

CONNECTOR



www.constantproject.eu

CONNECTOR - Конкуреннтното право и предизвикателствата на цифровите пазари, интелектуалната собственост и въздушния транспорт

СБОРНИК ЛЕКЦИИ

Собствеността върху интелектуалната собственост като определящ фактор при правните оценки в областта на конкурентното право



Този проект се изпълнява с финансовата подкрепа на Европейския съюз по Програмата за обучение на национални съдии по договор № SI2.763330-НТ.5232

© 2018 Фондация „ЛИБРе“, гр. София
ISBN 978-619-90993-5-3

Автори: Арина Горбатюк, Амандин Леонард, Димитър Илиев

Подготовката и публикацията на настоящия сборник са организирани и координирани от Фондация „ЛИБРе“.

Авторските права върху всички материали, включени в настоящия сборник, принадлежат на Фондация „ЛИБРе“.

Проект „CONNECTOR - Конкуrentното право и предизвикателствата на цифровите пазари, интелектуалната собственост и въздушния транспорт“ се изпълнява с финансовата подкрепа на Европейския съюз по Програмата за обучение на национални съдии по договор № SI2.763330-НТ.5232.

Лекциите в настоящия сборник отразяват единствено и само възгледите на авторите им и организацията, отговорна за изпълнението на проекта в лицето на Фондация „ЛИБРе“.

Европейската комисия не е отговорна за използването на съдържащата се тук информация.



Съдържание

Съдържание	3
Резюме.....	6
Връзка между иновации и конкуренция на динамични пазари.....	9
1. Какво отличава изобретенията от иновациите?.....	9
1.1. Изобретения	9
1.2. Иновации.....	10
1.3. Иновации, водещи до съзидателна разруха	10
2. На какво се дължи динамичното развитие на цифровите пазари?.....	12
3. Ролята на органите за защита на конкуренцията за навлизането на иновации на пазара	14
Лицензионни споразумения и чл. 101 ДФЕС - Регламент (ЕС) № 316/2014 и групови освобождавания за лицензионни споразумения, споразумение за трансфер на технологии, твърди ограничения, и ограничения, които попадат извън приложното поле на груповото освобождаване	16
1. Член 101 от ДФЕС.....	16
1.1. Правни форми на забранено поведение на предприятията	17
1.2. Видове забрани споразумения, съгласувани практики и решения на сдружения на предприятия.....	18
1.3. Индивидуално освобождаване от забраната на чл. 101, параграф 1 от ДФЕС.....	19
1.4. Групово освобождаване на споразумения от забраната по чл. 101, параграф 1 от ДФЕС	19
2. Групово освобождаване на споразумения за трансфер на технологии ...	20
2.1. Трансфер на технология.....	21
2.2. Споразумение между две страни.....	21
2.3. Реципрочни и нерещипрочни споразумения.....	21
2.4. Договорни продукти.....	21



2.5. Прагове на пазарните дялове	21
2.6. Твърди ограничения върху конкуренцията.....	22
2.7. Други видове ограничения, които не са освободени от Регламента за групово освобождаване	23
Лицензионни споразумения и член 102 ДФЕС	25
1. Член 102 от ДФЕС.....	25
1.1. Форми на злоупотреба	25
1.2. Видове злоупотребите	27
1.3. Съществено съоръжение.....	29
2. Правото на интелектуална собственост и доктрината за достъп до съществено съоръжение	30
Competitive Restraints and Unilateral Exploitation of IP Rights (Art. 102 TFEU)	32
1. Introduction	32
2. Article 102 TFEU	33
3. Conclusive Remarks.....	36
4. Difficulties in the Relation between IP and Competition Law	37
5. Future concerns?.....	37
Онлайн разпространение на цифрово съдържание	38
1. Авторските права в контекста на правото на конкуренцията	38
1.1. Конкурентно-правен анализ на авторското право	38
1.2. Доктрина на изчерпването.....	39
1.3. Презграничното разпространението на съдържание, защитено с авторски права	40
2. Ограничения върху онлайн търговията и средствата за тяхното премахване	43
Injunctive Relief for Holders of Standard Essential Patents (SEPs), Fair Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms and the Role of Standard Setting Organizations (SSO)	50
1. Introduction.....	50
2. Competition Law Concerns and Standard Essential Patents (SEPs)	50
3. Risks Associated With	51
4. Ex Ante Solution? Role of SSOs/SDOs	51



5. Ex Post Solution? Role of Courts.....	52
6. When? Evolution of the Case Law.....	52
6.1. First Phase: National Cases.....	52
6.2. Second Phase: Commission’s Decisions	53
6.3. Third Phase: Decision of the Court of Justice	53
6.4. Phase four: Application of Huawei v. ZTE at National Level	54
Съдебни дела и аспекти на цифровите монополи.....	56
1. Преписка на ЕК COMP/39.530 Microsoft (Tying)	56
2. Преписка на ЕК AT.39740 — Google Search (Пазаруване)	57
3. Преписка на ЕК 40099 относно установяването на злоупотреба от страна на Гугъл при използването на операционната система Андроид за мобилни телефони.....	58
Open Innovation and Related Agreements	60
1. Introduction.....	60
2. The Concept of Open Innovation	60
3. Open Innovation Processes and Related Agreements	62
4. The Role of Intellectual Property in Open Innovation.....	65
5. Concluding Remarks	66
Open Innovation and EU Competition Law	68
1. Introduction.....	68
2. Article 101 TFEU	68
3. OI agreements and EU Competition Law	68
4. TT Block Exemption.....	70
5. R&D Block Exemption	74
6. Conclusions	76



Резюме

„Собствеността върху интелектуалната собственост като определящ фактор при правните оценки в областта на конкурентното право“ разглежда идеята за законови бизнес практики относно собствеността и достъпността на иновациите в областта на интелектуалната собственост в противовес на традиционните процеси на капсулиране на иновациите в рамките на вътрешната структура на организацията.

Обучението се фокусира върху собствеността върху интелектуалната собственост като определящ фактор при правните оценки в областта на конкурентното право, с акцент върху:

- взаимоотношенията между иновациите и конкуренцията в рамките на динамичните пазари;
- икономическите и правните ограничения, произтичащи от правата върху интелектуалната собственост;
- ролята на лицензионните споразумения, задължителното лицензиране и трансфера на технологии чрез групово освобождаване;
- връзката между интелектуалната собственост и онлайн пазарите чрез представянето на правните предизвикателства, произтичащи от онлайн разпространението на цифрово съдържание и трансграничното управление на интелектуална собственост; и
- предимствата и недостатъците на достъпните за конкуренцията иновации.

Обучението е част от проект „CONNECTOR - Конкурентното право и предизвикателствата на цифровите пазари, интелектуалната собственост и въздушния транспорт“ и се проведе на 4-6 юли 2018 г. в хотел „RIU Pravets Golf & SPA Resort“, гр. Правец. В него се включиха национални съдии от Върховния административен съд, апелативни и окръжни съдилища.

Екипът от лектори, респективно – автори на настоящия доклад, включва:

Арина Горбатюк (Arina Gorbatyuk) е докторант на Фондация за научни изследвания във Фландрия (FWO) към Центъра по правно на информационните технологии и интелектуалната собственост към Католическия университет Льовен (CitiP). Горбатюк се присъединява към CitiP



през октомври 2012 г. като сътрудник към интердисциплинарната изследователска програма „Отворена иновация: взаимодействието между правните архитектури и иновационните стратегии“. От октомври 2012 г. до септември 2015 г. тя участва и в консултантски проект към Европейската космическа агенция (ESA) относно интелектуалната собственост и правата за използване в агенцията. През 2013 и 2014 г. обучава екип на Католическия университет Льовен за международното състезания за търговско посредничество на ICC в Париж. От януари 2015 г. координира курс по проблеми на интелектуалната собственост и информационните технологии към магистърската програма на същата тема. Понастоящем защитава докторска дисертация, озаглавена „Преосмисляне на интелектуалната собствеността в контекста на отворените иновации“, под ръководството на проф. Геертюр Ван Овервайл (CiTiP) и проф. Естер ван Зимзерн (Университета в Антверпен). В изследванията си тя се фокусира върху предизвикателствата, които партниращите страни срещат при разпределянето на собствеността върху съвместно разработена интелектуална собственост, с фокус върху патенти и търговски тайни.

Амандин Леонард (Amandine Leonard) е получила магистърска степен по бизнес право през 2012 г. от Университета в Лиеж. През 2013 г. завършва специализирана магистърска програма към Лиежския институт по конкуренция и иновации (LCII) в областта на европейското конкурентно право и интелектуалната собственост (*magna cum laude*). Нейните специфични интереси са сферите: правна обосновка на интелектуална собственост (патент, авторско право и търговска марка), подхода, възприет от САЩ и европейските страни по отношение на законите за интелектуалната собственост и техните ограничения и изключения, конкурентното право и правото на интелектуалната собственост. От октомври 2013 г., Леонард е научен изследовател към Центъра по правно на информационните технологии и интелектуалната собственост към Католическия университет Льовен. През януари 2015 г. получава стипендия за докторска степен от VLAIO – фонд за иновации и предприемачество на Фландрия, за да работи по темата „Злоупотреба с патентни спорове в Европа - забрана за злоупотреба с права и патентни тролове“. По време на докторската си дисертация тя изследва стратегиите за патентно съдопроизводство, предприети от притежатели на патенти, както в сегашната система за патентно съдопроизводство в Европа, така и в бъдещата патентна система за единен патент.

Димитър Илиев е юрист с опит в областта на правото на конкуренцията и интелектуалната собственост. Преди да започне работа в Патентното ведомство на Р. България е бил експерт в българската Комисия за защита на конкуренцията. Притежава професионален опит от Общия съд на ЕС (като стажант), Европейския парламент (като парламентарен сътрудник) и Службата на ЕС за интелектуална собственост (като командирован национален експерт).



Димитър е учил право в Университета Жан Мулен в Лион (Франция), Католическия университет на Льовен (Белгия) и притежава магистърска степен по право на ЕС от Университета на Люксембург.

Настоящият доклад представя усилията на лекторите да надградят проведеното обучение чрез предоставяне на допълнителни материали и насоки по обсъжданите в рамките на обучението теми.



Връзка между иновации и конкуренция на динамични пазари

Димитър Илиев

1. Какво отличава изобретенията от иновациите?

1.1. Изобретения

Законът за патентите и регистрацията на полезни модели¹ /ЗПРПМ/ не дава легална дефиниция за изобретение. За сметка на това, законът посочва кои изобретения са патентноспособни, т.е. могат да получат правна закрила. Съгласно чл. 6 от ЗПРПМ патентноспособни са изобретенията от всички области на техниката, които са нови, имат изобретателска стъпка и са промишлено приложими. Така, патентноспособното изобретение може да бъде дефинирано чрез неговите признаци, а именно да бъде:

- новост;
- изобретателска стъпка;
- промишлена приложимост.

В рамките на чл. 8-10 от ЗПРПМ е разяснено съдържанието на тези понятия. Изобретението е новост, ако не е част от състоянието на техниката, където и да е по света. Състоянието на техниката включва всичко, което е станало общодостъпно преди датата на подаване на заявката за патент. Съпоставката между заявеното изобретение и съществуващото ниво на техниката се извършва от експерт, който притежава необходимите технически познания. Изобретателската стъпка съществува, когато изобретението не произтича по очевиден начин от състоянието на техниката. Това означава, че изобретението не би могло да се осъществи без да са били използвани специални знания в съответната област. Промишлена приложимост означава изобретението да бъде възпроизводимо, т.е. предметът на изобретението да се осъществява неограничен брой пъти и в резултат на това да се получава един и същ резултат.

¹ Обн. ДВ. бр.27 от 2 април 1993 г., посл. изм. ДВ. бр. 58 от 18 юли 2017 г.



Следва да се има предвид, че всяка държава определя своята политика за патентноспособност на изобретенията. Съгласно чл. 7 от ЗПРПМ патенти не се издават за изобретения, чието търговско използване би нарушило обществения ред и добрите нрави, в т.ч. методи за клониране на хора, методи за изменение на генетичната идентичност на човешки зародиш и др.

1.2. Иновации

Не съществува общоприета дефиниция на понятията иновация или иновативност. Най-общо казано иновацията може да бъде определена чрез създаването на нещо ново или използването на вече съществуващи процеси или технологии по различен и неизползван дотогава начин. Цел на всяка иновация е да реализира подобрения, чрез които да се създаде допълнителна стойност.

Изобретателската дейност е част от иновационния процес, но не всяка иновация може да бъде считана за изобретение. За иновация могат да бъдат счестени въвеждането на нови форми на организация на предприятията или труда, новото оборудване, новите идеи и т.н. С други думи, за разлика от изобретенията, иновацията съществува дори когато самата тя няма технически характер, т.е. иновацията може да бъде реализирана и без прилагането на технически средства.

1.3. Иновации, водещи до съзидателна разруха

Понякога се наблюдават иновации, които надхвърлят резултата, който обикновено би могъл да се очаква от въведеното подобрение. Това са иновации, които стигат много по-надалеч и радикално променят методите за производство и разпространение на стоки и услуги, в резултат на което се променя драстично и съществуващата структура на пазара.

“Съзидателна разруха” е понятие в икономиката, често свързвано с името на австрийския икономист Йосиф Шумпетер, живял в края на 19 и началото на 20 век. Според него “съзидателната разруха” е основополагащ фактор на капитализма. С други думи, капитализмът функционира именно заради “съзидателната разруха”. През 1942 година Шумпетер издава книга, озаглавена “Капитализъм, социализъм и демокрация”, в която излага своята икономическа теория, основана на концепцията за “съзидателната разруха”. Според него същността на капитализма е основана на икономическата трансформация, поради което той никога не може да бъде статичен. Капитализмът може да съществува единствено когато се създават нови продукти, използват се нови процеси за тяхното производство и доставка, нови форми на организация на предприятията и т.н. С други думи, капитализмът се реализира чрез



иновативните процеси за производство и разпространение на стоките и услугите, и реорганизация на предприятията.

В следствие на навлизането на новите процеси, старите методи за производство и организация на труда стават неефективни, поради което фирмите, които продължават да ги прилагат стават нерентабилни и биват закрити (унищожени под натиска на по-иновативните конкуренти). “Съзидателната разруха” като икономическо понятие описва именно този процес на подмяна или трансформация на съществуващите бизнес модели с нови. Тази промяна е съпроводена със закриването на установените от дълго време на пазара предприятия и съкращаването на значителен брой служители, което е сред водещите причини на капитализма да бъде гледано с неодобрение в обществото. Всеки, който е загубил капитала или работното си място вследствие навлизането на по-иновативни участници на пазара, по разбираеми причини, има основание да бъде недоволен. Натрупаното недоволство може да генерира социално напрежение, което да доведе до сътресения в обществото. Колкото и парадоксално да звучи, за да бъде стабилно едно общество, то трябва да се лиши от иновации. Липсата на иновации, обаче, би го лишила от всякаква възможност за развитие и растеж, би го обрекло на застой, загуба на конкурентоспособност и в крайна сметка на разруха.

За илюстрация можем да разгледаме изпитанията на автомобили, управлявани от автопилот. Както ни е известно в САЩ законодателството на отделни щати, предвижда специални правила за движението на такива автомобили с изпитателна цел. Законодателството в Калифорния например изисква от предприятията, които провеждат изпитания да докладват пробег на автономните автомобили и броя пъти, при които шофьорът е поемал контрол над автомобила. Статистиката показва, че за периода 2014-2017 г. общият пробег на автономни автомобили в Калифорния е достигнал 1,9 млн. км. В същият период човешката намеса е спаднала от 16 000 до около 5 000 пъти при пробег от около 1600 км.

