczona do zestawów liczących nie więcej niż cztery procesory ogranicza grupy klientów. Dziedzina zastosowań wymaga jednak obiektywnego zdefiniowania poprzez odniesienie do zidentyfikowanych i konkretnych technicznych właściwości licencjonowanego produktu.

181. Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań ogranicza korzystanie przez licencjodawcę z licencjonowanej technologii do jednej lub kilku konkretnych dziedzin zastosowań, nie ograniczając zdolności licencjodawcy do korzystania z licencjonowanej technologii. Dziedziny te, podobnie jak terytoria, mogą być przydzielane licencjodawcy na zasadzie licencji wyłącznej lub licencji jedynej. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań w połączeniu z licencją wyłączną lub licencją jedyną również ograniczają zdolność licencjodawcy do korzystania z własnej technologii, uniemożliwiając mu samodzielne korzystanie z niej i udzielanie

licencji stronom trzecim. W przypadku licencji jedynej ograniczone jest jedynie udzielanie licencji stronom trzecim. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań połączone z licencjami wyłącznymi lub licencjami jedynymi traktuje się w taki sam sposób, jak licencje wyłączne i licencje jedyne, o których mowa w sekcji 2.2.1 powyżej. Oznacza to, zwłaszcza w odniesieniu do udzielania licencji między konkurentami, że wzajemne licencje wyłączne zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) stanowią podstawowe ograniczenie konkurencji.

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

183. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nałożone na licencjodawców w porozumieniach między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 20 %. Główne obawy o konkurencję w przypadku takich ograniczeń polegają na zagrożeniu, że licencjodawca przestanie pełnić rolę konkurenta poza licencjonowaną dziedziną zastosowań. Zagrożenie to jest większe w przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, kiedy porozumienie przewiduje niesymetryczne ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań. Ograniczenie dotyczące dziedzin zastosowań jest niesymetryczne wówczas, gdy jedna ze stron ma prawo korzystać z licencjonowanej technologii na jednym rynku produktowym lub w jednej dziedzinie zastosowań technicznych, a druga – korzystać z innej licencjonowanej technologii na innym rynku produktowym lub w innej dziedzinie zastosowań technicznych. Obawy o konkurencję mogą pojawić się zwłaszcza wtedy, gdy zdolności produkcyjne licencjodawcy dostosowane do korzystania z licencjonowanej technologii są wykorzystywane także do wytwarzania produktów w oparciu o własną technologię i poza licencjonowaną dziedziną zastosowań. Jeżeli porozumienie może spowodować ograniczenie produkcji przez licencjodawcę poza licencjonowaną dziedziną zastosowań, może ono wchodzić w zakres art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG. Niewielkie jest prawdopodobieństwo, że symetryczne ograniczenia dziedzin zastosowań, tj. porozumienia, w których strony udzielają sobie nawzajem licencji na korzystanie ze swoich technologii w ramach tej samej dziedziny (dziedzin) zastosowań, objęte są art. 53 ust. 1. Porozumienia takie raczej nie powodują ograniczenia konkurencji, która istniała przed zawarciem porozumienia. Małe jest także prawdopodobieństwo stosowania art. 53 ust. 1 w przypadku porozumień, które pozwalają licencjodawcy jedynie rozwijać własną technologię i z niej korzystać w ramach licencji bez obawy o skargę licencjodawcy o naruszenie praw własności. W takiej sytuacji ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań same w sobie nie ograniczają konkurencji, która istniała przed zawarciem porozumienia. Przy braku porozumienia licencjodawca był także narażony na skargi o naruszenie praw własności poza zakresem licencjonowanej dziedziny zastosowań. Jeżeli jednak licencjodawca bez uzasadnienia ekonomicznego kończy lub ogranicza swoją działalność w obszarze wykraczającym poza licencjonowaną dziedzinę zastosowań, może to wskazywać na istnienie leżącego u podstaw takiego zachowania porozumienia dotyczącego podziału rynku równoznacznego zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 772/2004 z podstawowym ograniczeniem konkurencji.

184. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań nałożone na licencjodawcę i licencjodawcę w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami podlegają wyłączeniu grupowemu do progu udziału w rynku wynoszącego 30 %. Ograniczenia dotyczące dziedzin zastosowań w porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami, w których licencjodawca zastrzega dla siebie jeden lub kilka rynków produktowych bądź też dziedzin zastosowań technicznych, zazwyczaj nie ograniczają konkurencji lub zwiększają wydajność. Promują one rozpowszechnianie nowej technologii, zachęcając licencjodawcę do udzielania licencji na korzystanie z niej w dziedzinach, w których nie planuje on prowadzenia samodzielnej działalności. Jeżeli licencjodawca nie mógłby powstrzymać licencjodawców przed prowadzeniem działalności w dziedzinach, w których sam korzysta z technologii, zniechęciłoby go to prawdopodobnie do udzielania licencji.
185. W porozumieniach między podmiotami niebędącymi konkurentami licencjodawca ma zazwyczaj także prawo przyznawania różnym licencjodawcom licencji jedynych lub licencji wyłącznych ograniczonych do jednej lub kilku dziedzin zastosowań. Ograniczenia takie ograniczają konkurencję »wewnątrztechnologiczną« między licencjodawcami w taki sam sposób jak licencje wyłączne i tak też są analizowane (por. sekcja 2.2.1).
- 2.5. *Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek*
186. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek zdefiniować można jako zobowiązanie licencjodawcy do ograniczenia własnej produkcji licencjonowanego produktu do ilości niezbędnych do wytwarzania własnych produktów oraz ich konserwacji i naprawy. Innymi słowy, tego rodzaju ograniczenie przyjmuje postać zobowiązania licencjodawcy do korzystania z produktów, w których wykorzystana jest licencjonowana technologia, jedynie do celów własnej produkcji, nie obejmuje zaś sprzedaży licencjonowanych produktów do wykorzystania w produktach innych producentów. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek podlegają wyłączeniu grupowemu do progów udziału w rynku wynoszących odpowiednio 20 % i 30 %. Poza zakresem wyłączenia grupowego niezbędne jest zbadanie pozytywnych i negatywnych skutków ograniczenia dla konkurencji. W tym względzie konieczne jest odróżnienie porozumień między konkurentami od porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami.
187. W przypadku porozumień licencyjnych między konkurentami ograniczenie pozwalające licencjodawcy prowadzić produkcję w oparciu o licencję jedynie w celu zastosowania jej we własnych produktach uniemożliwia mu dostarczanie składników produkcji stronom trzecim. Jeżeli przed zawarciem porozumienia licencjodawca nie był rzeczywistym ani przypuszczalnie potencjalnym dostawcą składników produkcji dla innych producentów, ograniczenie do wytwarzania produktów na własny użytek nie zmienia w żaden sposób jego wcześniejszej sytuacji. Wówczas ograniczenie ocenia się w taki sam sposób, jak w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Jeżeli natomiast licencjodawca jest rzeczywistym lub prawdopodobnym dostawcą składników produkcji, niezbędne jest zbadanie wpływu porozumienia na jego działalność. Jeżeli przedstawiając się na technologię licencjodawcy, licencjodawca autonomicznie przestaje korzystać z własnej technologii, a zatem dostarczać składniki produkcji, porozumienie ogranicza konkurencję, która istniała przed zawarciem takiego porozumienia, a jeżeli licencjodawca dysponuje dużą siłą rynkową na rynku składników produkcji, pojawić się mogą poważne negatywne skutki rynkowe.
188. W przypadku porozumień licencyjnych między podmiotami niebędącymi konkurentami skutek ograniczeń do wytwarzania produktów na własny użytek pojawić się mogą dwa podstawowe zagrożenia dla konkurencji: a) ograniczenie konkurencji »wewnątrztechnologicznej« na rynku dostaw materiałów do produkcji oraz b) wyłączenie arbitrażu między licencjodawcami, co daje licencjodawcy większe możliwości nakładania na licencjodawców dyskryminujących opłat licencyjnych.
189. Ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek mogą jednak także promować udzielanie licencji sprzyjających konkurencji. Jeżeli licencjodawca jest dostawcą składników produkcji, ograniczenie może być konieczne, aby nastąpiło rozpowszechnienie technologii między podmiotami niebędącymi konkurentami. Przy braku ograniczenia licencjodawca może nie przyznać licencji lub przyznać ją jedynie w zamian za wysokie opłaty licencyjne, gdyż w przeciwnym razie stworzyłby dla siebie bezpośrednią konkurencję na rynku składników produkcji. W takich przypadkach ograniczenie do wytwarzania produktów na własny użytek zazwyczaj nie ogranicza konkurencji lub wchodzi w zakres art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG. Warunkiem tego jest jednak nieograniczanie licencjodawcy w zakresie sprzedaży licencjonowanego produktu w charakterze części zamiennych do jego własnych produktów. Licencjodawca musi być w stanie obsługiwać rynek części zamiennych do własnych produktów, w tym także niezależne organizacje serwisowe świadczące usługi serwisowe i naprawcze dla wytworzonych przez niego produktów.
190. Jeżeli licencjodawca nie jest dostawcą składników produkcji na właściwym rynku, wyżej przedstawione powody nakładania ograniczeń do wytwarzania produktów na własny użytek nie mają zastosowania. W takich przypadkach ograniczenia do wytwarzania produktów na własny użytek mogą z zasady promować rozpowszechnianie technologii, gwarantując, że licencjodawcy nie będą prowadzić sprzedaży na rzecz producentów konkurujących z licencjodawcą na innych rynkach, chociaż rozwiązaniem alternatywnym o mniej ograniczającym charakterze jest zazwyczaj nałożone na licencjodawcę ograniczenie niepozwalające mu zaopatrywać określonych grup klientów zastrzeżonych dla licencjodawcy. W związku z powyższym w takich przypadkach ograniczenie do wytwarzania produktów na własny użytek nie jest zwykle konieczne dla rozpowszechniania technologii.
- 2.6. *Wiązanie i łączenie*
191. W kontekście licencjonowania technologii wiązanie ma miejsce wtedy, gdy licencjodawca uzależnia licencjonowanie technologii (produkt wiązający) od wzięcia przez licencjodawcę licencji na inną technologię bądź nabycia produktu od licencjodawcy lub wyznaczonego przez niego podmiotu (produkt wiązany). Łączenie występuje, gdy dwie technologie lub technologia i produkt sprzedawane są tylko łącznie w postaci pakietu. W obu przypadkach konieczne jest, aby produkty i technologie różniły się od siebie w sposób zapewniający istnienie odrębnego popytu na każdy z produktów lub każdą z technologii, które biorą udział w procesie wiązania lub łączenia. Zwykle nie ma to miejsca, gdy technologie lub produkty są powiązane ze sobą z konieczności w taki sposób, że nie istnieje możliwość korzystania z licencjonowanej technologii bez produktu związanego lub z obu części pakietu bez drugiej z nich. Dalej pojęcie »wiązanie« odnosi się zarówno do porozumień dotyczących wiązania, jak i łączenia.
192. Artykuł 3 rozporządzenia nr 772/2004 ograniczający stosowanie wyłączenia grupowego za pomocą progów udziału w rynku gwarantuje, że wiązanie i łączenie nie podlegają wyłączeniu grupowemu powyżej progu udziału w rynku wynoszącego 20 % w przypadku porozumień między konkurentami i 30 % w przypadku porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami. Progi udziału w rynku stosuje się do wszelkich właściwych rynków technologicznych lub produktowych objętych porozumieniem licencyjnym, w tym także do rynku produktu związanego. Powyżej progów udziału w rynku niezbędne jest zestawienie ze sobą efektów wiązania o negatywnych i pozytywnych skutkach dla konkurencji.