През март 2018 г. Британското правителство обяви тригодишен план за преразглеждане на действащото в страната законодателство с цел да се премахнат законите ограничения за навлизането на автономните автомобили по пътищата на Обединеното кралство. Намеренията на правителството са страната да запази лидерската си позиция на световно ниво в тази област.

Какви обаче биха били ефектите от навлизането на автономните автомобили?

Ако предположим, че можем да разполагаме с автомобил където и когато поискаме, за мнозинството от хората ще отпадне необходимостта да

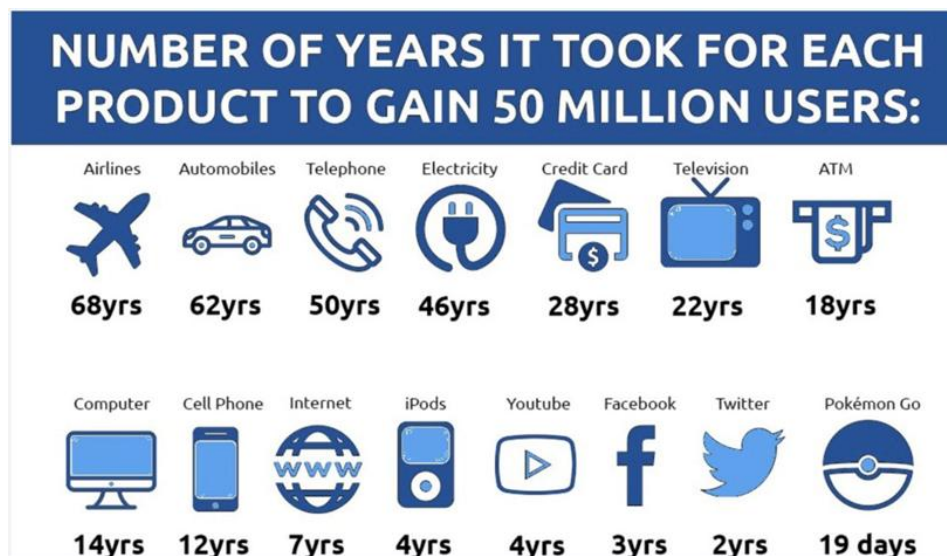


притежават личен автомобил. Средно около 90-95% от времето личните ни автомобилите стоят някъде паркирани. Защо да закупуваме автомобил, който през огромната част от времето стои паркиран, когато бихме могли да ползваме автономни автомобили, които ни биха могли да ни отведат навсякъде по всяко време?

Навлизането на подобна иновация би имало драстичен ефект върху автомобилната индустрия. Продажбите на автомобили биха спаднали значително, което неминуемо би се отразило на броя на заетите в този сектор лица. В България има 170 компании, занимаващи се с производство на автомобилни компоненти, които осигуряват 4% от БВП. За 2017 г. броя на заетите лица е 40 хил. души.² Общите приходи на компаниите в сектора са 3.5 млрд. евро.

2. На какво се дължи динамичното развитие на цифровите пазари?

За да отговорим на този въпрос предлагам на първо място да разгледаме следната илюстрация, в която са посочени годините, необходими за набирането на 50 потребители за даден продукт.



*Източник*³

² Електронно издание на в-к „Капитал“, https://www.capital.bg/biznes/kompanii/2018/04/19/3166056_bulgariia_e_sred_goreshtite_destinacii_z_a/

³ За допълнителна информация вж. <http://www.visualcapitalist.com/how-long-does-it-take-to-hit-50-million-users/>



Видно от данните, за да достигне телевизията до 50 млн. зрители са били необходими 22 години, за телефона – 50 години, за автомобилите – 62 години. В края на редицата виждаме, че на Ютуб са били необходими 4 години, на Фейсбук – 3, а на Туитър – 2 години, за да стигнем до играта Покемон, която е регистрирала 50 милионния си потребител на деветнадесетия ден от пускането ѝ. Това ясно показва, че цифровите пазари дават възможност за много по-бързо навлизане и достигане до критичен брой на потребители. Набирането на потребители е от особено значение за онлайн платформите като Фейсбук, Туитър, Амазон и т.н., тъй като колкото повече са нейните потребители, толкова по-популярна става тя. Това, което отличава Фейсбук от другите социални платформи е, че там можем да открием повечето си приятели.

От друга страна, колкото повече потребители има една платформа, толкова по-атрактивна става тя става за търговците. В случая на Фейсбук, големият брой потребители прави платформата атрактивна за рекламодателите. Това е т.нар. мрежови ефект. Високият брой потребители от едната страна на онлайн платформата води до увеличаване на броя на потребителите от другата страна. Платформата се явява посредник между тях.

За да илюстрираме значението на броя на потребителите за възможността на една платформа да бъде печеливша бихме могли да вземем примера с възхода и залеза на Myspace.

Myspace стартира през август 2003 г., само няколко месеца преди пускането на Facebook през февруари 2004. Между 2005 и 2008 г. Myspace е най-използваната социална мрежа в Интернет, достигайки до 75 млн. уникални посетители за месец. През 2006 г. Myspace изпреварва по посещаемост Гугъл. Две години по-късно, през 2008 г., Facebook вече изпреварва Myspace по брой уникални посетители по цял свят. През второто тримесечие на 2018 г. Facebook разполага с 2.23 млрд. активни потребители.

На следващо място, динамиката на цифровите пазари се предопределя от това, че реализираните в дигиталното пространство иновации позволяват навлизането в обръщение на активи, които преди това не са били използвани с целия си капацитет. Днес, всеки може да започне да отдава жилището си за временно ползване чрез Airbnb. Атомобили, които са били предназначени предимно за лично ползване могат да бъдат превърнати в таксите чрез Юбер. Чрез иновациите в дигиталния сектор и т.нар. икономика на споделянето, активи, които са били предназначени предимно за лично ползване, вече могат да навлязат изключително бързо в обръщение и това да доведе до значителни трансформации на съответните пазари като отслаби пазарните позиции на установите на пазара участници.

Според Шумпетер конкуренцията, която нов продукт, нова технология, нов източник на предлагане, нова организация на производството и труда упражнява, представлява непрестанна заплаха, която би следвало да действа



дисциплиниращо на предприятията. Интересното в случая при дигиталните платформи като Airbnb и Юбер е, че преди да започнат да предлагат своите услуги, те не са оперирали на нито един от засегнатите от техните иновации пазари. Юбер не е било таксиметрова компания, а Airbnb не е притежавало нито един хотел. Това показва, че разрушителната иновация не следва на всяка цена да е възникнала на пазара, върху който има разрушителен ефект, а може да дойде и «отвън», от предприятия, които не са имали нищо общо със съответния пазар.

Отново според Шумпетер, това е и причината предприятия, които макар и да се ползват със значителна пазарна сила на съответния пазар, да продължават непрестанно да инвестират в развойна дейност. Непрекъснатото внедряване на иновации гарантира в значителна степен, че дадено предприятие ще може, ако не се разраства, то поне да запази придобитото пазарно положение.

3. Ролята на органите за защита на конкуренцията за навлизането на иновации на пазара

Навлизането на нова технология, нов източник на предлагане, нова организация на производството и труда, както видяхме по-горе, са заплаха както за установените участници на пазара, така и за работниците и служителите в съответната сфера. Първите рискуват да загубят капитала си, а вторите работните си места. Поради тези причини обикновено се правят опити иновациите с или без разрушителен ефект да бъдат възпрепятствани. Наложените препятствия могат да бъдат с частен или публичноправен характер. Предприятие, което разполага с господстващо положение може да извърши злоупотреба, с която да предотврати навлизането на по-иновативен конкурент. В случай, че пазарната му сила не е достатъчна да се противопостави само, предприятието би могло да постигне забранено споразумение с други свои конкуренти, което да има за цел разпределяне на пазари и клиенти. Този вид частни ограничения попадат в обхвата на антитръстовите забрани и могат до доведат до налагането на имуществена санкция на извършителите на нарушението.

От друга страна, навлизането на иновации може да бъде възпрепятствано от публични ограничения, наложени чрез действащото в страната законодателство. Твърде често под претекст, че се цели защита интересите на потребителите, законодателят налага регулаторни изисквания, чийто единствен резултат е да бъдат защитени придобитите пазарни позиции на установените на пазара участници. Именно, за да защити конкуренцията и да поддържа пазарите отворени за навлизането на нови участници, Комисията за защита на



конкуренцията (КЗК) е оправомощена да извършва дейност по т.нар. Застъпничество за конкуренцията, което я оправомощава да се включва в инициативи и извършва оценки за съответствие на действащото законодателство с правилата на конкуренцията.

Твърде често, иновациите в дигиталния сектор възникват на високо регулирани пазари. Целта на застъпничеството за конкуренцията е да премахне ненужните регулации, като по този начин да се улесни навлизането на нови участници на пазара, а потребителите получат достъп до по-голямо разнообразие от стоки и услуги на ниски цени.

Становищата на Комисията за оценка за съответствието с правилата на конкуренцията нямат задължителен характер за компетентния орган. Тяхната цел е да подпомогнат компетентния орган при вземането на решение, включително като бъдат предложени алтернативи на регулиране.

Съгласно чл. 28 от Закона за защита конкуренцията КЗК извършва оценка за съответствие с разпоредбите на закона на:

- проекти на нормативни или нормативни административни и общи административни актове;
- действащи нормативни или нормативни административни и общи административни актове;
- проекти на актове на сдружения на предприятия, които регулират дейността на членовете им.



Лицензионни споразумения и чл. 101 ДФЕС - Регламент (ЕС) № 316/2014 и групови свобождавания за лицензионни споразумения, споразумение за трансфер на технологии, твърди ограничения, и ограничения, които попадат извън приложното поле на груповото освобождаване

Димитър Илиев

1. Член 101 от ДФЕС

Разпоредбата на член 101, параграф 1 от ДФЕС забранява всички споразумения и съгласувани практики между предприятия, както и решения на сдружения на предприятия, които могат да засегнат търговията между държавите членки, и които си поставят за цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията. В нея неизчерпатено са изброени някои от най-типичните проявни форми на забраненото поведение, а именно споразумения:

- пряко или косвено определят покупни или продажни цени или други условия на търговията;
- ограничават или контролират производството, пазарите, технологичното развитие или инвестициите;
- осъществяват подялба на пазари или на доставчици;
- прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставят при сравнително по-неблагоприятни условия;
- поставят сключването на договорите в зависимост от приемането на допълнителни задължения, които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на тези договори.



Споразуменията, които са забранени по чл. 101 от ДФЕС са нищожни. Целта на правилата на конкуренцията е като цяло да защитава конкуренцията на пазара с оглед повишаване благосъстоянието на потребителите и ефективното разпределение на ресурсите.

1.1. Правни форми на забранено поведение на предприятията

– Споразумения между предприятия

Споразумението е забранено, когато води до ограничаване на свободата на предприятията да определят самостоятелно и независимо поведението си на пазара и вместо това те предприемат съвместно определено поведение, като в крайна сметка се ограничава или премахва ефективната конкуренция между тях. Споразумението може да има всякаква форма или наименование, но от значение е единствено неговата същност. То може да бъде писмено или устно, подписано или неподписано, наименовано или ненаименовано, може дори да е обективизирано в документ, който има друго наименование, може да се откроява и конклюдентно в дейността на стопанските субекти като тяхна конкретна линия на поведение на пазара.

– Съгласувана практика на предприятия

Съгласувана практика представлява форма на координация между предприятията, които, без да са постигнали споразумение помежду си, съзнателно заместват рисковете на конкуренцията с практическо сътрудничество между тях. Съгласувана практика е налице, когато предприятията, при липса на пряк или косвен контакт между тях, без да са постигнали съгласие помежду си, са възприели еднакво самоограничаващо поведение на пазара, което не се дължи на обективните условия на съответния пазар. Най-често съгласуваната практика се наблюдава на пазари с висока степен на прозрачност, която създава условия за координирани пазарни реакции.

– Решение на сдружение на предприятия

Решение на сдружение на предприятие е форма на координирано поведение между независими предприятия, което е продиктувано или улеснено от субект, който не осъществява стопанска дейност (сдружението), но обединява предприятията в рамките на своята организация и си поставя за цел защитата на техните интереси. Забранените решения на сдруженията на предприятия могат да имат различни форми на проявление: писма, указания, протоколи и др., без да е необходимо да приемат формата на „решение“.



1.2. Видове забрани споразумения, съгласувани практики и решения на сдружения на предприятия

Хоризонтални са споразуменията, които са постигнати между две или повече предприятия, извършващи стопанска дейност на едно и също ниво на производството или дистрибуцията на определени продукти. Особен вид хоризонтално споразумение е картелът, който винаги се уговаря между реални конкуренти, осъществяващи дейност на едно и също пазарно ниво.

Споразумения, които имат за цел определяне на цени, ограничаване на производството или разпределяне на пазарите се считат по правило за забранени и не е необходимо да се установява реалният им антиконкурентен резултат на пазара. Това са т.нар. твърди оограничения на конкуренцията.

Вертикалните споразумения са споразумения за покупко-продажба на стоки или услуги, които са сключени между предприятия, които осъществяват стопанска дейност на различни нива на производството и дистрибуцията. Например, договорите между производител и дистрибутор за разпространението на определени стоки.

Обичайно вертикалните споразумения, в които предприятията определят само цената и количеството на продукта, предмет на покупко-продажбата, не ограничават конкуренцията. В някои случаи обаче страните по вертикални споразумения уговарят определени ограничения за купувача или за продавача (т.нар. „вертикални ограничения“), като например задължение на купувача да не купува стоки от конкурентна марка (т.нар. „задължение за неконкуриране“) или задължение на продавача да продава продуктите си само на определен купувач (т.нар. „задължение за изключителна доставка“), или задължение на продавача да не продава на друг купувач на определена територия (т.нар. „изключителна дистрибуция“), или да продава само на предварително определени според конкретни критерии дистрибутори (т.нар. „селективна дистрибуция“).

Общата забрана по чл. 101, параграф 1 от ДФЕС е неприложима спрямо антиконкурентното поведение на предприятия, чийто пазарни дялове не надвишават посочените в Известието „de minimis“ на ЕК относно споразуменията с незначителен ефект, които не ограничават съществено конкуренцията.⁴ При споразуменията между конкуренти общият пазарен дял, притежаван от страните по споразумението не бива да надвишава 10% от съответния пазар, засегнат от въпросното споразумение. При споразуменията между неконкуренти (предприятия, които не са нито реални, нито потенциални конкуренти) пазарният дял на всяка от страните по споразумението не бива да надвишава 15% на нито един от съответните пазари засегнати от

⁴ Известие на ЕК 2014/С 291/01, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.291.01.0001.01.BUL&toc=OJ:C:2014:291:FULL



споразумението. Важно е да се отбележи, че освобождаването съгласно правилото „de minimis“ е неприложимо когато споразумението съдържа т.нар. твърди ограничения на конкуренцията.

При установяване на забранено споразумение от страна предприятията и/или сдруженията на предприятия възниква основание за реализиране на тяхната административно наказателна отговорност поради извършеното от тях нарушение на чл. 101, параграф 1 от ДФЕС.

1.3. Индивидуално освобождаване от забраната на чл. 101, параграф 1 от ДФЕС

Като изключение чл. 101, параграф 3 предвижда, че забраната по параграф 1 може да бъде обявена за неприложима по отношение на споразумения, решения на сдружения на предприятия или съгласувани практики, които допринасят за подобряване на производството или разпространението на стоки или за развитието на техническия или икономическия прогрес, като при това предоставят на потребителите справедлив дял от получените ползи, без:

- да налагат на участващите предприятия ограничения, които не са абсолютно необходими за постигането на тези цели;
- да дават възможност на такива предприятия да елиминират конкуренцията по отношение на съществена част от съответните стоки.

Оценката относно това дали и доколко съответните споразумения, решения или съгласувани практики удовлетворяват условията за освобождаване от забраната, следва да се осъществява от самите предприятия, участващи в тях. Те трябва сами да преценят дали споразуменията, решенията или съгласуваните практики, в които участват, попадат в обхвата на общата забрана и, ако е така, дали те отговарят на условията за освобождаване от забраната. А при възникване на правен спор, тежестта на доказване на наличието на условията за освобождаване от забраната се носи от предприятията или сдруженията на предприятия, които се позовават на тях.

1.4. Групово освобождаване на споразумения от забраната по чл. 101, параграф 1 от ДФЕС

Наред с възможността за индивидуално освобождаване от забраната по чл. 101, параграф 1, ЕК счита, че определени категории споразумения като цяло отговарят на изискванията на чл. 101, параграф 3 от ДФЕС. В тази връзка ЕК или Съвета приемат регламенти, в които се прецизират условията за освобождаване. Както при индивидуалното освобождаване, оценката дали и



доколко споразуменията и съгласуваните практики изпълняват изискванията за групово освобождаване се прави от самите страни, участващи в тях. Сред видовете споразумения, които са приети за групово освобождаване могат да бъдат посочени вертикалните споразумения, споразуменията за изследователска и развойна дейност, споразуменията за дистрибуцията на МПС, споразуменията за трансфер на технологии и др.⁵

В случай, че дадено споразумение, решение или съгласувана практика не покрива изискванията за групово освобождаване, това не означава, че споразумението е забранено, а следва да се провери дали може да се приложи индивидуално освобождаване съгласно чл. 101, параграф 3 от ДФЕС.

2. Групово освобождаване на споразумения за трансфер на технологии

Регламент (ЕС) № 316/2014 на Комисията от 21 март 2014 година относно прилагането на член 101, параграф 3 от Договора за функционирането на Европейския съюз по отношение на категории споразумения за трансфер на технологии⁶ (РГОТТ) се основава на презумпцията, че доколкото тези споразумения могат да попаднат в обхвата на забраната по чл. 101, параграф 1 от ДФЕС, то те отговарят на четирите условия на чл. 101, параграф 3 от Договора и следва да бъдат освободени. Регламентът се основава на предположението, че споразуменията за трансфер на технологии пораждаат икономическа ефективност, че ограниченията, които съдържат са наложителни за постигането на тази ефективност и потребителите ще получат справедлив дял, без да се отстранява конкуренцията на съществена част от съответния пазар. Към Регламента ЕК е издала и Насоки за неговото прилагане, които имат за цел да улеснят предприятията при неговото прилагане⁷. В тях е посочено, че издаването на лицензии само по себе си е полезно за конкуренцията, тъй като води до разпространяването на технологии и насърчава нововъведенията от страна както на лицензодателя, така и на лицензополучателите. Наред с това, лицензионните споразумения могат да стимулират иновациите, като дават възможност на новаторите да си възвърнат поне част от разходите за изследователска и развойна дейност.

⁵ За пълен списък на действащите регламенти за групово освобождаване вж: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>

⁷ Насоки за прилагането на член 101 от Договора за функционирането на Европейския съюз към споразумения за трансфер на технологии [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN)



2.1. Трансфер на технология

За прилагането на Регламента е необходимо споразумението да предвижда преминаване на технологията от едно предприятие към друго. Трансферът обикновено се извършва под формата на лицензиране, с което лицензодателят дава на лицензополучателя правото да използва неговите права върху технология срещу заплащане на лицензионно възнаграждение.

2.2. Споразумение между две страни

Регламентът обхваща само споразумения за трансфер на технологии „между две предприятия“. Споразуменията за трансфер на технологии между повече от две предприятия не са предмет на РГОТТ.

2.3. Реципрочни и неречипрочни споразумения

Реципрочните споразумения представляват споразумения за кръстосано (на срещно) лицензиране, при които лицензните технологии са конкуриращи се технологии или могат да бъдат използвани за производството на взаимнозаменяеми продукти (т.е. продукти, които се конкурират). Неречипрочно споразумение е споразумение, с което само една от страните лицензира свои права върху технология, или когато при кръстосано лицензиране правата върху лицензните технологии не се конкурират и не могат да бъдат използвани за производството на взаимнозаменяеми продукти.

2.4. Договорни продукти

За да попаднат в приложното поле на регламента, споразуменията за лицензиране трябва да бъдат сключени „с цел производството на договорни продукти“, т.е. продукти, в които се съдържа лицензната технология или които са произведени с правата върху нея. Ако страните се въздържат да използват лицензните права върху технологията, това означава, че технологията не е използвана за извършването на стопанска дейност, поради което не се постига повишаване на ефективността. В този случай Регламентът е неприложим, тъй като липсва самото основание за групово освобождаване. При лицензирането между конкуренти фактът, че страните не използват лицензната технология може да бъде признак, че споразумението е прикрит картел.

2.5. Прагове на пазарните дялове

При споразумения между конкуренти общия пазарен дял не бива да надвишава 20% от съответния пазар или пазари. Когато споразумението е



сключено между неконкуренти пазарният дял на всяка от страните не бива да надвишава 30% на съответния пазар или пазари.

2.6. Твърди ограничения върху конкуренцията

Член 4 от РГОТТ съдържа списък с твърди ограничения на конкуренцията. Категоризирането на едно ограничение като твърдо се основава на неговите характеристики и опита, който показва, че такова ограничение почти винаги произвежда антиконкурентен ефект.

– Твърди ограничения между конкуренти

Съгласно РГОТТ не са освободени споразуменията, които пряко или косвено, самостоятелно или в комбинация с други фактори, имат за цел:

- да ограничат свободното определяне на цените;
- реципрочно ограничение на производството и ограничение на лицензодателя да произвежда, използвайки собствената си технология;
- да постигнат разпределянето на пазари и на клиенти, освен ако не е изпълнено някое от предвидените изключения;
- да ограничат възможностите на страните да развият собствена развойна и научно-изследователска дейност.

– Твърди ограничения между неконкуренти

Не са освободени споразуменията, които пряко или косвено, самостоятелно или в комбинация с други фактори, имат за цел:

- да фиксират цени, с изключение на случаите когато споразумението съдържа списък с препоръчителни цени или налага максимални цени на лицензополучателя от страна на лицензодателя. Според Насоките тази практика не води до фиксирани или минимални продажни цени.
- ограничения на пасивните продажби на лицензополучателя за определени територии и клиенти, освен когато:
 - ограничението на пасивните продажби се отнася за територии и клиенти, които са запазени за лицензодателя;
 - лицензополучателят се задължи да произвежда договорните стоки единствено за собствени нужди, при условие, че може да ги продава като резервни части;



- лицензополучателят се задължи да продава договорните продукти на определен клиент като по този начин му се осигури алтернативен доставчик;
- се забрани на лицензополучателя да продава да продава на крайни клиенти;
- се забрани на лицензополучателя да продава на неоторизирани дистрибутори.

2.7. Други видове ограничения, които не са освободени от Регламента за групово освобождаване

- Споразумения, които съдържат задължение за изключително лицензиране в полза на лицензодателя на подобренията на лицензната технология, въведени от лицензополучателя или когато лицензополучателят разработва нови приложения на лицензираната технология
- Споразумения, които съдържат клаузи, с които се забранява оспорването по административен или съдебен ред на правото на интелектуална собственост върху обекти, притежавани от другата страна по споразумението
 - Изключение: Не представлява ограничение върху конкуренцията клауза за прекратяване действието на споразумението, когато с него е била дадена изключителна лицензия и лицензополучателят оспори действителността на някое от прехвърлените му права на интелектуална собственост.
- Споразумения, които са сключени между неконкуренти и съдържат пряко или косвено задължение, ограничаващо възможността за лицензополучателя да използва своите собствени технологии или ограничаващо възможността за страните по споразумението да извършват научноизследователска и развойна дейност, освен ако това ограничение не е крайно необходимо, за да бъде предотвратено разкриването на лицензното ноу-хау на трети страни.

В заключение следва да се посочи, че ЕК има право да оттегли възможността за прилагане на груповото освобождаване за определени споразумения, които макар и формално да покриват изискванията на Регламента, имат антиконкурентни последици несъвместими с чл. 101, параграф 3 от ДФЕС. Подобно оттегляне може да бъде извършено и от национален орган за защита на конкуренцията като неговото действие ще се



ограничи до територията на съответната държава членка. Редно е да се отбележи, че решенията, с които се преустановява прилагането на груповото освобождаване имат действие само в бъдещето.



Лицензионни споразумения и член 102 ДФЕС

Димитър Илиев

1. Член 102 от ДФЕС

РГОТТ не засяга възможността за паралелно прилагане на чл. 102 от ДФЕС по отношение на споразуменията за трансфер на технологии. Разпоредбата на чл.102 от ДФЕС забранява на предприятие господстващо положение на пазара, както и на две или повече предприятия със съвместно господстващо положение, да предотвратяват, ограничават или нарушават конкуренцията на съответния пазар.

Господстващото положение на дадено предприятие се определя като положение на икономическа мощ, с което се ползва то и което му позволява да препятства поддържането на действителната конкуренция на съответния пазар, като му дава възможност да се държи до голяма степен независимо от своите конкуренти, доставчици или купувачи.

От друга страна, две или повече предприятия могат да имат съвместно господстващо положение, без да е необходимо всяко едно от тях да бъде с индивидуално господство. За да бъдат разглеждани като колективно господстващи, предприятията трябва да са обвързани по такъв начин, че да имат (в някои отношения) общо поведение на пазара.

1.1. Форми на злоупотреба

Чл. 102 от ДФЕС посочва някои от най-често срещаните форми на злоупотреба с господстващо положение, като тяхното изброяване не е изчерпателно:

- Пряко или косвено налагане на цени за покупка или продажба или други нелоялни търговски условия

Предприятие с господстващо положение, възползвайки се от силната си пазарна позиция може да налага на клиентите си (търговци или крайни потребители) неблагоприятни за тях търговски условия. Най-често срещаните ценови злоупотреби са налагането на необосновано високи



или необосновано ниски цени и ценовата преса. В практиката си по изследване на необосновано високи или необосновано ниски цени (т. нар. хищническо ценообразуване), се използва подхода за сравняване на цената със себестойността на продукта, като за целта се съпоставя обявената продажна цена на продукта с фактическите разходи за производството и реализацията му.

Предприятие с господстващо положение е в състояние да наложи разнообразни по вид нелоялни търговски условия на клиентите си, които те не биха приели, ако имаше алтернативно предлагане на стоките или услугите. Като пример за налагане на нелоялни търговски условия могат да се посочат забраните за износ и ограничителните условия за продажба. Най-често срещано е налагането на нелоялни търговски условия в отраслите електро- и топлоенергетика, автотранспорт и др.

- Ограничаване на производството, търговията и техническото развитие във вреда на потребителите

Като пример за ограничаване на производството и търговията във вреда на потребителите могат да се посочат: ограничението на търговията чрез системи за селективна дистрибуция, които не са необходими при нормалната дистрибуция на продукта; задълженията за покупка/продажба и отстъпките за лоялност. Тук попада също и т.нар. „английска клауза“, задължаваща купувача да докладва всяка получена по-добра оферта и даваща му право да я приеме, ако доставчикът не предостави същите условия. Презюмира се, че клаузата има същия ефект като клаузите за ексклузивитет, тъй като предприятието с господстващо положение ще трябва да намали цените си единствено в случай, че има риск да загуби клиента.

Като ограничаване на техническото развитие във вреда на потребителите може да се посочи ограничаването на достъпа до определена технология или препятстване на развитието на технологична новост.

- Прилагане на различни условия за един и същ вид договори по отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти

Тази форма на злоупотреба изисква първо да се докаже, че съпоставяните договори са еднакви по своя вид. На второ място следва да се установи, че контрагентите на предприятието с господстващо положение по сравняваните договори са конкуренти помежду си и на последно място, че не са налице обективни причини за различното третиране.



- Поставяне сключването на договори в зависимост от поемането от другата страна на допълнителни задължения или сключване на допълнителни договори, които по своя характер или съгласно обичайната търговска практика не са свързани с предмета на основния договор или с неговото изпълнение

Към този вид злоупотреба се включват обвързаните продажби и пакетните продажби, като и в двата случая господстващото предприятие, което е с лидерска позиция на пазара на единия продукт, чрез обвързване на продажбата му с другия, се стреми да засили позициите си на пазара на последния, като по този начин уврежда конкурентната среда на този пазар.

1.2. Видове злоупотребите

В зависимост от вида си злоупотребите могат да бъдат:

- Експлоатативни злоупотреби

Касае се за поведение, чрез което се извличат необосновано високи печалби, единствено поради липсата на ефективна конкуренция на пазара. Обикновено това става чрез налагане на необосновано високи цена. Експлоатативната злоупотреба има възможност да увреди най-сериозно търговските партньори на господстващото предприятие – потребители и доставчици. Доколкото обаче други участници са възпрепятствани да навлязат на този пазар, поради обвързаността на доставките с предприятието с господстващо положение, съществува възможността за увреждане и на потенциалната конкуренция.

- Структурни (изключващи от пазара) злоупотреби

Този вид злоупотреби нямат за цел пряко извличане на печалба от икономическата позиция на едно предприятие, а отстраняване на конкурентите от пазара. Оттук следва, че този вид злоупотреба уврежда основно конкурентите, тъй като не е насочена пряко към потребителите и доставчиците. В зависимост от вида на изтласкване на конкурентите от пазара изключващите злоупотреби се разделят на два основни подвида, а именно неценови и ценови.

- Неценови изключващи злоупотреби:

- обвързване на доставките на една стока с друга, доставяни от предприятието с господстващо положение, при което господстващото предприятие принуждава потребителите на даден продукт да придобият и друг продукт. По този начин предприятието цели да разшири пазарната си сила от



пазара, на който има господстващо положение и на пазара на обвързания продукт;

- отказ от доставка на продукт или услуга.

Най-общо отказите на доставка се свеждат до отказ да се достави стока или да се предостави услуга на съществуващ реален клиент или отказ да се встъпи в договорни отношения с потенциален бъдещ клиент.

За да бъде квалифициран отказът за доставка като злоупотреба следва да се докаже, че е налице обективна възможност за такава доставка, както и намерение на господстващото предприятие да отстрани от пазара свой контрагент, като резултатът от това увреждане настъпва на пазара, на който последния осъществява дейността си. Тук следва да се отбележи, че влиянието върху дейността на контрагента следва да бъде значимо, като без доставката на съответната стока/ услуга същият би изпитал сериозни затруднения при осъществяване на дейността си.

Такъв е случаят, когато собственик на съществено съоръжение необосновано отказва достъп до него, като това води до изкривяване на конкурентната среда на пазара, на който оперира потребителят на съоръжението. Възможно е да се стигне дори до отпадането му от пазара, доколкото без използването на същественото съоръжение той не би могъл да упражнява своята стопанска дейност.

- Ценови изключващи злоупотреби

Пример за изключваща ценова злоупотреба е ценовата преса (свиване на маржа), при която господстващото предприятие налага необосновано високи цени на продукт или услуга на пазара на едро на свои конкуренти на пазара на дребно. Те, от своя страна, не могат да предложат на крайните си клиенти цени на пазара на дребно, които биха били конкурентни с цените на дребно на предприятието с господстващо положение (на пазара на едро). Други видове ценови изключващи злоупотреби са въвеждането на отстъпки за лоялност, както и обвързаното предлагане на два или повече продукта, предлагани от господстващото предприятие.

Като една от най-често срещаните ценови злоупотреби следва да бъде посочено т. нар. „хищническо ценообразуване“. Тази пазарна стратегия включва кратък период, в който господстващото предприятие осъществява продажби на загуба



(много често на цена под себестойност), с цел да се изтласкат конкурентите от пазара или да се обезкуражат нови конкуренти от навлизане на този пазар. Целта на това поведение, след постигане на горния резултат, е да бъдат реализирани по-големи печалби чрез рязко завишаване на цените при условие, че последните не биха могли да се повишат, ако преди това не е извършено хищническото им намаляване.