193. Głównym skutkiem ograniczającym wiązanie jest wykluczenie konkurencyjnych dostawców produktów związanych. Wiązanie może także pozwolić licencjodawcy utrzymać siłę rynkową na rynku produktów wiążących poprzez zmuszenie nowych podmiotów do równoczesnego wejścia na kilka rynków i w ten sposób podniesienie barier wejścia na rynek. Ponadto wiązanie może pozwolić licencjodawcy podwyższyć opłaty licencyjne, zwłaszcza gdy produkt wiążący i produkt związany dają się częściowo zastąpić i nie są wykorzystywane w stałych proporcjach. Wiązanie powstrzymuje licencjodawcę przed przestawieniem się na inne zastępcze składniki produkcji z uwagi na wzrost opłat licencyjnych za produkt wiążący. Wynikające z powyższego obawy o konkurencję są niezależne od tego, czy strony porozumienia są konkurentami, czy też nie. Wiązanie może mieć negatywny wpływ na konkurencję, jeżeli licencjodawca dysponuje odpowiednio dużą siłą rynkową na rynku produktu wiążącego, aby móc ograniczyć konkurencję na rynku produktu związanego. Jeżeli brak mu takiej siły licencjodawca nie może wykorzystywać swojej technologii do celów antykonkurencyjnych polegających na wykluczeniu dostawców produktu związanego. Ponadto, podobnie jak w przypadku zakazu konkurencji, aby wystąpił odczuwalny efekt wykluczenia, wiązanie musi dotyczyć określonej części rynku produktu związanego. W przypadku gdy licencjodawca dysponuje siłą rynkową na rynku produktu związanego, a nie na rynku produktu wiążącego, ograniczenie uznaje się za zakaz konkurencji lub określenie ilości, co świadczy o tym, że wszelkie problemy dotyczące konkurencji powstają na rynku produktu związanego, a nie na rynku produktu wiążącego⁽⁶⁶⁾.
194. Wiązanie może przynosić także korzyści ekonomiczne. Dzieje się tak przykładowo, gdy produkt związany jest niezbędny do korzystania w sposób zadowalający technicznie z licencjonowanej technologii lub do zagwarantowania, że produkcja prowadzona w oparciu o licencję odpowiada standardom jakościowym przestrzegany przez licencjodawcę i innych licencjodawców. W takich przypadkach wiązanie zazwyczaj nie ogranicza konkurencji lub wchodzi w zakres art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG. Jeżeli licencjodawcy posługują się znakiem towarowym lub marką licencjodawcy albo jeżeli związek między produktem, w którym wykorzystana jest licencjonowana technologia, a licencjodawcą jest – z innych powodów – oczywisty dla konsumentów, licencjodawca ma uzasadniony interes w zapewnieniu takiej jakości produktów, która nie obniża wartości jego technologii lub jego reputacji na rynku. Ponadto, jeżeli konsumenci dysponują wiedzą, że licencjodawcy (i licencjodawca) prowadzą produkcję w oparciu o tę samą technologię, mało prawdopodobne jest, aby licencjodawcy byli chętni do wzięcia licencji na tę technologię, jeżeli nie wszyscy korzystaliby z niej w zadowalający technicznie sposób.
195. Wiązanie może mieć także skutki pozytywne dla konkurencji, jeżeli produkt związany pozwala licencjodawcy znacznie efektywniej korzystać z licencjonowanej technologii. Przykładowo, jeżeli licencjodawca udziela licencji na konkretną technologię procesową, strony mogą także uzgodnić, że licencjodawca nabyte od licencjodawcy katalizator przeznaczony do stosowania z licencjonowaną technologią i umożliwiający bardziej efektywne stosowanie technologii niż w przypadku innych katalizatorów. Jeżeli w takich przypadkach ograniczenie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1, warunki art. 53 ust. 3 mogą być spełnione nawet powyżej progów udziału w rynku.
- 2.7. Zakaz konkurencji
196. Zakaz konkurencji w kontekście licencjonowania technologii ma postać nałożonego na licencjodawcę zakazu korzystania z technologii stron trzecich konkurujących z licencjonowaną technologią. O ile zakaz konkurencji dotyczy produktu lub dodatkowej technologii dostarczonej przez licencjodawcę, został on omówiony w poprzedniej sekcji poświęconej wiązaniu.
197. Zgodnie z rozporządzeniem nr 772/2004 zakaz konkurencji podlega wyłączeniu grupowemu zarówno w przypadku porozumień między konkurentami, jak i porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami do progów udziału w rynku wynoszących odpowiednio 20 % i 30 %.
198. Podstawowym zagrożeniem dla konkurencji wynikającym z zakazu konkurencji jest wykluczenie technologii stron trzecich. W razie łącznego stosowania zakazu konkurencji może również ułatwiać znowu między licencjodawcami. Wykluczenie konkurencyjnych technologii zmniejsza presję konkurencyjną na opłaty licencyjne pobierane przez licencjodawcę i konkurencję między istniejącymi technologiami poprzez ograniczenie możliwości przechodzenia przez licencjodawców na konkurencyjne technologie. Jako że w obydwu przypadkach głównym problemem jest wykluczenie, sposób oceny zarówno porozumień między konkurentami, jak i porozumień między podmiotami niebędącymi konkurentami może być zasadniczo taki sam. W przypadku udzielania sobie licencji wzajemnych przez konkurentów, w ramach którego obie strony rezygnują z korzystania z technologii stron trzecich, porozumienie może ułatwiać znowu między nimi na rynku produktowym, w związku z czym uzasadniony jest niższy próg udziału w rynku wynoszący 20 %.
199. Z wykluczeniem mamy do czynienia, gdy znaczna część potencjalnych licencjodawców jest już związana z jednym, a w przypadku efektu kumulacji z kilkoma źródłami technologii i nie może korzystać z konkurencyjnych technologii. Efekt wykluczenia może wynikać z porozumień zawartych przez jednego licencjodawcę dysponującego dużą siłą rynkową lub z efektu kumulacji porozumień zawartych przez kilku licencjodawców, nawet jeżeli każde indywidualne porozumienie lub sieć porozumień objęte są rozporządzeniem nr 772/2004. W ostatnim z wymienionych przypadków mało prawdopodobne jest jednak wystąpienie poważnego efektu kumulacji dopóty, dopóki wiązanie dotyczy mniej niż 50 % rynku. Powyżej tego progu wyłączenie o poważnych skutkach może pojawić się w przypadku stosunkowo wysokich barier wejścia na rynek dla nowych licencjodawców. Jeżeli bariery wejścia na rynek są niskie, mogą się na nim pojawić nowi licencjodawcy i korzystać z ekonomicznie atrakcyjnych technologii należących do stron trzecich, a zatem stworzyć rzeczywiste rozwiązanie alternatywne dla licencjodawców obecnych już na rynku. W celu określenia faktycznej możliwości wejścia na rynek stron trzecich i ich ekspansji konieczne jest także uwzględnienie stopnia, w jakim dystrybutorzy są związani z licencjodawcami wskutek zakazu konkurencji. Technologie stron trzecich mają realną szansę pojawienia się na rynku tylko wtedy, gdy posiadają dostęp do niezbędnych aktywów produkcyjnych i dystrybucyjnych. Zatem łatwość wejścia na rynek uzależniona jest od istniejących licencjodawców oraz ich dostępu do systemu dystrybucji. Przy ocenie efektu wykluczenia na szczeblu dystrybucji Urząd Nadzoru EFTA posługiwać się będzie ramami analitycznymi określonymi w sekcji IV.2.1 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ W kwestii obowiązujących ram analitycznych patrz: sekcja 2.7 poniżej oraz pkt 138 i nast. wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przytoczonych w przypisie 36.