Необходимо е да се прави разлика между хищническото ценообразуване и ценовата политика на предприятията, която се влияе от търсенето и предлагането, и за която е типично и нормално свалянето на цени с цел привличане на клиенти. Разликата се състои в това, че в първия случай чрез умишлено сваляне на цени и продажба на загуба се цели изтласкването на конкуренти от пазара, докато във втория случай целта е пряко привличане на клиенти със законни средства и наличие на конкуренция.

Основната разлика между хищническото ценообразуване, като форма на злоупотреба с господстващо положение и продажбата на определено количество стоки или услуги под себестойност за определено време, като форма на нелоялна конкуренция, се състои в пазарната позиция на нарушителя и степента на въздействие върху конкуренцията на пазара.

1.3. Съществено съоръжение

Съществено съоръжение е съоръжение, достъпът до което е от особено значение за възможността на друго предприятие да осъществява стопанска дейност. Съоръжението е съществено, когато е изключително трудно да бъде изградено наново. Съгласно доктрината за достъп до съществено съоръжение, всеки стопански субект, който има господстващо положение под формата на контрол върху т.нар. "съществено съоръжение" /инсталация или инфраструктура, без достъп до която конкурентите не биха могли да предоставят услуги на своите клиенти/, е длъжен да допусне конкурентите си до това основно съоръжение, освен ако отказът не може да бъде отказан по обективни причини.

По правило участниците на пазара, независимо от своята пазарна мощ, могат свободно да избират своите съконтрагенти. В определени случаи, обаче, господстващото предприятие може да бъде задължено да си сътрудничи със своите конкуренти или клиенти като им предостави достъп до същественото съоръжение, което експлоатира. Така например електроразпределителната мрежа е съществено съоръжение за всеки производител и търговец на



електрическа енергия. В случай че ЕРП откаже да присъедини производител на ел. енергия към електроразпределителната си мрежа, не може да се очаква, че производителят ще изгради своя паралелна електроразпределителна мрежа, за да продава ел. енергия.

2. Правото на интелектуална собственост и доктрината за достъп до съществено съоръжение

Правото на интелектуална собственост (ИС) дава изключителни права на неговия притежател да използва обекта на интелектуална собственост, да забрани използването му от трети лица, да се разпорежда с това право. От съдебна практика на Съда на ЕС могат да бъдат изведени обстоятелствата, при които отказът да се отстъпи ползването на право на ИС представлява нарушение на чл. 102 от ДФЕС⁸, а именно:

- Стоката или услугата, до които е отказан достъп, трябва да бъдат належачи за осъществяването на стопанска дейност на свързан пазар.

Тук следва да се отговори на въпроса дали желаните стоки и услуги не могат да бъдат закупени от друг доставчик, без значение дали условията за закупуване при него биха били по-неизгодни. Следва да се изследва също дали на пазара не се предлагат стоки, които могат да заменят тези, които са предлагани от предприятието с господстващо положение, както и дали не би могла да се разработи алтернатива на съществуващите обекти на ИС.

- Отказът ограничава възможностите за разработването на „нов продукт“.

Този критерий се прилага единствено в производствата свързани с използването на права на ИС. Принудителното лицензиране не може да се използва, за да се произвеждат същите стоки и услуги като тези на притежателя на правата на ИС. Новите стоки и услуги трябва да отговарят на потребителското търсене. Отказът не бива да вреди на потребителите, като ограничава техния избор на стоки и услуги.

В делото Майкрософт съдът постановява, че преценката за „новост“ не може да се основава единствено на външния вид на продукта. От значение е да се прецени дали отказът не би въздействал ограничаващо върху техническото развитие.⁹

⁸ Вж. Дела на Съда на ЕС C-241/91 P and C-242/91 P, RTE and ITP v. Commission (Magill), дело C-418/01 г., IMS Health v. NDC Health и дело на Общия съд T-201/04, Microsoft v. Commission

⁹ Дело на Съда на ЕС T-201/04, Microsoft v. Commission; <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-201/04>



- Отказът да се предостави лиценз е в състояние да премахне условията за конкуренция на свързания пазар.

Необходимо е да се определят два свързани пазара: пазар, на който предприятието с господстващо положение предлага своя продукт, защитен с права на ИС; и пазар, на който оперира участник, желаещ да ползва правата на интелектуалната собственост на господстващото предприятие.

Наличието на конкуриращи се предприятия на свързания пазар не е достатъчно, за да се обоснове отказ. Органите по конкуренция трябва да извършат оценка на риска и тяхната намеса не бива да бъде отлагана до пълното премахване на условията за конкуренция.

- Отказът не може да бъде обективно обоснован.



Competitive Restraints and Unilateral Exploitation of IP Rights (Art. 102 TFEU)

Amandine Leonard

1. Introduction

Conceptually Intellectual Property Rights (IPRs) and competition law appear to be at odds. The former grants temporary monopolies to right holders while the latter protects and encourages market competition.

IPRs are particularly important for the knowledge economy and for innovation. They may act as incentive for individuals and companies to invent and to invest in research and development (R&D) if they are assured that they can obtain *exclusivity*. However, the grant of exclusivity may contain risks related to monopoly powers for (1) consumers and (2) other players on the market.

The tension between the two legal disciplines arises when competition enforcers believe that IP law is *overprotective* because it enables behaviour which unduly undermines effective competition and has an adverse impact on consumer welfare.

Competition law intervention may be seen as a tool to redress the balance in specific circumstances. The principles which underpin such interventions, and how the balance is to be struck, are nonetheless the subject of some debate.

Overall: there is a need to ensure a **balanced framework** between exploitation of IPRs and competition law but it is clear that right holders should refrain from engaging in *abusive anticompetitive practices which may threaten effective competition on the market and/or lead to consumer harm*.

To strike that balance, the **European Commission** relies on traditional procedures for the enforcement of Art 101 and 102 TFEU:



- Regulation 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 101 and 102 TFEU. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32003R0001>
- Regulation 773/2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to articles 101 and 102 TFEU. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0773>

2. Article 102 TFEU

Article 102 TFEU (ex Article 82 TEC)

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

To be used with: [Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings](#)

REMARK:

- It is very important to note that holding an IPR does not necessarily confer market power or the significant market power required to support finding of dominance (*Parke, Davis & Co.* C24/67¹⁰, 1968).
- IPR are **not** per se monopoly rights.

¹⁰ Judgment of the Court of 29 February 1968, *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, Case 24-67. ECLI:EU:C:1968:11. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61967CJ0024>



- It is necessary to show that a case present “**exceptional circumstances**” for the rules of competition law to apply.

The **Court of Justice of the European Union** (CJEU) has developed a long line of cases in order to determine when and whether an IPR holder abuses his dominant position under Art 102 TFEU and what “exceptional circumstances” may mean.

For **tying/leveraging** practices, see:

- Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 12 December 1991, *Hilti AG v Commission of the European Communities*, Case [T 30/89](#).

For abuses from **collective management society** of IPRs, see:

- Judgment of the Court of 27 March 1974, *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM and NV Fonior*, Case [C-127/73](#).
- Judgment of the Court of 13 July 1989, *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, Case [C-395/87](#).
- Judgment of the Court of 13 July 1989, *François Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others*, joined cases [110/88](#), [241/88](#) and [242/88](#).
- Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 11 December 2008, *Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, Case [C-52/07](#).
- Judgment of the Court (First Chamber) of 3 March 2011, *AG2R Prévoyance v Beaudout Père et Fils SARL*, Case [C-437/09](#).

For **refusal to license**, see:

- Judgment of the Court of 6 April 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities*, Case [C-242/91 P](#).
- Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, extended composition) of 12 June 1997, *Tiercé Ladbroke SA v Commission of the European Communities*, Case [T-504/93](#).



- Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 November 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, Case [C-7/97](#).
- Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 29 April 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, Case [C-418/01](#).
- Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17 September 2007, *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*, Case [T-201/04](#).

Test: Methodology of 102 TFEU – Antitrust defense for ‘**refusal to license**’

→ Prerequisite: ‘exceptional circumstances’

- a) Dominant position? Not automatic
- b) Definition of potentially affected market?
- c) Abuse/ harm to effective competition? Case-by-case assessment
- d) Sanction? Compulsory license on reasonable terms

To determine if there is an ‘abuse’ (under c)), Courts must consider the following elements:

1. Is the product/service or IP “indispensable” (i.e. to have access to the product, service, or IP is indispensable to a business to function in a market)?
2. Is there an emergence of a new product for which there is consumer demand? And/or is there a limitation on technological development from another business on the market?
3. Can the right holder legitimately justify his refusal to license? (e.g. defense based on incentives to innovate and invest in R&D)
4. Is there an elimination of competition on the market? (secondary market or elimination of all effective competition)?

For **misrepresentation of information before a public agency in order to obtain an IPR**, see:

- Judgment of the Court (First Chamber), 6 December 2012, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission*, Case [C-457/10 P](#).

For **bringing legal proceedings**, see:



- Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber, extended composition) of 17 July 1998, *ITT Promedia NV v Commission of the European Communities*, Case [T-111/96](#).
- Judgment of the General Court (Seventh Chamber) of 13 September 2012, *Protégé International Ltd v European Commission*, Case [T-119/09](#).

In such cases, since bringing legal proceedings is a fundamental right protected under Art 6 of the European Convention of Human Rights (ECHR – “Right to a fair trial”), it is necessary to show that “**wholly** exceptional circumstances” are present.

The Court developed a **strict** test of abuse with 2 cumulative criteria: *an abuse cannot be characterized unless a dominant undertaking files a lawsuit*:

1. *Which cannot reasonably be considered as an attempt to establish its rights and can therefore only serve to harass the opposite party (= manifestly unfounded) and;*
2. *Which is conceived in the framework of a plan whose goal is to eliminate competition (= the aim is to eliminate competition)*

For ***bringing legal proceedings in order to obtain a prohibitory injunction or the recall of infringing products in case of Standard Essential Patents (SEPs) and Promise to license under Fair Reasonable and non-Discriminatory (FRAND) terms***, see:

- Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 16 July 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, Case [C-170/13](#).
- See also: Chapter “Injunctive Relief for Holders of Standard Essential Patents (SEPs), Fair Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms and the Role of Standard Setting Organizations (SSO)” below

3. Conclusive Remarks

Important standards for the CJEU and the Commission: *need to ensure an efficient competition on the merits in light of consumer welfare*.



Question for courts is essentially whether the exclusionary conduct of an IPR holder will foreclose as efficient competitors and cause consumer harm in the form of higher prices or lower output.

4. Difficulties in the Relation between IP and Competition Law

On the one hand, the contribution of IPRs to innovation and economic welfare is important, therefore to grant compulsory licenses (in particular in case of refusal to license) as remedy to breach of competition law may be a disincentive to innovate for some IPR holders. On the other hand, to engage in strategies which may “block” innovation and R&D of other players or leads to excessively high prices may prevent follow on and cumulative innovation.

5. Future concerns?

- JRC Science for Policy Report: *Patent Assertion Entities in Europe: Their impact on innovation and knowledge transfer in ICT market* (2016). Available at:

<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/patent-assertion-entities-europe-their-impact-innovation-and-knowledge-transfer-ict-markets>

- Unitary Patent Package. All documents available at:

https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/patents/unitary-patent_en



Онлайн разпространение на цифрово съдържание

Димитър Илиев

1. Авторските права в контекста на правото на конкуренцията

Обект на авторското право (АП) е всяко произведение на литературата, изкуството и науката, което е резултат на творческа дейност. АП има за цел да насърчава творческия процес и да осигурява справедливо възнаграждение на творците и авторите. Авторът има изключителното право да използва създаденото от него произведение и да разрешава използването му от други лица. Авторското право съдържа неимуществени и имуществени права. Сред видовете имуществени права на авторите попадат възпроизвеждането, разпространението и публичното представяне или изпълнение на произведението.

Разпространението на съдържание, което е защитено от авторското право и сродните му права, включително книги, аудиовизуални продукции и записана музика и свързаните с тях услуги, изискват различните носители на авторско право и сродните му права, като автори, изпълнители, продуценти и издатели, да лицензират правата си.

1.1. Конкурентно-правен анализ на авторското право

Авторските права могат да влязат в противоречие както с правото на конкуренцията, така и със свободното движение на стоки и услуги. Следва да припомним, че чл. 101 от ДФЕС забранява разпределянето на пазари и клиенти, включително когато ограниченията са вертикални – случаите когато предприятията извършват стопанска дейност на различни пазари, т.е. предприятията не са конкуренти. Тези практики попадат в списъка на т.нар. твърди ограничения на конкуренцията.

Вертикално споразумение е споразумение между две или повече предприятия, които осъществяват дейност на различно ниво в производствената верига и дистрибуторската мрежа, и се отнася до условията,



при които страните могат да закупуват, продават или препродават определени стоки и услуги. По принцип вертикалните ограничения вредят по-малко на конкуренцията отколкото хоризонталните. Въпреки това, твърде често техният ефект води до раздробяването на вътрешния пазар на национални пазари.

АП признава изключителни права. Най-често разпространението на съдържание, защитено от авторското право се осъществява въз основата на изключително лицензиране при условията на териториална изключителност. От конкурентно-правна гледна точка този вид разпространение може да се определи като изключителна дистрибуция – притежателят на авторски права се съгласява да даде правата за разпространение само на един лицензополучател за конкретна територия. Същевременно, в лицензионното споразумение обикновено се забранява на разпространителя да разпространява лицензираното съдържание извън неговата територия, тъй като по този начин би навлязъл в други територии, определени за изключителни. С цел да се гарантира ефективното зачитане на териториалната изключителност, носителите на права често включват клаузи в лицензионните си договори, с които се забранява използването на съдържанието извън територията, за която разпространителите притежават лиценз. От конкурентно-правна гледна точка този модел на разпространение изглежда като класическа форма на разпределяне на пазари, свързана с недопускането на други разпространители като конкуренти. Така например, разпространението на филм за дадена територия не може да бъде дадено на двама отделни разпространители. По този начин се елиминира възможността за всякаква ценова конкуренция.

1.2. Доктрина на изчерпването

Доктрина на изчерпването е правило, според което след като стоките, съдържащи права на ИС, бъдат пуснати на пазара лично от правоносителя или с негово съгласие, движението им в рамките на вътрешния пазар не може повече да бъде ограничавано. При първоначалното пускане на стоките на пазара, правоносителите получават своето възнаграждение за авторските си права. Тази доктрина е била използвана от Съда в Люксембург¹¹, за да не се позволява на правоносителите да ограничават свободното движение на стоки в рамките на вътрешния пазар. Изключителните права за разпространение се изчерпват с първата продажба. Този принцип засяга единствено физическият носител на авторски права като книги, дискове и др. Този принцип не обхваща обаче правото да се представя или изпълнява произведението. Тези права не могат да бъдат изчерпани след първото им представяне или изпълнение.

¹¹ Вж. Решение на Съда на ЕС от 8 юни 1971 г. по дело C-78-70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG



Отново по същото дело- Deutsche Grammophon¹², Съда посочва, че правото на творците да бъдат възнаградени за своите произведения предопределя специфичната същност на ИС. Ограничението на свободното движение на стоки може да бъде оправдано единствено доколкото е необходимо за запазването на същността на правото на ИС, т.е. правото на възнаграждение.

1.3. Презграничното разпространението на съдържание, защитено с авторски права

В решението по делото Murphy¹³, постановено в производство по преюдициално запитване от Британски съд, Съдът в Люксембург разглежда въпроси, свързани с презграничното разпространение на съдържание.

Английско предприятие, което управлява професионалния футболен шампионат в Англия, е предоставило лицензионни права за излъчване чрез сателит на срещи от Висшата лига на предприятия в Гърция. В споразумението за разпространение е предвидено, че гръцкото предприятие няма право да дава достъп до съдържанието на публика извън неговата територия. Собственик на британско питейно заведение, използвайки фиктивни самоличност и адрес, закупува сателитни декодери от Гърция и започва да излъчва футболните в своето заведение. В рамките на наказателно производство собственикът на заведението бива осъден на първа инстанция. При обжалването въззивната инстанция решава да спре производството и да отправи преюдициално запитване.

В отговорите по поставените въпроси, Съдът в Люксембург постановява, че чл. 56 от ДФЕС, гарантиращ свободното предоставяне на услуги между държавите членки, не допуска приемане и прилагане на правна уредба на държава членка, определяща като незаконни вноса, продажбата и използването в тази държава на чуждестранни средства за декодиране, които позволяват достъпа до кодирана услуга за спътниково излъчване с произход в друга държава членка и включваща обекти, защитени от правото на първата държава.

Наред с това, Съдът счита, че клаузите на договор за изключителна лицензия, сключен между носител на права на интелектуална собственост и излъчваща организация, представляват забранено от чл. 101 ДФЕС ограничение на конкуренцията, когато създават задължение за организацията да не предоставя средства за декодиране, позволяващи достъпа до защитени

¹² Ibid.

¹³ Решение на Съда на ЕС от 4 октомври 2011 г. по съединени дела C-403/08 и C-429/08, Football Association Premier League Ltd



обекти на носителя на права с оглед на тяхното използване извън територията, за която се отнася лицензионният договор.

Важно е да се отбележи, че фактите по делото засягат разпространението на съдържание чрез сателит и че както Съдът отбелязва в т. 121 от решението „трябва да се има предвид настъпилото развитие на правото на Съюза, в частност поради приемането на Директивата „Телевизия без граници“ и на Директивата за спътниковото излъчване, които целят да осигурят преход от национални пазари към единен пазар на производство и разпространение на програми.“

В делата Coditel I¹⁴ и Coditel II¹⁵, Съдът в Люксембург е трябвало да се произнесе по въпроси относно презграничното препредаване на телевизионно съдържание. Белгийски кабелни оператори са прихващали аналоговия телевизионен сигнал в Германия и са го препредавали по кабел до клиентите си в Белгия. Френска продуцентска компания дава правата за разпространение на свой филм на лицензополучатели в Белгия и Германия, като кабелните оператори не са сред тях. Прихващайки аналоговия сигнал от Германия, кабелните оператори излъчват въпросния филм по телевизията, нарушавайки по този начин изключителните права на лицензополучателя в Белгия. Делото стига на два пъти до Съда в Люксембург. Първото преюдициално запитване е отправено от Апелативния съд и съдържа единствено въпроси относно свободното предоставяне на услуги. Второто преюдициално запитване е отправено от Касационния съд с въпроси, касаещи правото на конкуренцията.

По първото дело Съдът постановява, че поради липсата на изчерпване на правата, забраната да се препредава въпросния филм не ограничава свободата да се доставят услуги между държавите членки. По второто дело, Съдът решава, че даването на изключителна лицензия на един дистрибутор за определена територия не представлява ограничение на конкуренцията.

Разгледаната съдебна практика показва, че антитръстовите забрани не са удачен инструмент за преодоляване на раздробяването на вътрешния пазар на национални пазари при разпространението на съдържание, защитено от авторски права, тъй като лицензиите се издават за определена територия.

С цел да бъдат преодоляни тези ограничения беше приет Регламент за трансграничната преносимост на услугите за онлайн съдържание в рамките на вътрешния пазар.¹⁶ Регламентът има за цел да премахне ограниченията, които възпрепятстват предоставянето на онлайн съдържание на потребители, които

¹⁴ Решение на Съда на ЕС от 18 март 1980 г. по дело C-62/79, Coditel

¹⁵ Решение на Съда на ЕС от 6 октомври 1982 г. по дело 262/81, Coditel

¹⁶ Регламент (ЕС) 2017/1128 на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2017 година за трансграничната преносимост на услугите за онлайн съдържание в рамките на вътрешния пазар, в сила от 20 март 2018 г.



временно се намират в друга държава членка, различна от тяхната държава членка на пребиваване. До приемането на Регламента, поради съществуващите лицензионни модели, основани на териториалното лицензиране, потребителите, които са закупули достъп до онлайн услуги и съдържание в своята държава членка, при пътуване зад граница, не можеха да продължат да се възползват от съдържанието, за което са заплатили. С влизането в сила на Регламента, доставчиците на услуги за онлайн съдържание вече не могат да ограничават достъпа на своите абонати до съдържанието, за което са заплати при пътуванията им зад граница. Изискването е пребиваването в друга държава членка да бъде за ограничен срок, поради което регламента предвижда механизми за установяване на държавата членка на пребиваване на абоната. По този начин, териториалната изключителност на лицензионните споразумения е в известна степен отслабена, тъй като потребителите получават достъп до съдържание, когато се намират извън територията, за която е бил издаден лиценз. От друга страна, новите правила няма да доведат до разширяване на кръга на потребителите, обхванати от лицензионното споразумение. Съгласно разпоредбите на Регламента, действащите клаузи, с които се ограничава териториалния обхват на лицензиите следва да бъдат считани за недействителни.

По отношение на музикалните произведения следва да отбележим, че Директивата относно колективното управление на авторското право и сродните му права и многотериториалното лицензиране на правата върху музикални произведения за използване онлайн на вътрешния пазар си поставя за цел да насърчи доброволното обединяване на музикални репертоари и права, като по този начин се постигне намаляване на броя на лицензионните споразумения¹⁷. Обединяването на различни музикални репертоари за многотериториално лицензиране цели улесняване процеса на лицензиране, като допринася за намаляване на броя на сделките, които доставчикът на услуги онлайн трябва да извърши, за да може да предлага тази услуга. Това обединяване на репертоари следва да доведе до намаляване на разходите по сделката, които се прехвърлят на потребителите. Организациите за колективно управление на авторски права, които не желаят или не са в състояние да издават многотериториални лицензи директно за собствения си музикален репертоар, могат да възлагат на доброволни начала на други организации за колективно управление на авторски права да управляват техните репертоари на недискриминационна основа. В случай, че споразуменията за издаване на многотериториални лицензи имат ексклузивен характер, това би ограничило възможностите за избор, предоставени на ползвателите, които търсят да

¹⁷ Директива 2014/26/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно колективното управление на авторското право и сродните му права и многотериториалното лицензиране на правата върху музикални произведения за използване онлайн на вътрешния пазар



получат многотериториални лицензи, а също би ограничило възможностите за избор, предоставени на организациите за колективно управление на авторски права, които търсят управленски услуги за репертоара си на многотериториален принцип. Поради това всички споразумения за представителство между организациите за колективно управление на авторски права, които предвиждат многотериториално лицензиране, следва да нямат ексклузивен характер.

Наред с това, за да се насърчи предлагането на музикални произведения в Интернет, дори когато организацията не желае да се възползва от многотериториалното лицензиране в Интернет, носителят на права може да го направи сам, като оттегли правата си от своята организация в обем, който е необходим за многотериториалното лицензиране, като си запази правата в своята организация, за целите на лицензирането на първоначалната територия.

С новата нормативна уредба има за цел да преодолее действащата фрагментация на пазара на предоставяне на музикални услуги онлайн и да направи стъпка към постигането на единен Европейски цифров пазар.

2. Ограничения върху онлайн търговията и средствата за тяхното премахване

Вертикални ограничения са договорни клаузи, с които се ограничават възможностите за действие на една или повече страни по споразумението. Вертикалните ограничения произтичат от факта, че страните по тези споразумения имат различни интереси – производителят, например, има интерес продавачът на дребно да положи усилия за реклама и маркетинг на продукт, но това се оказва скъпо начинание за търговеца на дребно.

Вертикалните споразумения имат за цел и да ограничат т.нар. фрии райдинга или безплатното възползване от стоки, които вече се ползват от известна популярност сред потребителите. Както посочихме по-горе във вертикалните споразумения много често от дистрибутора се изисква да проведе активна маркетингова кампания, с която да наложи продукта на пазара. В такива случаи, Регламентът за освобождаване на вертикалните ограничения разрешава на производителя временно да може да определя цените на дистрибутора. Например, в периодите на кампании, целящи да засилят търсенето на продукта, или промоционални кампании с ниски цени, когато системата за дистрибуция е унифицирана (напр. чрез франчайзинг).



По делото Pierre Fabre¹⁸ производителят е организиран мрежа за селективна дистрибуция на своите продукти по такъв начин, че на практика забранява на дистрибуторите да продават стоките му по Интернет. Според производителя, по своето естество разглежданите продукти изискват физическото присъствие на квалифициран фармацевт на мястото на продажба през цялото работно време, така че клиентът да може да поиска и да получи индивидуално насоченото мнение на специалист, основаващо се на прякото наблюдение върху кожата, косата и скалпа на клиента. Решението на Съда в Люксембург е постановено в производство по преюдициално запитване, отправено от Апелативния съд в Париж. В решението Съдът постановява, че подобна клауза в споразумение за дистрибуция, водеща до забрана на използването на Интернет за реализирането на продажби, представлява ограничение по цел по смисъла на чл. 101, параграф 1 от ДФЕС, ако вследствие на индивидуална и конкретна преценка на съдържанието и целта на тази договорна клауза и на икономическия и правен контекст, в който тя се вписва, изглежда, че с оглед на свойствата на разглежданите продукти тази клауза не е обективно обоснована.

В оспорваното в главното производство решение, Френският орган за защита на конкуренцията е приел, че наложената от производителя забрана ограничава избора на потребителите, желаещи да правят покупки по Интернет и възпрепятства продажбите на крайните потребители, които не се намират във „физическата“ зона, в която пребивава потенциалната клиентела на оторизирания дистрибутор. Според Органа по конкуренцията тази забрана непременно има за цел да ограничи конкуренцията, което се добавя към ограниченията, присъщи на селективната дистрибуторска система, която ограничава броя на дистрибуторите, оторизирани да разпространяват продуктите, и не позволява на дистрибуторите да продават продукта на неоторизирани дистрибутори.

На следващо място, Съдът в Люксембург постановява, че въпросната клауза не може да се ползва от Регламента за групово освобождаване на вертикални споразумения, но за сметка на това може да се ползва от индивидуално освобождаване съгласно чл. 101, параграф 3 от ДФЕС при условие, че са изпълнение изискванията на разпоредбата.

В делото Coty¹⁹ предмет на производството отново са били продажбите по Интернет, но този път забраната се е отнася единствено за продажбите чрез платформи като Амазон. Coty продава луксозни козметични продукти в Германия чрез изградена селективна дистрибуторска мрежа. В договорите за селективна дистрибуция е предвидено, че дистрибуторът има право да

¹⁸ Решение на Съда на ЕС от 13 октомври 2011 г. по дело C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS

¹⁹ Решение на Съда на ЕС от 6 декември 2017 г. по дело C-230/16, Coty Germany GmbH



предлага и продава продуктите чрез интернет „при условие обаче, че продажбите чрез интернет се осъществяват чрез „електронна витрина“ на оторизирания магазин и се запазва луксозният характер на продуктите“. Причина за възникване на спора в главното производство е, че един от дистрибуторите продава стоките чрез платформата Amazon.de.

В отговор на поставените от Немския съд преюдициални въпроси, Съдът в Люксембург постановява, че система за селективна дистрибуция на луксозни стоки, чиято главна цел е опазването на луксозния имидж на тези стоки, е в съответствие с чл. 101, параграф 1 от ДФЕС, стига изборът на търговците на дребно да се осъществява въз основа на обективни качествени критерии, определени по един и същ начин по отношение на всички потенциални търговци на дребно и прилагани по недискриминационен начин, и определените критерии да не отиват отвъд това, което е необходимо.

По отношение на забраната за продажби чрез платформи, Съдът приема следното:

Наложено на оторизираните дистрибутори задължение да продават договорните продукти в Интернет само чрез техни собствени виртуални магазини и забраната, наложена на тези дистрибутори за използване на друго търговско наименование и да използват платформи на трети лица, веднага гарантират на доставчика, че при електронната търговия с тези продукти те се свързват само с оторизираните дистрибутори. Такова свързване е точно една от преследваните цели, когато се използва система на селективна дистрибуция и е присъщо за нея.

Забрана позволява на доставчика на луксозни стоки да контролира дали продуктите му се продават в Интернет в среда, отговаряща на качествените показатели, които е договорил с оторизираните си дистрибутори.

Неспазването от страна на дистрибутор на качествените показатели, определени от доставчика, му дава възможност да предяви претенции срещу този дистрибутор на основание на съществуващото между тези две страни договорно правоотношение. Липсата на договорно правоотношение между доставчика и платформите на трети лица обаче не му позволява на такова основание да изисква от тези платформи да спазват условията за качество, които е наложил на оторизираните си дистрибутори.

Съдът вземе предвид и факта, че тези платформи са канал за продажба на всякакви видове стоки. Фактът, че луксозните продукти не се продават чрез такива платформи и продажбата им в Интернет се осъществява единствено във виртуалните магазини на оторизираните дистрибутори, допринася за този луксозен имидж в представите на потребителите, а по този начин и за поддържането на една от главните характерни особености на тези търсени от потребителите продукти.



Тук е редно да разгледаме отношенията между продавачите и платформите за търговия. В най-често срещаните случаи:

- Платформите не закупуват продуктите на търговеца, за да ги препродават;
- Те не определят цената на търговеца;
- Не носят риск от стопанската дейност свързана с продажбата на стоките на търговеца;
- Тяхното възнаграждение се изчислява като комисионна изчислена въз основа на цената на продукта.

Скорошни антитръстови производства, проведени в различни държави, показваха, че голяма част от платформите използват клаузи за паритет между цените, на които търговеца продава на платформата и цените, на които продава чрез собствената си интернет страница, както и цените, на които продава, използвайки други платформи.

Клаузи, с които търговецът гарантира на платформата, че цената, на която ще продава ще бъде същата като тази на неговия уебсайт може да бъде сметена за оправдана, тъй като този ценови паритет е жизненоважен за съществуването на платформата.

От друга страна, платформите налагат клаузи, които изискват от търговеца цените му на платформата да бъдат равни на най-ниските цени, на които продава на други платформи. Това се оказва предизвикателство за конкуренцията. Това е обещание, че чрез платформа А стоките на търговеца ще се продават на най-ниски цени измежду всички останали платформи. Подобно поведение отслабва конкуренцията между платформите и води до повисоки цени. Отделно, съществува възможност да бъде ограничено навлизането на нови платформи на пазара. Няма стимул за новия участник (новонавлизащата на пазара платформа) да намали своята комисионна, т.к. цените му ще бъдат копирани от установените на пазара конкуренти. На практика, мрежа от подобни клаузи води до установяване на еднакви цени измежду платформите.

В тази връзка ЕК предприе законодателна инициатива за приемането на Регламент, целящ да регламентира отношенията между платформите и търговците. ЕК отчита значението на онлайн платформите за стопанската дейност и достъпа до стоки и услуги, които се разпростират от продажбите на стоки онлайн, до ползването на професионални услуги, превозни услуги или услуги за настаняване.

От друга страна, ЕК отбелязва, че голяма част от интернет трафика се генерира от интернет търсачките. Видимостта и разпознаваемостта на малкия бизнес зависи от неговото разположение в резултатите, показвани от интернет



търсачките – независимо дали това са търсачки на платформа или общи търсачки като тази на Гугъл. Мнозинството от фирми считат, че позицията която заемат в списъка с резултати от търсенето оказва значително въздействие върху обема на продажбите им.

В обхват на предложението за регламент попадат онлайн платформите и общи търсачки, които предлагат услуги на търговци установени на територията на ЕС, или които продават стоки и услуги на потребителите от ЕС. Обикновено платформите имат облигационни отношения с търговците, които предлагат своите продукти чрез тях от една страна и потребителите от друга. Макар че при общите търсачки не съществува подобен род облигационни отношения, те също попадат в обхвата на Регламента.