⁽⁶⁷⁾ Patrz: przypis 36.

200. Jeżeli licencjodawca dysponuje dużą siłą rynkową, zobowiązanie licencjobiorców do nabywania technologii wyłącznie od licencjodawcy może prowadzić do poważnego efektu wykluczenia. Im silniejsza pozycja rynkowa licencjodawcy, tym większe ryzyko wykluczenia konkurencyjnych technologii. Wystąpienie odczuwalnego efektu wykluczenia niekoniecznie wymaga, aby zakaz konkurencyjnych technologii obejmował znaczną część rynku. Nawet przy jego braku efekt taki może wystąpić, jeżeli zakaz konkurencyjnych technologii dotyczy przedsiębiorstw, które najprędzej udzielałyby licencji na konkurencyjne technologie. Zagrożenie wykluczeniem jest szczególnie duże, gdy liczba potencjalnych licencjobiorców jest ograniczona, a porozumienie licencyjne dotyczy technologii stosowanej przez licencjobiorców do wytwarzania składników produkcji na potrzeby własne. W takich przypadkach bariery wejścia na rynek dla nowego licencjodawcy mogą być wysokie. Wykluczenia mogą być mniej prawdopodobne, jeżeli technologia wykorzystywana jest do wytworzenia produktu przeznaczonego dla stron trzecich. Wówczas ograniczenie wiąże wprawdzie także zdolności produkcyjne, ale nie wiąże popytu na produkt, w którym wykorzystany jest składnik wytworzony w oparciu o licencjonowaną technologię. W tym ostatnim przypadku licencjodawcy w celu wejścia na rynek muszą jedynie uzyskać dostęp do jednego lub kilku licencjobiorców dysponujących odpowiednimi zdolnościami produkcyjnymi. Mało prawdopodobne jest, aby licencjodawca, nakładając na swoich licencjobiorców zakaz konkurencyjnych technologii, był w stanie odmówić konkurentom dostępu do skutecznych licencjobiorców, chyba że jedynie kilka przedsiębiorstw posiada aktywa wymagane do nabycia licencji lub jest w stanie je zdobyć.
201. Zakaz konkurencyjnych technologii może wywierać również pozytywny wpływ na konkurencję. Po pierwsze, zakaz taki może promować rozpowszechnianie technologii poprzez ograniczenie ryzyka niewłaściwego wykorzystania licencjonowanej technologii, a zwłaszcza licencjonowanego *know-how*. Jeżeli licencjobiorca uprawniony jest do nabywania licencji na korzystanie z konkurencyjnych technologii od stron trzecich, istnieje zagrożenie, że przede wszystkim licencjonowane *know-how* użyte zostanie w ramach korzystania z konkurencyjnych technologii, a zatem przyniesie korzyści konkurentom. Korzystanie przez licencjobiorcę także z konkurencyjnych technologii utrudnia zazwyczaj monitorowanie płatności z tytułu opłat licencyjnych, co może zniechęcać do udzielania licencji.
202. Po drugie, zakaz konkurencyjnych technologii połączony ewentualnie z wyłącznym terytorium może być niezbędny, aby zachęcić licencjobiorcę do inwestowania w licencjonowaną technologię i efektywnego jej wykorzystania. W przypadku gdy porozumienie z uwagi na odczuwalny efekt wykluczenia objęte jest art. 53 ust. 1 porozumienia EOG, w celu skorzystania z art. 53 ust. 3 konieczny może być wybór rozwiązania alternatywnego o mniej ograniczającym charakterze, jak np. zobowiązanie do wytwarzania minimalnej ilości produktów lub uiszczania minimalnych opłat licencyjnych, co zwykle w mniejszym stopniu wpływa na wykluczenie konkurencyjnych technologii.
203. Po trzecie, w przypadkach, w których licencjodawca podejmuje znaczne inwestycje, przykładowo w zakresie szkoleń i dostosowania licencjonowanej technologii do potrzeb licencjobiorcy, zakaz konkurencyjnych technologii lub alternatywnie zobowiązanie do wytwarzania minimalnej ilości produktów lub uiszczania minimalnych opłat licencyjnych mogą okazać się niezbędne, aby nakłonić licencjodawcę do poczynienia inwestycji i uniknąć problemu zablokowania działalności. Zazwyczaj jednak licencjodawca może bezpośrednio obciążyć licencjobiorcę kosztami takich inwestycji pobierając opłatę ryczałtową, co oznacza, że istnieją rozwiązania alternatywne o charakterze mniej ograniczającym niż zakaz konkurencyjnych technologii.