Извън обхвата на Регламента остават сделките по онлайн рекламите и разплащателните услуги когато не представляват сделка между търговец и потребител, както и платформите, които посредничат единствено между бизнес потребители.

Регламентът има за цел да осигури правна сигурност на ползвателите на платформите:

- Търговците трябва да бъдат информирани за правилата, според които ще се определя тяхното класиране в страниците с резултатите;
- Тази информация трябва да посочва и как търговците могат да влияят на резултатите при класирането, напр. чрез заплащането на допълнителна комисионна;
- Търговците трябва да бъдат информирани как платформата класира собствените си стоки в резултатите от търсенето и по какво се различава третирането на тези стоки със стоките на търговците;
- Информация за причините, поради които на търговците им е забранено да предлагат стоките и услугите си чрез други платформи на по-ниски цени;
- Платформите ще бъдат задължени да представят информация относно условията, при които могат да спрат или прекратят достъпа до платформата. Ще бъдат задължени да обосновават това свое решение;
- Регламентът предвижда мерки за въвеждането на бърз и ефективен механизъм за доброволно уреждане на споровете, възникнали между търговци и платформата;
- Регламентът предвижда възможност за търговците да бъдат представлявани от сдружения или организации, които подават съдебни иски срещу платформите или интернет търсачките в случаите, когато поведението им нарушава разпоредбите на регламента.



Очакваният резултат от прилагането на Регламента е ползвателите на платформи да получат по-голяма правна сигурност, което да доведе до навлизането на повече търговци на платформите, и по този начин да се осигури по-голямо разнообразие от стоки и услуги за крайния потребител.

Предвижда се създаването на Европейска обсерватория за икономиката на онлайн платформите, съставена от независими експерти и служители на ЕК. Целта на Обсерваторията е да следи развитието на онлайн платформите, да установява практики, които биха могли да имат отрицателен ефект върху пазара. По специално, Обсерваторията ще следи за използването на алгоритми, класиране на резултатите, достъпът до данни и др.

С цел защита интересите на потребителите при интернет пазаруването беше приет Регламент за преодоляване на необоснованото блокиране на географски принцип²⁰.

Блокирането по географски признак означава, че потребителите от една държава членка не могат да закупят онлайн стоки, които са предназначени за потребителите в друга държава членка. Достъпът до онлайн интерфейса на уебсайтове зависи от местонахождението на самите потребители. Най-често срещаният метод за блокиране е чрез пренасочване към национални интернет страници. В секторния анализ на ЕК от 2016 г.²¹ се наблюдава, че блокирането може да се осъществи и посредством отказ на доставка на стоки в зависимост от адреса на купувача или държавата, в която е издадена банковата карта.

Тези търговски практики изкуствено сегментират вътрешния пазар и възпрепятстват свободното движение на стоки и услуги, като по този начин ограничават и не позволяват на клиентите да се ползват от по-голям избор и оптимални условия. Според ЕК тези дискриминационни практики са важен фактор, допринасящ за относително ниското равнище на трансграничните сделки в Съюза, включително в сектора на електронната търговия, което пречи за оползотворяване на пълния потенциал за растеж на вътрешния пазар.

Редно е също да се отбележи, че в много случаи различното законодателство, съществуващата правна несигурност, свързаните рискове по отношение на приложимите закони за защита на потребителите, законодателството за опазване на околната среда или относно етикетването, проблемите с данъчното облагане, разходите за доставка или езиковите изисквания допринасят за нежеланието на търговците да имат търговски отношения с клиенти от други държави членки.

²⁰ Регламент (ЕС) 2018/302 на Европейския парламент и на Съвета от 28 февруари 2018 година за преодоляване на необоснованото блокиране на географски принцип и на други форми на дискриминация въз основа на националността, местопребиваването или мястото на установяване на клиентите в рамките на вътрешния пазар и за изменение на регламенти (ЕО) № 2006/2004 и (ЕС) 2017/2394 и Директива 2009/22/ЕО

²¹ Geo-blocking practices in e-commerce, SWD(2016)70



Целта на Регламента е да се предотврати дискриминацията въз основа на гражданство, местопребиваване или място на установяване на клиентите, включително необоснованото блокиране на географски принцип, при трансгранични сделки между търговец и клиент във връзка с продажбата на стоки и предоставянето на услуги в Съюза.

Регламентът обхваща три положения:

- Закупуване онлайн на стоки от търговец в друга държава членка, при условие че търговецът предлага доставка на стоките си на територията, на която се намира клиента;
- Услуги предоставени по електронен път – облачни услуги, хостинг услуги и др.;
- Услуги, които могат да бъдат поръчани по Интернет, но доставката им се извършва на място – напр. настаняване в хотели, спортни събития, автомобили под наем и билети за музикални фестивали или паркове за отдих.

Регламентът не се прилага по отношение на ситуации, които са чисто вътрешни за дадена държава членка, когато всички относими елементи на сделката са ограничени в рамките на една единствена държава членка.

Регламент не следва да се разбира и като възлагащ задължение за трансгранично доставяне на стоки в друга държава членка, в която търговецът иначе не би предложил възможност за такава доставка на клиентите си.

Регламентът не се прилага и по отношения на достъпа до произведения и творби, защитени от авторското право. Нормативната уредба не задължава доставчиците на онлайн услуги да предоставят на чуждестранните клиенти достъп до съдържание, съдържащо авторски права, което по-начало е било предназначено за местните клиенти. Тази разпоредба може да бъде преразгледана по време на прегледа, който е предвиден да бъде извършен на втората година от влизането в сила на Регламента.

Регламентът ще влезе в сила на 3 декември 2018 г.



Injunctive Relief for Holders of Standard Essential Patents (SEPs), Fair Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms and the Role of Standard Setting Organizations (SSO)

Amandine Leonard

1. Introduction

- Important of standardization in particular in the telecom industry
- Interoperability – compatibility and portability
- Part of Agenda of the Commission on the Digital Single Market
 - Digital Single Market:
https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en
 - ICT and Standardisation:
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/standardisation>
 - Standards:
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/standards-digitising-european-industry>
 - Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – ICT Standardisation Priorities for the Digital Single Market (19 April 2016)
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-ict-standardisation-priorities-digital-single-market>

2. Competition Law Concerns and Standard Essential Patents (SEPs)



Growth in the number of technology patent (ICT); e.g. in the mobile telephony sector, approximately 100 essential 'first generation' GSM patents initially existed, but that number rose to 1,000 3G/UMTS patents and over 1,500 4G/LTE essential patents. The number of essential CD patents was approximately 100, while for DVD technology that number was approximately 400, and 2,000 for Blu-ray.

The standardization-body ETSI has registered more than 150,000 declarations of SEPs from companies, and ETSI is just one of many bodies in the world of ICT standardization. For the 3G standard, the same body has about 24,000 patents that have been declared essential. Now, with the economy yet again on the threshold of big technological change, a trusted and credible system for creators and users of technology to standardize proprietary technology would be a boon for innovation, interoperability and – ultimately – the consumers.

The picture that emerges is that there are now more possibilities to use intellectual property rights strategically than there were twenty years ago, and this phenomenon has increased the potential to restrict competition.

3. Risks Associated With

- Patent hold-up and rent-seeking (but also questions of patent hold-out)
- Patent Ambush - Case [COMP/38.636 Rambus](#) (2009)
 - The Commission sent Rambus a statement of objections alleging that it had infringed Article 102 TFEU by abusing a dominant position in the market for Dynamic Random Access Memory (DRAM). The Commission considered that Rambus had engaged in a “patent ambush” by intentionally concealing during the formation of the standard that it held patents and patent applications which were relevant to technologies used standard that was elaborated within JEDEC (the SSO in question), and subsequently claiming royalties for those patents.
- Enforcement of IPR (+ request for injunctive relief)

4. Ex Ante Solution? Role of SSOs/SDOs

Standard Setting Organisations (SSOs) patent policy

- Declaration of **essentiality** of patents by right holders who participate in the development of a standard at SSOs



- Advantage: increase transparency
- **(F)RAND** or RF (royalty-free) declaration
 - A right holder, member of a SSO, must promise, in advance, that it will license its SEPs to all third parties, on FRAND or RF terms

Example: ETSI IPR Policy. Available at: <https://www.etsi.org/about/how-we-work/intellectual-property-rights-iprs>

5. Ex Post Solution? Role of Courts

Judicial control on:

- *Essentiality* – It is only a declaration from the right holders, SSOs do not verify if the patents are actually essential to a standard
- *Validity of patents*
- *Extent and impact of the promise to license FRAND in case of litigation*

Anticompetitive concerns regarding the enforcement of IPR in this context: Issue when a right holder *pledged to license FRAND but request and injunction* before a court. The problem is essentially that the right holder, due to the fact that it holds a SEP, may be in a position to use the “threat of injunction” in an anticompetitive manner. This particular scenario leads to risk of “hold-up” due to the fact that alleged infringers are in a so-called “lock-in” position. They cannot avoid licensing the technology covered by the SEP if they want to be active on the market.

A defendant, accused of patent infringement, may raise as a defence in litigation, that a SEP holder (in a dominant position) who promised to license FRAND but nonetheless brought an action before a court to obtain an injunction (and/or recall of products) abuses his dominant position.

6. When? Evolution of the Case Law

6.1. First Phase: National Cases

- *Orange Book Standard* (Federal Court of Justice of Germany, 2009, Case KZR 39/06). Decision in German available here: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=acea256584d0e420272381a9d0c7a57a&nr=48134&pos=0&anz=1>



→ Burdensome requirements on the defendants

6.2. Second Phase: Commission's Decisions

- *Samsung* – Enforcement of UMTS standard essential patents [COMP/39.939](#)
 - Commitments Decision 29.04.2014.
- *Motorola* – Enforcement of GPRS standard essential patents [COMP/39.985](#)
 - Prohibition decision, 29.04.2014.

→ Burdensome requirements on right holders

→ Seeking injunctive relief by a SEP holder may be an abuse of dominant position, unless the right holder can show that the infringer is behaving like an “unwilling licensee”.

6.3. Third Phase: Decision of the Court of Justice

- Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 16 July 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, Case [C-170/13](#).

Preliminary question (essentially) to be answered by the Court: *in what circumstances the bringing of an action for infringement, by an undertaking in a dominant position and holding an SEP, which has given an undertaking to the standardisation body to grant licences to third parties on FRAND terms, seeking an injunction prohibiting the infringement of that SEP or seeking the recall of products for the manufacture of which the SEP has been used, is to be regarded as constituting an abuse contrary to Article 102 TFEU.*

Prerequisite: “exceptional circumstances”

- Indispensability of the SEP to compete on the downstream product market; and
- The FRAND commitment given to the SDO

Answer: The Court (at 60-68 of the decision) found that a SEP holder, who is in a dominant position, **will not infringe** article 102 TFEU by seeking injunctive relief in respect of the alleged infringement of an SEP as long as the following steps of negotiation are respected between the parties:



- (1) The right holder must first **alert**²² the alleged infringer of the infringement complained about, before bringing an action for a prohibitory injunction (or for the recall of products);
- (2) After the alleged infringer has expressed its **willingness** to license on FRAND terms, the right holder must make a **FRAND offer**²³;
- (3) The alleged infringer must diligently, and without engaging in delaying tactics, respond to the offer (i.e. accept the offer or submit a **FRAND counter-offer**)²⁴;
- (4) If the counter-offer is refused by the SEP holder and that the alleged infringer is already using the teachings of the SEP (i.e. without a license), he must provide appropriate **security** in accordance with recognized practices in the field (e.g. bank guarantee or deposit)²⁵.

If no agreement is reached between the parties, they may request that the amount of the FRAND licensing royalties be determined by an **independent third party**.

→ Balanced approach between right holders and alleged infringers

6.4. Phase four: Application of Huawei v. ZTE at National Level

See in particular:

- *Unwired Planet v. Huawei* [\[2017\] EWHC 711 \(Pat\)](#) and [\[2017\] EWHC 1304 \(Pat\)](#)
- For other national decisions (German, Italian, English, Romanian, French and Dutch courts decisions) see: 4ip Council – Case Law post CJEU ruling *Huawei v ZTE* Available at: <https://caselaw.4ipcouncil.com>

²² The notice of infringement must at least designate the allegedly infringed SEP and specify the way in which it has been infringed (at 61).

²³ The offer must specify, in particular, the amount of the royalty and the way in which that royalty has been calculated (at 63).

²⁴ at 65-66.

²⁵ at 67.



REMARK:

- Methodology of 102 TFEU – Antitrust defense in case of SEPs and promise to license FRAND
- Prerequisite: ‘exceptional circumstances’
 - a) Dominant position? Not automatic **even if** SEPs
 - b) Definition of potentially affected market? Difficulty of definition for market for technology – SEPs = potentially very limited market
 - c) Abuse/ harm to effective competition? Case-by-case assessment – importance of **discrimination**²⁶ between licensees and/or access to market due to SEPs
 - d) Sanction? Compulsory license on **FRAND terms**

Other documents:

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – *Setting out the EU approach to Standard Essential Patents* ([Nov. 2017](#))
- Generally on the enforcement of IPRs: *Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights* ([COM\(2017\)708](#))
- On Patent Assertion Entities (PAEs) and SEPs: JRC Science for Policy Report: *Patent Assertion Entities in Europe: Their impact on innovation and knowledge transfer in ICT market* (2016). Available at: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/patent-assertion-entities-europe-their-impact-innovation-and-knowledge-transfer-ict-markets>
- Commission’s Press Release on transferability of the commitment to license FRAND ([MEMO/09/549](#)).

²⁶ See also: Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 April 2018, *MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, [Case C-525/16](#).



Съдебни дела и аспекти на цифровите монополи

Димитър Илиев

1. Преписка на ЕК COMP/39.530 Microsoft (Tying)²⁷

Производството пред ЕК е било образувано по повод на това, че Майкрософт винаги е продавало операционната си система за компютри в пакет с разработения от него браузър Internet explorer.

Подобни практики, често срещани както в рамките на цифровите пазари, така и извън тях, са известни като стратегия на обвързване и пакетиране. *Обвързването* обикновено се отнася до ситуации, в които клиентите, които купуват един продукт (*обвързващия продукт*), са задължени също да закупят и друг продукт (*обвързания продукт*) от предприятието с господстващо положение. Обвързването може да бъде осъществено на *техническа* (физическо интегриране и/или предназначение за съвместна употреба) или *договорна* база. Терминът *пакетиране* реферира към начина, по който продуктите се предлагат на пазара (включително и към цената, която е пакетна) от страна на предприятие с господстващо положение.

Подобно на практиката по офанзивен левъридж, тази на обвързване и пакетиране в цифровите пазари, има за цел установяване на господстващо положение (и съответно облагодетелстване) на свързан пазар. От икономическа гледна точка тези два типа на поведение се разглеждат като една единствена търговска практика.

По смисъла на чл. 102 от ДФЕС обвързаните продажби са забранени, когато са налице следните условия:

- два различни продуктови пазара: обвързващ и обвързан продукт;
- предприятието има господстващо положение на пазара с обвързващия продукт;
- потребителите не могат да закупят обвързващия продукт, без да закупят обвързания;

²⁷ Преписката на ЕК е достъпна на http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39530



- обвързваната продажба на двата продукта предотвратява навлизането на нови участници на пазара.

В хода на производството ЕК приема, че операционната система Windows и браузърът Internet explorer представляват два отделни продукта. ЕК установява, че Майкрософт има господстващо положение на пазара на операционни системи и че производителите на компютри и клиентите не могат да получат нито технически, нито законово, операционната система на Windows, без да бъде включен и Internet explorer. Според ЕК ефектът на затваряне на пазара на търговия с браузъри се постига от това, че разработчиците на интернет приложения и софтуер биват стимулирани, чрез възприетата от Майкрософт практика, да адаптират своите продукти към Internet explorer. По този начин потенциалният брой на потребителите на техните разработки е равен на броя на клиентите на Майкрософт, закупуващи неговата операционна система.