3. **Porozumienia o rozstrzygnięciu sporów i porozumienia o zrzeczeniu się roszczeń**
204. Porozumienia licencyjne mogą służyć jako środek rozstrzygnięcia sporów lub unikania sytuacji, w której jedna ze stron wykonuje swoje prawa własności intelektualnej, aby powstrzymać drugą od korzystania z jej własnej technologii. Udzielanie licencji, w tym także licencji wzajemnych w ramach porozumień o rozstrzygnięciu sporów i porozumień o zrzeczeniu się roszczeń samo w sobie nie ogranicza konkurencji, ponieważ zezwala stronom na korzystanie z należących do nich technologii po zawarciu porozumienia. Indywidualne warunki takich porozumień mogą być jednak objęte art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG. Udzielanie licencji w kontekście porozumień o rozstrzygnięciu sporów traktuje się tak samo, jak pozostałe porozumienia licencyjne. W przypadku technologii, które z technicznego punktu widzenia stanowią technologie zastępcze, konieczna jest zatem ocena, jakie jest prawdopodobieństwo, że dane technologie mają jedno- lub dwustronny charakter blokujący (por. pkt 32). Jeżeli ma to miejsce, strony nie są uznawane za konkurentów.
205. Wyłączenie grupowe ma zastosowanie, pod warunkiem że porozumienie nie zawiera podstawowych ograniczeń konkurencji w rozumieniu art. 4 rozporządzenia nr 772/2004. Wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji zawarty w art. 4 ust. 1 może mieć zastosowanie zwłaszcza w przypadkach, gdy strony świadome są braku charakteru blokującego, a zatem są konkurentami. Wówczas rozstrzygnięcie sporów jest jedynie środkiem służącym ograniczaniu konkurencji, która istniała przed zawarciem porozumienia.
206. W przypadkach, w których prawdopodobne jest, że przy braku licencji licencjobiorca mógłby zostać wykluczony z rynku, porozumienie zasadniczo sprzyja konkurencji. Ograniczenia dotyczące konkurencji »wewnątrztechnologicznej« między licencjodawcą a licencjobiorcą są często zgodne z art. 53, patrz: sekcja 2.
207. Porozumienia, w których strony udzielają sobie licencji wzajemnych i nakładają ograniczenia dotyczące korzystania z należących do nich technologii, w tym ograniczenia dotyczące udzielania licencji stronom trzecim, mogą wchodzić w zakres art. 53 ust. 1. Jeżeli strony dysponują dużą siłą rynkową a porozumienie nakłada ograniczenia, które wyraźnie wykraczają poza zakres wymagany do likwidacji charakteru blokującego, porozumienie może być objęte art. 53 ust. 1, nawet jeżeli prawdopodobne jest istnienie wzajemnego charakteru blokującego. Artykuł 53 ust. 1 stosuje się przede wszystkim wtedy, gdy strony dzielą się rynkami lub ustalają wzajemne opłaty licencyjne o znacznym wpływie na ceny rynkowe.
208. Jeżeli na mocy porozumienia strony uprawnione są do korzystania z technologii należącej do drugiej z nich, a porozumienie dotyczy także przyszłego rozwoju, niezbędna jest ocena wpływu porozumienia na motywację stron do prowadzenia prac innowacyjnych. W przypadkach, w których strony dysponują dużą siłą rynkową, porozumienie może być objęte art. 53 ust. 1, jeżeli powstrzymuje ono każdą ze stron od zdobycia nad pozostałymi przewagi konkurencyjnej. Porozumienia eliminujące lub znacznie ograniczające możliwości jednej ze stron do zdobycia nad drugą przewagi konkurencyjnej zmniejszają motywację do prowadzenia prac innowacyjnych, a zatem w sposób negatywny oddziałują na istotną część procesu konkurencyjnego. Porozumienia takie przypuszczalnie nie spełniają także warunków określonych w art. 53 ust. 3. Mało prawdopodobne jest zwłaszcza, aby ograniczenie można było uznać za niezbędne w rozumieniu trzeciego warunku, o którym mowa w art. 53 ust. 3. Osiągnięcie celu porozumienia,

czyli zagwarantowanie stronom, że będą mogły nadal korzystać z własnej technologii, nie będąc blokowanymi przez drugą ze stron, nie wymaga od nich uzgodnienia także wspólnego korzystania z przyszłych innowacji. Uniemożliwienie stronom zdobycia przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli celem licencji jest pozwolenie im na opracowywanie odpowiednich własnych technologii i jeżeli licencja nie powoduje korzystania z tych samych rozwiązań technologicznych. Porozumienia takie jedynie zapewniają swobodę projektowania, zapobiegając skargom drugiej strony o naruszenie praw własności w przyszłości.

209. W kontekście porozumień o rozstrzyganiu sporów i porozumień o zrzeczeniu się roszczeń uważa się, że klauzule o niekwestionowaniu ważności praw zasadniczo nie wchodzi w zakres art. 53 ust. 1. Nieodłączną cechą takich porozumień jest, że strony porozumiewają się co do niekwestionowania *ex post* praw własności intelektualnej objętych porozumieniem. Celem porozumienia jest bowiem właśnie rozstrzygnięcie istniejących sporów i/ lub uniknięcie ich w przyszłości.

4. Grupy technologii

210. Grupy technologii oznaczają porozumienia, zgodnie z którymi co najmniej dwie strony tworzą pakiet technologii, który jest licencjonowany nie tylko na rzecz uczestników grupy, ale także stron trzecich. Pod względem struktury grupy technologii mogą mieć postać prostych uzgodnień między ograniczoną liczbą stron lub też uzgodnień organizacyjnych, na podstawie których udzielanie licencji na korzystanie z technologii wchodzi w skład grupy powierza się odrębnej jednostce. W obu przypadkach grupa technologii może pozwalać licencjobiorcom prowadzić działalność na rynku w oparciu o jedną licencję.
211. W niektórych przypadkach technologie wchodzące w skład grupy wspierają (w całości lub w części) standard przemysłowy *de facto* lub *de iure*. Nie istnieje jednak bezpośredni związek między grupą technologii a konkretnym standardem przemysłowym. Wspieranie standardów przemysłowych przez grupy technologii nie oznacza, że chodzi o jeden standard. Różne grupy technologii mogą wspierać konkurencyjne standardy.
212. Porozumienia ustanawiające grupy technologii oraz określające warunki ich funkcjonowania, niezależnie od liczby stron, nie podlegają wyłączeniu grupowemu (por. sekcja III.2.2). W odniesieniu do nich obowiązują jedynie niniejsze wytyczne. Porozumienia takie regulują szereg zagadnień dotyczących wyboru technologii wchodzących w skład grupy oraz jej funkcjonowania, co nie pojawia się przy innych rodzajach licencji. Licencje indywidualne przyznane przez grupę innym licencjobiorcom będącym stronami trzecimi traktuje się jak inne porozumienia licencyjne podlegające wyłączeniu grupowemu, jeżeli spełnione są warunki, o których mowa w rozporządzeniu nr 772/2004, w tym wymagania art. 4 rozporządzenia zawierającego wykaz podstawowych ograniczeń konkurencji.
213. Grupy technologii mogą ograniczać konkurencję, ponieważ ich stworzenie wymaga wspólnej sprzedaży technologii wchodzących w skład grupy, co w przypadku grup składających się wyłącznie lub głównie z technologii zastępczych jest równoznaczne z porozumieniem kartelowym ustalającym ceny. Ponadto poza ograniczeniem konkurencji między stronami, grupy technologii mogą także, zwłaszcza gdy wspierają standard przemysłowy lub ustanawiają standard przemysłowy *de facto*, powodować zmniejszenie
- innowacyjności wykluczając alternatywne technologie. Istniejący standard przemysłowy i związana z nim grupa technologii mogą utrudniać wejście na rynek nowym i usprawnionym technologiom.
214. Grupy technologii mogą mieć także pozytywny wpływ na konkurencję, w szczególności poprzez obniżenie kosztów transakcji i wyznaczenie limitu łącznych opłat licencyjnych w celu uniknięcia maksymalizacji zysków. Grupy umożliwiają kompleksowe udzielanie licencji na technologie wchodzące w ich skład. Ma to szczególne znaczenie w sektorach, w których występują prawa własności intelektualnej i w których prowadzenie działalności na rynku wymaga otrzymania licencji od znacznej liczby licencjodawców. W przypadkach, w których licencjobiorcom oferuje się stałą obsługę w zakresie stosowania licencjonowanej technologii, wspólne udzielanie i obsługa licencji może prowadzić do dalszej redukcji kosztów.
- 4.1. Rodzaj technologii wchodzących w skład grupy
215. Zagrożenie dla konkurencji i zysk, jakie wiążą się z grupami technologii, zależą w dużym stopniu od relacji między technologiami połączonymi w pakiet i relacji między nimi a technologiami spoza grupy. Należy przy tym wyróżnić: a) technologie uzupełniające i technologie zastępcze; oraz b) technologie istotne i technologie nieistotne.
216. Dwie technologie ⁽⁶⁸⁾ mają charakter uzupełniający, w przeciwieństwie do charakteru zastępczego, gdy obie są niezbędne do wytworzenia produktu lub realizacji procesu, którego dotyczą. Natomiast dwie technologie mają charakter zastępczy, gdy jedna z nich pozwala na wytworzenie produktu lub realizacji procesu, którego dotyczą. Technologia ma charakter istotny w przeciwieństwie do nieistotnego, gdy nie istnieją dla niej technologie zastępcze ani wewnątrz grupy, ani poza nią, a dana technologia stanowi niezbędną część składową pakietu technologii do celów wytwarzania produktu(-ów) lub realizacji procesu(-ów), których dotyczy grupa. Technologia, dla której nie istnieją technologie zastępcze, pozostaje istotna dopóty, dopóki wchodzi w zakres przynajmniej jednego ważnego prawa własności intelektualnej. Technologie istotne mają z konieczności charakter uzupełniający.
217. Jeżeli technologie wchodzące w skład grupy mają charakter zastępczy, opłaty licencyjne mogą być wyższe niż w innym wypadku, ponieważ licencjobiorcy nie czerpią korzyści z rywalizacji między danymi technologiami. Jeżeli technologie wchodzące w skład grupy mają charakter uzupełniający, porozumienie obniża koszty transakcji i może prowadzić do spadku całkowitych opłat licencyjnych, ponieważ strony są w stanie ustalić wspólną opłatę licencyjną za pakiet w przeciwieństwie do ustalania opłaty licencyjnej przez każdą z nich, która nie uwzględnia opłaty ustalonej przez pozostałych.
218. Jednoznaczne odróżnienie technologii o charakterze uzupełniającym od technologii o charakterze zastępczym nie zawsze jest możliwe, jako że technologie mogą w części wykazywać jeden lub drugi charakter. Jeżeli z uwagi na korzyści wynikające z połączenia dwóch technologii istnieje prawdopodobieństwo, że licencjobiorcy będą zgłaszać zapotrzebowanie na obie z nich, uznaje się je za uzupełniające, nawet jeżeli można je częściowo zastąpić. W takich przypadkach prawdopodobne jest, że gdyby grupa nie istniała, licencjobiorcy chcieliby otrzymać licencję na obie technologie w związku z dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi wynikającymi z zastosowania obu technologii w porównaniu do zastosowania tylko jednej z nich.

⁽⁶⁸⁾ Pojęcie »technologia« nie ogranicza się do patentów. Obejmuje ono także zgłoszenia patentowe i prawa własności intelektualnej inne niż patenty.