Производството приключва с поемането на ангажименти от страна на Майкрософт, чрез които се осигуряват условия за безпристрастен избор на потребителите между Internet explorer и други конкурентни браузъри.

Поетите задължения не биват спазени, поради което ЕК налага на Майкрософт имуществена санкция в размер на 561 млн.евро, равняващи се на 1.02% от оборота на дружеството за периода от юли 2011 до юни 2012 г.

2. Преписка на ЕК АТ.39740 — Google Search (Пазаруване)²⁸

На 27 юни 2017 г. ЕК постанови решение, в което установява, че по-благоприятното позициониране и показване от страна на Google на собствената му услуга за сравняване на условията за пазаруване при показване на резултати от обикновено търсене в Интернет спрямо конкурентните услуги за сравняване на условията за пазаруване нарушава член 102 от ДФЕС.

В хода на производството ЕК определя два отделни продуктови пазара:

- пазар на услуги за обикновено търсене в интернет;
- пазар на услуги за сравняване на условията за пазаруване.

Според ЕК злоупотребата се изразява в това, че Гугъл намалява трафика към конкурентните услуги за сравняване на условията за пазаруване от страниците с резултати от обикновено търсене в Google и увеличава трафика

²⁸ Преписката е достъпна на:

http://ec.europa.eu/competition/ejojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740



към собствените си услуги за сравняване на условията за пазаруване от страниците с резултати от обикновено търсене в Google.

В решението на ЕК се установява, че специални алгоритми правят възможно конкурентните на Гугъл услуги за сравняване на условията на пазаруване да бъдат класирани по-назад на страниците на Google с резултати от обикновено търсене, което оказва влияние върху тяхната видимост за потребителите.

В решението се стига до заключението, че общият трафик на търсене от страниците на Google с резултати от обикновено търсене, т.е. източникът на трафик, отклонен от конкурентните услуги за сравняване на условията на пазаруване, представлява голям процент от трафика към тези услуги.

Поради тези причини, ЕК налага имуществена санкция в размер 2,424 млн. евро.

3. Преписка на ЕК 40099 относно установяването на злоупотреба от страна на Гугъл при използването на операционната система Андроид за мобилни телефони²⁹

Android е операционна система за мобилни устройства. Производителите на мобилни устройства могат да закупят лиценз за Android, за да могат техните устройства да работят със системата.

В хода на производството ЕК е установила, че Гугъл е злоупотребило с господстващото си положение като е изисквало от производителите на мобилни устройства да инсталират предварително неговия браузър Chrome и неговото приложение за търсене Google Search, като условие да получат лиценз да използват магазина за приложения на Гугъл Play Store. Освен това, ЕК е установила, че в Play Store се предлагат повече от 90% от приложенията, изтегляни върху устройствата с Андроид. Според производителите на мобилни устройства Play Store е приложение, „без което не може“, тъй като потребителите очакват то да бъде предварително инсталирано на техните устройства (например защото не могат да го изтеглят сами по законен начин). Обвързването на Play Store с приложението за търсене Google и браузъра Chrome прави невъзможно производителите на мобилни устройства да инсталират само някои от тези приложения. ЕК е на мнение, че потребителите, които намерят на своите устройства предварително инсталирани браузъри и приложения за търсене, има вероятност да продължат да ги използват, а това

²⁹ Преписката е достъпна на:

http://ec.europa.eu/competition/ejojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099



ограничава възможностите за ефективна конкуренцията от страна на конкурентите на Гугъл.

На следващо място, ЕК е установила, че са били извършени плащания до определени големи производители и оператори на мобилни мрежи, при условие че инсталират предварително и ексклузивно приложението Google Search на своите устройства. Комисията идентифицира, че конкурентните търсачки са били неспособни да компенсират производител на устройства или оператор на мобилни мрежи за загубата на приходи от Гугъл и същевременно да реализират печалби. Това е така, защото дори ако конкурентната търсачка е била предварително инсталирана само на някои устройства, тя е щяла да дължи компенсации на производителя или оператора за загуба на приходи от Гугъл за всички устройства.

В хода на проучването, ЕК установява също така, че е налице била налице обективна невъзможност пред производителите, желаещи да инсталират предварително приложения на Google, да продават мобилни устройства, работещи с алтернативни версии на Android, които не са одобрени от Google (т.нар. „форкове на Android“). По този начин Гугъл е блокирало важна възможност за въвеждане на приложения и услуги от страна на неговите конкуренти, в частност услугите за общо търсене, които биха могли да бъдат предварително инсталирани на форкове на Android. Според ЕК това е ограничило достъпа на потребителите до иновации и мобилни устройства, работещи с алтернативни версии на операционната система на Android.

С оглед на установените нарушения, ЕК налага на Гугъл имуществена санкция в размер на 4, 342 млн. евро.



Open Innovation and Related Agreements

Arina Gorbatyuk

1. Introduction

Open innovation (OI) has gained significant popularity in recent decades. It refers to a model for innovation whereby entities increasingly rely on external knowledge and external partners throughout the innovation process. This model has been embraced by numerous companies, universities and research institutions. Its relevance has also been recognized by public institutions.

This paper aims at providing a better understanding of the concept of OI and deliberates upon the main points that have been addressed by the author during her presentation given in the framework of the training event 'Intellectual Property Ownership as a Determinant Factor in Legal Competitive Assessments' of the CONSTANT project.

2. The Concept of Open Innovation

In 2003, Henry Chesbrough introduced the notion of OI and became internationally renowned through his book '*Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*'.³⁰ He argued that in the 20th century public and private entities increasingly shifted from a closed innovation (CI) model to an OI model, in which entities rely on external partners and use external knowledge throughout the innovation process.³¹ In his book Chesbrough defines OI "as a paradigm that assumes that firms can and should use external ideas as well as internal ideas, and internal and external paths to market, as firms look to advance their technology".³²

³⁰ Chesbrough, H. W. (2003). *Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology*. Boston, Harvard Business School Press.

³¹ *Ibid.*, p. xxii.

³² *Ibid.*, p. xxiv.



The basic precondition of OI model is “opening up innovation process”.³³ OI is ‘open’ because the stakeholders are ‘open’ to collaborate with external partners and use external knowledge and/or share their knowledge. Access to knowledge for all interested stakeholders or access free of charge is not the central focus of OI. Such practices as open source and open patent fall within the notion of OI but are not sole OI practices. Both pecuniary and non-pecuniary modes of knowledge exchange that transcend the firm’s boundaries falls within the OI concept. In particular, in 2014 Chesbrough and Bogers specified in the newer definition that OI is “a distributed innovation process based on purposively managed knowledge flows across organizational boundaries, using pecuniary and non-pecuniary mechanisms in line with their organization’s business model”.³⁴

Originally Chesbrough explained the OI model by comparing it to the CI model. The CI model is pictured as an opposite model and a predecessor of OI. Through comparing the two model, Chesbrough could describe the underlying principles and goals of organizations that applied a more “closed” or “open” approach to the innovation processes. In his first book Chesbrough suggested that there were six main contrasting principles of CI and OI.³⁵ First, he specified that CI-minded organizations assumed that “smart people in the field work for” them, whereas OI-minded organizations focused on working with “smart people” both from the inside and outside of the organizations. Second, according to the CI model in order to “profit from R&D” one “must discover it, develop it and ship it ourselves”. The OI model, on the contrary, focuses not only on internal R&D but also on the creation of value using external R&D. Third, CI-minded organizations focus on innovating themselves in order to bring new discoveries to the market first, whereas OI-minded organizations do not “have to originate the research to profit from it”. Fourth, OI-minded organizations focus on establishing a better business model rather than getting to the marker first. Fifth, according to the CI model, organizations which “create the most and the best ideas in the industry” win. The OI model, on the contrary, focuses on making “the best use of internal and external ideas”. Finally, and most importantly, CI-minded organizations use their IP rights (IPRs) to exclude others and to prevent competitors from profiting from their ideas. OI-minded organizations, however, see their IP as an asset that may help them generate profit by giving access to it to other organizations, e.g. through providing a license. Similarly, OI-minded organizations can benefit from obtaining access to IP of other companies and, for instance, diminish R&D costs.³⁶

³³ Huizingh, E. K. R. E. (2011). "Open innovation: State of the art and future perspectives." *Technovation* 31(1): 2-9., p. 2.

³⁴ Chesbrough, H. and M. Bogers (2014). *Explicating open innovation: Clarifying an emerging paradigm for understanding innovation*. New Frontiers in Open Innovation. Oxford: Oxford University Press, Forthcoming, Oxford University Press: 3-28., p. 3.

³⁵ Chesbrough (2003), p. xxvi.

³⁶ *Ibid.*, p. xxvi.



In reality, the distinction between CI and OI cannot be made as firmly as Chesbrough suggested. The shift from the CI model to the OI model has been gradual and influenced by several factors, such as:

- the process of globalization³⁷;
- the increase of R&D costs and risks;
- the shortening of innovation cycle³⁸;
- the increase of complexity of new technologies³⁹ and technology fusion⁴⁰.

Thus, these factors influenced the stakeholders to open up their innovation strategies and consider integrating knowledge developed by other organizations into their innovation processes.

3. Open Innovation Processes and Related Agreements

Organizations can benefit from OI by engaging in three different types of processes:

- the inside-out OI processes;
- the outside-in OI processes;
- the coupled OI processes.⁴¹

The inside-out OI process - The *inside-out OI process* allows organizations to earn “profits by bringing ideas to market, selling IP, and multiplying technology by transferring ideas to the external environment”.⁴² Organizations interested in sharing their knowledge and technologies with third parties may be driven by different motives which affect the choice of a particular type of inside-out OI practice. In particular, such organization may be interested in:

- generating economic value from developed knowledge (e.g. receive licensing fees);

³⁷ Gassmann, O. (2006). "Opening up the innovation process: towards an agenda." R&D Management 36(3): 223-228., p. 223.

³⁸ Bader, M. A. (2006). Intellectual Property Management in R&D Collaborations. Heidelberg, Physica-Verlag., p. 2.

³⁹ Gassmann (2006), p. 223.

⁴⁰ Ibid., p. 224.

⁴¹ Gassmann, O. and E. Enkel (2004). "Towards a theory of open innovation: three core process archetypes." R&D management conference 6., p. 6.

⁴² Enkel, E., O. Gassmann and H. Chesbrough (2009). "Open R&D and open innovation: exploring the phenomenon." R&D Management 39(4): 311-316., p. 312.



- avoiding investing in developing the final product or service;
- recouping R&D investments and investing the obtained funds in other R&D projects.

Organizations may share their knowledge with third parties by concluding the following agreements:

- licensing agreements;
- assignment agreements;
- contract research agreements; or
- service agreements.⁴³

By establishing a *licensing agreement* an organization temporarily gives access to its IP protected (*existing*) knowledge on specified terms, e.g. time, territory, exclusivity. In return for such access the licensor generally requires the licensee to pay, for instance, licensing fees or royalties.

Through an *assignment agreement* an organization sells its IP protected knowledge to an external party for a fee and in return transfers its ownership rights. The assignor, however, can also transfer only a particular number of shares of IP protected knowledge, which makes an assignor and an assignee co-ownership of knowledge at stake.

Through establishing a *contract research agreement* an organization can develop particular (*new*) knowledge using its internal knowledge or expertise for an external party. The contractor then receives financial remuneration for the conducted research.⁴⁴ Similarly, an organization can provide *services* for a financial remuneration, e.g. testing particular knowledge, using internal knowledge, expertise or facilities which an external organization may not have in-house.

The outside-in OI process - To enrich their internal knowledge, organizations can also engage in outside-in OI strategies. By engaging in outside-in OI processes organizations can use external knowledge⁴⁵ instead of developing it internally. Outside-in OI processes are closely linked to inside-out OI processes. In fact, what is an inside-out agreement for one contracting party is an outside-in agreement for the other party.⁴⁶

Organizations may be interested in engaging in outside-in OI processes to:

⁴³ The list provided is not exhaustive.

⁴⁴ Pagenberg, J. and D. Beier (2008). License agreements. Patents, utility models, know-how, computer software. Cologne, Carl Heymanns Verlag., p. 521.

⁴⁵ Enkel, E., O. Gassmann and H. Chesbrough (2009), p. 312.

⁴⁶ Chesbrough, H. and A. K. Crowther (2006). "Beyond high tech: early adopters of open innovation in other industries." Ibid. 36(3): 229-236.



- get access to required knowledge;
- increase their internal innovativeness⁴⁷;
- reduce risks, costs and time spent on internal R&D.

In essence, the agreements through which outside-in OI processes can be established are identical to outside-in OI processes, the roles, however, are reversed. In particular, if an organization is interested in licensing-out its technology, in other words engage in inside-out OI activity, another organization should be willing to license-in the technology, thus, engage in outside-in OI activity. Thus, the organization, engaging in inside-out OI activity, is either interested in getting access to *existing* knowledge through conducting, for instance, a *licensing* or *assignment agreement*, or *new* knowledge through a *contract research agreement*.

The coupled OI process – Organizations can also combine inside-out and outside-in OI activities and engage in a couple OI process.⁴⁸ This process involves the mutual exchange of knowledge and an element of co-creation with complementary partners through establishing R&D partnerships.

Through engaging in coupled OI processes organizations can:

- access necessary resources (e.g. knowledge, financial, labour resources)⁴⁹;
- spread R&D costs and share risks of an R&D project failure⁵⁰;
- reduce the lifecycle of R&D;
- expand their market⁵¹.

From a legal perspective parties typically engage in coupled OI activities through establishing three types of agreements:

- R&D joint venture (JV) agreement;
- R&D collaboration agreement;

⁴⁷ Enkel, E., O. Gassmann and H. Chesbrough (2009), p. 312; Laursen, K. and A. J. Salter (2013). "The paradox of openness: Appropriability, external search and collaboration." *Research Policy* 43(5): 867-878.

⁴⁸ Enkel, E., O. Gassmann and H. Chesbrough (2009), p. 313.

⁴⁹ Miotti, L. and F. Sachwald (2003). "Co-operative R&D: why and with whom?: An integrated framework of analysis." *Research Policy* 32(8): 1481-1499., p. 1483.

⁵⁰ Hagedoorn, J. (1993). "Understanding the rationale of strategic technology partnering: Interorganizational modes of cooperation and sectoral differences." *Strategic Management Journal* 14(5): 371-385, *ibid.*, p. 379; Faems, D., B. Van Looy and K. Debackere (2005). "Interorganizational Collaboration and Innovation: Toward a Portfolio Approach." *Journal of Product Innovation Management* 22(3): 238-250., p. 240; Belderbos, R., M. Carree and B. Lokshin (2004). "Cooperative R&D and firm performance." *Research Policy* 33(10): 1477-1492., p. 1479; Alexy, O., P. Criscuolo and A. Salter (2009). "Does IP strategy have to cripple open innovation?" *MIT Sloan Management Review* 51(1): 71., p. 76.

⁵¹ Hagedoorn, J. (2002). "Inter-firm R&D partnerships: an overview of major trends and patterns since 1960." *Research Policy* 31(4): 477-492, *ibid.*, p. 485.



- R&D consortium agreement.⁵²

Under an *R&D JV agreement* several parties, remaining independent, form a separate new joint undertaking, of which the management is often done jointly. JVs are considered to be one of “the older modes of inter-firm partnering”,⁵³ that are, however, gradually becoming less popular than other forms of partnering nowadays.⁵⁴

An *R&D collaboration agreement* involves multiple partners, working together on a particular research project and aiming at the joint development of new knowledge or improvement of existing. Both parties will normally be initiators of the related R&D activity and engage in the process of knowledge creation and contribute their financial and knowledge assets.