219. Włączenie technologii zastępczych do grupy ogranicza konkurencję »międzytechnologiczną« i jest równoznaczne z łączeniem zbiorowym. Ponadto, jeżeli grupa składa się przede wszystkim z technologii zastępczych, porozumienie równoznaczne jest z ustalaniem cen między konkurentami. Urząd Nadzoru EFTA co do zasady uznaje zatem, że włączenie technologii zastępczych do grupy stanowi naruszenie art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG. Urząd uważa również za mało prawdopodobne spełnienie warunków określonych w art. 53 ust. 3 w przypadku grup składających się w dużym stopniu z technologii zastępczych. Zważywszy, że technologie, o których mowa, mają charakter alternatywny, nie występuje oszczędność kosztów z tytułu transakcji. W przypadku braku grup technologii licencjodawcy nie wykazaliby zainteresowania obiema technologiami. Nie wystarczy, aby strony zachowały swobodę niezależnego udzielania licencji. Takie postępowanie stron jest mało prawdopodobne, ponieważ zagrażałoby grupie, która pozwala im wspólnie korzystać z siły rynkowej.
220. Gdy grupa składa się jedynie z technologii o charakterze istotnym, a zatem z konieczności również uzupełniającym, stworzenie grupy jako takiej zasadniczo wykracza poza zakres art. 53 ust. 1 niezależnie od pozycji rynkowej stron. Jednak warunki, na których przyznawane są licencje, mogą być objęte art. 53 ust. 1.
221. W przypadku włączenia do grupy technologii patentów nieistotnych ale uzupełniających istnieje zagrożenie wykluczenia technologii stron trzecich. Z chwilą włączenia technologii do grupy i licencjonowania jej jako części pakietu, motywacja licencjodawców do nabywania licencji na korzystanie z konkurencyjnych technologii może spaść, jeżeli opłata licencyjna za pakiet obejmuje już technologię zastępczą. Ponadto włączenie technologii, które nie są niezbędne do wytwarzania produktu(-ów) lub realizacji procesu(-ów), których dotyczy grupa technologii, również zmusza licencjodawców do płacenia za technologię, która potencjalnie nie jest im potrzebna. Włączenie patentów uzupełniających jest zatem równoznaczne z łączeniem zbiorowym. Jeżeli grupa obejmuje technologie o charakterze nieistotnym, porozumienie może wchodzić w zakres art. 53 ust. 1, o ile posiada ona silną pozycję na jednym z właściwych rynków.
222. Biorąc pod uwagę, że technologie zastępcze i uzupełniające mogą być opracowywane po stworzeniu grupy, ocena istotności jest procesem ciągłym. Technologia może zatem po stworzeniu grupy utracić istotny charakter z uwagi na pojawienie się na rynku nowych technologii stron trzecich. Jednym ze sposobów zagwarantowania, aby wspomniane technologie stron trzecich nie podlegały wykluczeniu, jest usunięcie z grupy technologii, które stały się nieistotne. Cel ten można osiągnąć także w inny sposób. Przy ocenie grup technologii składających się z technologii o charakterze nieistotnym, np. technologii, dla których istnieją technologie zastępcze poza grupą, lub technologii, które nie są niezbędne do wytwarzania jednego lub kilku produktów, których dotyczy grupa, Urząd Nadzoru EFTA uwzględnić będzie między innymi następujące czynniki:
- czy istnieją przyczyny sprzyjające konkurencji przemawiające za włączeniem do grupy technologii o charakterze nieistotnym;
 - czy licencjodawcy zachowują swobodę niezależnego udzielania licencji na korzystanie z należących do nich technologii. Jeżeli grupa składa się z ograniczonej liczby technologii, a technologie zastępcze pozostają poza grupą, licencjodawcy mogą dążyć do stworzenia własnego pakietu technologicznego składającego się częściowo z technologii wchodzących w skład grupy, a częściowo z technologii należących do stron trzecich;
- czy w przypadku, gdy technologie zgrupowane w pakiecie mają różne zastosowanie nie zawsze wymagające korzystania ze wszystkich z tych technologii, grupa oferuje technologie tylko w jednym pakiecie, czy też w osobnych pakietach w zależności od przeznaczenia. Ostatni przypadek pozwala uniknąć, aby technologie niemające istotnego znaczenia dla konkretnego produktu lub procesu były związane z technologiami o istotnym charakterze;
 - czy technologie połączone w pakiet są dostępne wyłącznie jako jeden pakiet, czy też licencjodawcy mają możliwość uzyskania licencji na korzystanie tylko z części pakietu za odpowiednio mniejszą opłatą licencyjną. Możliwość uzyskania licencji na korzystanie tylko z części pakietu może zmniejszyć ryzyko wykluczenia technologii stron trzecich istniejących poza grupą, zwłaszcza gdy licencjodawca otrzymuje proporcjonalne obniżenie opłat licencyjnych. Wymaga to przypisania każdej z technologii wchodzących w skład grupy odpowiedniego udziału w ogólnej opłacie licencyjnej. Jeżeli porozumienia licencyjne zawarte między grupą technologii a indywidualnymi licencjodawcami obowiązują przez stosunkowo długi okres, a technologie wchodzące w skład grupy wspierają standard przemysłowy *de facto*, należy wziąć pod uwagę, że grupa może uniemożliwić dostęp do rynku nowym technologiom zastępczym. Oceniając ryzyko wykluczenia w takich przypadkach, uwzględnić należy, czy licencjodawcy mogą z odpowiednim wyprzedzeniem wypowiedzieć część porozumienia licencyjnego i uzyskać stosowne obniżenie opłat licencyjnych.
- #### 4.2. Ocena poszczególnych ograniczeń
223. W niniejszej sekcji omówiono wybrane ograniczenia, które w takiej czy innej formie powszechnie występują w ramach grup technologii i wymagają oceny w ogólnym kontekście takich grup. Przypomina się (por. pkt 212), że rozporządzenie nr 772/2004 stosuje się do porozumień licencyjnych zawartych między grupą technologii a licencjodawcami będącymi stronami trzecimi. Sekcja ta skupia się zatem na zagadnieniach dotyczących tworzenia grupy i udzielania licencji w kontekście grup technologii.
224. Przy ocenie Urząd Nadzoru EFTA kierować się będzie następującymi zasadami:
- im silniejsza pozycja rynkowa grupy, tym większe zagrożenie negatywnymi skutkami dla konkurencji;
 - grupy o silnej pozycji na rynku winny mieć charakter otwarty i niedyskryminujący;
 - grupy nie powinny nadmiernie wykluczać technologii stron trzecich lub ograniczać tworzenia alternatywnych grup.
225. Przedsiębiorstwa, które tworzą grupę technologii zgodną z art. 53 Porozumienia EOG i ustanawiają standardy przemysłowe, które może ona wspierać, dysponują zwykle swobodą negocjowania i ustalania wysokości opłat licencyjnych za pakiet technologii oraz udziału każdej z technologii w tych opłatach przed lub po określeniu standardu. Porozumienie takie jest nieodłącznie związane z ustanowieniem standardu lub grupy i samo w sobie nie może być uznane za ograniczenie konkurencji, a w określonych sytuacjach może prowadzić do korzyści ekonomicznych. W pewnych okolicznościach bardziej efektywne może się okazać

- uzgadnianie opłat licencyjnych przed, a nie po wyborze standardu, aby uniknąć sytuacji, w której wybór standardu wiąże się z przyznaniem dużej siły rynkowej jednej lub kilku technologiom o istotnym charakterze. Z drugiej strony licencjodawcy muszą zachować swobodę wyznaczania cen produktów wytwarzanych na licencji. Wybór technologii, które mają zostać włączone do grupy, przez niezależnego eksperta może sprzyjać konkurencji między dostępnymi rozwiązaniami technologicznymi.
226. Jeżeli grupa posiada na rynku pozycję dominującą, opłaty licencyjne i inne warunki udzielania licencji winny być sprawiedliwe i niedyskryminujące, a licencje – niewyłączne. Spełnienie tych warunków jest niezbędne do zagwarantowania, że grupa jest otwarta i nie prowadzi do wykluczenia lub innych negatywnych skutków dla konkurencji na rynkach stanowiących następne ogniwo w procesie produkcji/dystrybucji. Wspomniane wymagania nie wykluczają jednak różnych opłat licencyjnych za różne dziedziny zastosowań. Stosowanie różnych opłat licencyjnych w odniesieniu do różnych rynków produktowych nie jest uznawane za ograniczanie konkurencji, jeżeli nie wiąże się z dyskryminacją na poszczególnych rynkach produktowych. W szczególności traktowanie licencjodawców nie powinno być uzależnione od tego, czy są oni licencjodawcami czy też nie. Urząd Nadzoru EFTA uwzględni zatem, czy licencjodawcy są zobowiązani także do uiszczania opłat licencyjnych.
227. Licencjodawcy i licencjodawcy muszą posiadać swobodę opracowywania konkurencyjnych produktów i standardów oraz przyznawania i pozyskiwania licencji poza grupą. Jest ona niezbędna do ograniczenia ryzyka wykluczenia technologii stron trzecich i dopilnowania, aby grupa nie ograniczała innowacyjności i nie wykluczała tworzenia konkurencyjnych rozwiązań technologicznych. W przypadku, gdy grupa wspiera standard przemysłowy (*de facto*), a strony obowiązują zakaz konkurowania, istnieje poważne niebezpieczeństwo, że grupa uniemożliwi rozwój nowych oraz usprawnianie starych technologii i standardów.
228. Zobowiązanie do wymiany licencji nie powinno mieć charakteru wyłącznego, powinno także ograniczać się do rozwoju, który jest istotny i ważny dla korzystania z technologii wchodzących w skład grupy. Pozwala to grupie czerpać korzyści z usprawnień technologii wchodzących w skład grupy i dalej je przekazywać. Z punktu widzenia stron zasadne jest dopilnowanie, aby korzystanie z technologii wchodzących w skład grupy nie było wstrzymywane przez licencjodawców, którzy posiadają lub nabywają istotne patenty.
229. Jednym z problemów dotyczących grup patentów jest niebezpieczeństwo ochrony nieważnych patentów. Łączenie technologii w grupy zwiększa koszt/ryzyko ich udanego zaskarżenia, ponieważ zaskarżenie kończy się niepowodzeniem, jeżeli tylko jeden z patentów w grupie jest ważny. Ochrona nieważnych patentów w grupie może zmuszać licencjodawców do płacenia wyższych opłat licencyjnych i hamować prace innowacyjne w dziedzinie, której dotyczy nieważny patent. W celu zmniejszenia tego ryzyka prawo wypowiedzenia licencji w przypadku zaskarżenia musi ograniczać się do technologii należących do licencjodawcy, przeciwko któremu wniesiono zaskarżenie, i nie może obejmować technologii należących do innych licencjodawców wchodzących w skład grupy.
- 4.3. *Ramy instytucjonalne regulujące zagadnienia związane z grupą technologii*
230. Sposób tworzenia, organizacji i funkcjonowania grupy może zmniejszyć ryzyko polegające na tym, że jej celem lub skutkiem jest ograniczanie konkurencji, a ponadto zagwarantować, że uzgodnienie dotyczące grupy sprzyja konkurencji.
231. W przypadku gdy udział w procesie tworzenia standardu lub grupy jest otwarty dla wszystkich zainteresowanych stron reprezentujących różne interesy, bardziej prawdopodobne jest, że technologie mające wejść w skład grupy wybrane są na podstawie kryteriów cenowo-jakościowych, niż w przypadku, gdy grupa stworzona jest przez ograniczoną liczebnie grupę właścicieli technologii. Podobnie, gdy stosowne organy grupy składają się z osób reprezentujących różne interesy, bardziej prawdopodobne jest, że warunki udzielania licencji, w tym także opłaty licencyjne, będą miały charakter otwarty i niedyskryminujący oraz odzwierciedlać będą wartość licencjonowanej technologii, niż wtedy gdy grupa kontrolowana jest przez przedstawicieli licencjodawców.
232. Innym ważnym czynnikiem jest stopień zaangażowania niezależnych ekspertów w tworzenie i działalność grupy. Przykładowo ocena, czy technologia ma istotne znaczenie dla standardu wspieranego przez grupę, czy też nie, jest często złożoną kwestią wymagającą szczególnej wiedzy specjalistycznej. Zaangażowanie niezależnych ekspertów w proces wyboru technologii ma na celu zapewnienie w praktyce realizacji zobowiązania do włączania do grupy jedynie istotnych technologii.
233. Urząd Nadzoru EFTA uwzględni, jaki był sposób doboru ekspertów i jakie dokładnie zadania zostały im powierzone. Eksperti powinni być niezależni od przedsiębiorstw tworzących grupę. Jeżeli eksperci są powiązani z licencjodawcami lub w jakikolwiek inny sposób od nich zależni, ich wkład będzie miał mniejsze znaczenie. Eksperti muszą także posiadać niezbędną specjalistyczną wiedzę techniczną, aby wykonywać różne powierzone im zadania. Zadania te mogą obejmować zwłaszcza ocenę, czy technologie zaproponowane do włączenia do grupy są ważne i istotne czy też nie.
234. Uwzględnić należy także uzgodnienia między stronami dotyczące wymiany informacji szczególnie chronionych. Na rynkach oligopolistycznych wymiana informacji szczególnie chronionych, takich jak informacje dotyczące ustalania cen i produkcji, może ułatwiać znowę⁽⁶⁹⁾. W takich przypadkach Urząd Nadzoru EFTA weźmie pod uwagę środki zabezpieczające, które przewidziano w celu zapobieżenia wymianie wyżej wymienionych informacji. Niezależny ekspert bądź licencjonowany organ mogą odgrywać w tym względzie ważną rolę w zakresie dopilnowania, aby informacje dotyczące produkcji i sprzedaży, które mogą być niezbędne do obliczania i weryfikacji opłat licencyjnych, nie zostały ujawnione przedsiębiorstwom konkurującym na rynkach, których to dotyczy.
235. Wreszcie należy uwzględnić mechanizm rozstrzygania sporów przewidziany w dokumentach ustanawiających grupę. Rozstrzygnięcie sporów w sposób obiektywny jest tym bardziej prawdopodobne, im bardziej niezależne od grupy technologii i jej członków będą organy i osoby, którym będzie ono powierzone.

⁽⁶⁹⁾ Patrz w tym względzie: wyrok w sprawie John Deere przytoczonej w przypisie 14.”