Finally, R&D consortium agreements are project management and collaboration agreements for a large consortium of partners. Parties often come from different sectors (private and public). Consortium agreements tend to be increasingly supported by large national or European public funding initiatives (e.g. FP 7, Horizon 2020). Funding programs often provide parties with a model framework contract that offers a useful tool for balancing the interests of numerous actors. Generally, during the life-span of a consortium partners will also conclude separate R&D collaboration agreements to work on specific R&D projects within the framework of a consortium.⁵⁵

4. The Role of Intellectual Property in Open Innovation

In essence, IP protection⁵⁶ gives the owner the possibility to safeguard his/her knowledge from unauthorized use by third parties. These guarantees are very important when it comes to engagement in OI activities. IP protection makes the knowledge valuable, since no one else can exploit it without owner’s consent, and, thus, enables its owner to request financial remuneration for obtaining access to it. On the other hand, the organization (the owner of IP) that decides to give access to its knowledge needs to be sure that it will not be shared with other parties than the authorized ones. If the organization does not have these guarantees it will most likely

⁵² The list provided is not exhaustive.

⁵³ Hagedoorn, J. (2002), p. 487.

⁵⁴ Ibid., p. 487.

⁵⁵ The section is based on Gorbatyuk, A., G. Van Overwalle and E. van Zimmeren (2016). "Intellectual Property Ownership in Coupled Open Innovation Processes." IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law 47(3): 262-302., p. 289.

⁵⁶ OI generally focuses on technological innovation. Hence, developed knowledge is mostly protected through patent and/or trade secret protection. Other forms of IP protection are also applicable, for instance, copyright protection (e.g. to protect software) but to a lesser extent.



not engage in OI activities with external parties. Thus, IP protection is seen as “an enabling mechanism” “to promote the open exchange of innovation inputs”.⁵⁷

Effective IP protection, however, allows the owners to exchange knowledge with other actors without the risk of losing control. Thus, an owner of IP protected knowledge is the main actor in OI. The owner has the right to establish inside-out OI agreements, e.g. license its knowledge to other organizations, transfer it to another organization or establish a spin-off.⁵⁸ Moreover, the owner can engage in coupled OI process and contribute its knowledge to an R&D partnership.⁵⁹

5. Concluding Remarks

In this paper the basics of the OI concept have been discussed. The close attention was paid to OI processes and the agreements through which those processes can be established. Negotiating OI agreements may not be an easy task. Organizations may have different interests which need to be carefully considered and balanced to realize a successful and fruitful OI activity. Moreover, with the rapid development of competition law, organizations not only need to balance their interests but also consider restriction of competition law. In the paper ‘Open Innovation and EU Competition Law’ it is reviewed how organizations can ensure that their OI agreements are in line with EU competition law.

Bibliography

- Alexy, O., P. Criscuolo and A. Salterm (2009). "Does IP strategy have to cripple open innovation?" MIT Sloan Management Review 51(1): 71.
- Bader, M. A. (2006). Intellectual Property Management in R&D Collaborations. Heidelberg, Physica-Verlag.
- Belderbos, R., M. Carree and B. Lokshin (2004). "Cooperative R&D and firm performance." Research Policy 33(10): 1477-1492.
- Chesbrough, H. and M. Bogers (2014). Explicating open innovation: Clarifying an emerging paradigm for understanding innovation. New Frontiers in Open Innovation. Oxford: Oxford University Press, Forthcoming, Oxford University Press: 3-28.

⁵⁷ Chesbrough, H. W., W. Vanhaverbeke and J. West (2014). New Frontiers in Open Innovation edited by Henry Chesbrough, Wim Vanhaverbeke, and Joel West, Oxford Oxford University Press 2014., p. 191.

⁵⁸ Article 28(2) of the Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights 1994 (TRIPS).

⁵⁹ It must be noted that often the holder of an exclusive license has broad exploitation rights and has the right to sublicense and, thus, could be considered an important OI actor along with the owner.



- Chesbrough, H. and A. K. Crowther (2006). "Beyond high tech: early adopters of open innovation in other industries." *R&D Management* 36(3): 229-236.
- Chesbrough, H. W. (2003). *Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology*. Boston, Harvard Business School Press.
- Enkel, E., O. Gassmann and H. Chesbrough (2009). "Open R&D and open innovation: exploring the phenomenon." *R&D Management* 39(4): 311-316.
- Faems, D., B. Van Looy and K. Debackere (2005). "Interorganizational Collaboration and Innovation: Toward a Portfolio Approach." *Journal of Product Innovation Management* 22(3): 238-250.
- Gassmann, O. (2006). "Opening up the innovation process: towards an agenda." *R&D Management* 36(3): 223-228.
- Gassmann, O. and E. Enkel (2004). "Towards a theory of open innovation: three core process archetypes." *R&D management conference* 6.
- Gorbatyuk, A., G. Van Overwalle and E. van Zimmeren (2016). "Intellectual Property Ownership in Coupled Open Innovation Processes." *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 47(3): 262-302.
- Hagedoorn, J. (1993). "Understanding the rationale of strategic technology partnering: Interorganizational modes of cooperation and sectoral differences." *Strategic Management Journal* 14(5): 371-385.
- Hagedoorn, J. (2002). "Inter-firm R&D partnerships: an overview of major trends and patterns since 1960." *Research Policy* 31(4): 477-492.
- Huizingh, E. K. R. E. (2011). "Open innovation: State of the art and future perspectives." *Technovation* 31(1): 2-9.
- Laursen, K. and A. J. Salter (2013). "The paradox of openness: Appropriability, external search and collaboration." *Research Policy* 43(5): 867-878.
- Miotti, L. and F. Sachwald (2003). "Co-operative R&D: why and with whom?: An integrated framework of analysis." *Research Policy* 32(8): 1481-1499.
- Pagenberg, J. and D. Beier (2008). *License agreements. Patents, utility models, know-how, computer software*. Cologne, Carl Heymanns Verlag.



Open Innovation and EU Competition Law

Arina Gorbatyuk

1. Introduction

Organizations, when establishing open innovation (OI) agreements,⁶⁰ should not only safeguard that the negotiated contractual arrangements satisfy their business interests but also ensure that they comply with EU competition law. Fortunately, the European Commission shed some light in the applicability of Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to some types of OI agreements through providing organizations with several block exemption regulations. The scope of those regulations is the main subject of this paper.

2. Article 101 TFEU

Article 101 of the TFEU aims at protecting competition on the market and promote consumer welfare. Article 101(1) prohibits all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market. Such agreements are automatically void according to Article 101(2) of the TFEU. However, Article 101(3) of the TFEU suggests that the prohibition specified in Article 101(1) may be declared inapplicable when agreements between undertakings contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit.

3. OI agreements and EU Competition Law

⁶⁰ Those agreements are discussed in detail in the paper 'Open Innovation and Related Agreements'.



As it was mentioned in the paper ‘Open Innovation and Related Agreements’ organizations tend to engage in OI activities through three types of processes: inside-out, outside-in and coupled OI processes. Inside-out and outside-in processes are generally established through licensing or assignment agreements, whereas coupled OI is established through R&D joint venture, R&D collaboration, R&D consortium agreements.⁶¹

These agreements may in some cases violate provisions of EU competition law, in particular Article 101(1). To shed more light in the applicability of Article 101(1) of the TFEU to those agreements, the European Commission provided organizations, interested in engaging in OI activities, with two important block exemptions:

- Regulation 316/2014 on the application of Article 101(3) of the TFEU to categories of technology transfer agreements⁶² (TT Block Exemption);
- Regulation 1217/2010 on the application of Article 101(3) of the TFEU to categories of research and development agreements⁶³ (R&D Block Exemption).

The European Commission provided these Regulations since in principle these agreements are beneficial for the consumers. In particular, the European Commission is of the view that technology transfer agreements “will usually improve economic efficiency and be pro-competitive as they can reduce duplication of research and development, strengthen the incentive for the initial research and development, spur incremental innovation, facilitate diffusion and generate product market competition”.⁶⁴ Furthermore, according to the Recital 10 of the R&D Block Exemptions, “consumers can generally be expected to benefit from the increased volume and effectiveness of research and development through the introduction of new or improved products or services, a quicker launch of those products or services, or the reduction of prices brought about by new or improved technologies or processes”.

In addition, there are other types of agreements, which are not directly linked to OI but may still be related to intellectual property (IP). For instance, access to IP may be relevant for joint production, subcontracting, distribution or franchising agreements. These agreements are subject to two other important block exemption regulations:

⁶¹ The list of agreements specified is not exhaustive.

⁶² Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, OJ L 93, 28.3.2014, p. 17–23.

⁶³ Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements, OJ L 335, 18.12.2010, p. 36–42.

⁶⁴ Recital 4 of the TT Block Exemption.



- Regulation 1218/2010 on the application of Article 101(3) of the TFEU to certain categories of specialization agreements⁶⁵ (Specialization Block Exemption);
- Regulation 330/2010 on the application of Article 101(3) of the TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices⁶⁶ (Vertical Restraints Block Exemption).

Similarly, the European Commission was of the view that these agreements, when in line with the provided block exemptions, may be beneficial for the consumers. In particular, specialization agreements “are most likely to contribute to improving the production or distribution of goods if the parties have complementary skills, assets or activities, because they can concentrate on the manufacture of certain products and thus operate more efficiently and supply the products more cheaply”.⁶⁷ Thus, consumers can “receive a fair share of the resulting benefits”.⁶⁸ As for the vertical agreements, “certain types of vertical agreements can improve economic efficiency within a chain of production or distribution by facilitating better coordination between the participating undertakings”; “they can lead to a reduction in the transaction and distribution costs of the parties and to an optimisation of their sales and investment level”.⁶⁹

Since OI agreements are the main focus of this paper, provisions of the TT Block Exemption and the R&D Block Exemption will be further elaborated upon in detail.⁷⁰

4. TT Block Exemption

Scope of technology transfer agreements

⁶⁵ Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements, OJ L 335, 18.12.2010, p. 43–47.

⁶⁶ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010, p. 1–7.

⁶⁷ Recital 6 of the Specialization Block Exemption.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Recital 6 of the Vertical Block Exemption.

⁷⁰ For more information on Specialization Block Exemption consult: Communication from the Commission — Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, 14.1.2011, p. 1–72; Davis, R., B. Longstaff, A. Roughton, T. St. Quintin and G. Tritton (2014). Tritton on Intellectual property in Europe, London : Sweet and Maxwell., p. 1504; Turner, J. D. C. (2015). Intellectual Property and EU Competition Law, Oxford University Press., p. 308. For more information on Vertical Restraints Block Exemption consult: Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 130, 19.5.2010, p. 1–46.



According to Article 1(1)(c) of the TT Block Exemption, technology transfer agreements are:

- technology rights *licensing agreements* entered into between **two** undertakings for the purpose of the production of contract products by the licensee and/or its sub-contractor(s);
- an *assignment* of technology rights between **two** undertakings for the purpose of the production of contract products where *part of the risk* associated with the exploitation of the technology remains with the assignor.⁷¹

The TT Block Exemption is only applicable to bilateral agreements, multilateral agreements, e.g. patent pools, fall outside the scope of this Regulation and would require individual assessment.⁷²

Furthermore, the TT Block Exemption does not apply to licensing arrangements which fall within the scope of the R&D Block Exemption, the Specialization Block Exemption or the Vertical Restraints Block Exemption.⁷³

Definitions of the terms “technology rights”, “product”, “contract product” referred to above are specified in Article 1 of the TT Block Exemption. It is important to point out that for the purpose of the TT Block Exemption “technology rights” means know-how and the following rights, or a combination thereof, including applications for or applications for registration of those rights: (i) patents; (ii) utility models; (iii) design rights; (iv) topographies of semiconductor products; (v) supplementary protection certificates for medicinal products or other products for which such supplementary protection certificates may be obtained; (vi) plant breeder’s certificates; and (vii) software copyrights.⁷⁴ Thus, the TT Block Exemption does not deal with, for instance, trademarks or copyright as such. In particular, according to the Guidelines, “provisions in technology transfer agreements relating to the licensing of other types of IP such as trademarks and copyright, other than software copyright [...], are only covered by the TTBER if, and to the extent that, they are directly related to the production or sale of the contract products”.⁷⁵

Duration of exemption, condition for exemption and market shares

⁷¹ For further explanation see Communication from the Commission — Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, OJ C 89, 28.3.2014, p. 12.

⁷² Guidelines TT Block Exemption, p. 14; Rab (2014). "New EU Technology Transfer Block Exemption: A Note of Caution." Journal of European Competition Law & Practice 5(7): 436-450., p. 437 and 443; Turner (2015), p. 197.

⁷³ Article 9 of the TT Block Exemption; Guidelines TT Block Exemption, p. 16.

⁷⁴ Article 1(1)(b) of the TT Block Exemption.

⁷⁵ Guidelines TT Block Exemption, p. 13.



Technology transfer agreements are exempted from Article 101(1) of the TFEU, as long as condition of the TT Block Exemption are satisfied.⁷⁶ Moreover, the exemption applies “for as long as long as the licensed technology rights have not expired, lapsed or been declared invalid or, in the case of know-how, for as long as the know-how remains secret”.⁷⁷

The applicability of the TT Block Exemption is conditioned upon the parties’ market share.⁷⁸ The distinction is made between “competing undertakings” and “not competing undertakings”.⁷⁹

According to Article 3(1) of the TT Block Exemption, if the parties to an agreement are competing undertakings, the exemption applies on condition that the **combined** market share of the parties does not exceed **20%** on the relevant market(s)⁸⁰. If the parties are not competing undertaking, according to Article 3(2) of the TT Block Exemption, the market shares of **each** of the parties should not exceed **30%** on the relevant market(s).⁸¹

Hardcore restrictions

Article 4 of the TT Block Exemption provides a lengthy list of hardcore restrictions. If a technology transfer agreement contains any of those restrictions, the agreement will not be exempted from the application of Article 101(1) of the TFEU, even if organizations satisfy the market threshold. Different lists of hardcore restrictions are provided for competing undertakings and non-competing undertakings.

Competing undertakings are not permitted to:

- restrict party’s ability to determine its prices when selling products to third parties;
- limit the output;
- allocate markets or customers;
- restrict the licensee’s ability to exploit its own technology rights;

⁷⁶ Article 2(1) of the TT Block Exemption.

⁷⁷ Article 2(2) of the TT Block Exemption.

⁷⁸ Article 3 of the TT Block Exemption.

⁷⁹ The definition of ‘competing undertakings’ is provided in Article 1(1)(n) of the TT Block Exemption.

⁸⁰ The definition of the “relevant market” is provided in Article 1(1)(m) of the TT Block Exemption.

⁸¹ Guidelines TT Block Exemption, p. 17; Rab (2014), p. 438; Turner (2015), p. 205.



- restrict the ability of any of the parties to the agreement to carry out R&D, unless such latter restriction is indispensable to prevent the disclosure of the licensed know-how to third parties.⁸²

Non-competing undertakings are not permitted to:

- restrict party's ability to determine its prices when selling products to third parties;
- restrict the territory into which, or of the customers to whom, the licensee may passively sell the contract product;
- restrict active or passive sales to end-users by a licensee which is a member of a selective distribution system and which operates at the retail level.^{83, 84}

Excluded restrictions

Article 5 of the TT Block Exemption provides a list of excluded restrictions. Technology transfer agreements cannot include clauses that contain:

- an obligation on the licensee to grant an exclusive license or to assign rights, in whole or in part, to the licensor or to a third party designated by the licensor in respect of its own improvements to, or its own new applications of, the licensed technology [so-called “exclusive grant back”];
- an obligation on a party not to challenge the validity of IP rights which the other party holds.⁸⁵

Furthermore, according to Article 5(2) of the TT Block Exemption, if organization are not competing, imposing an obligation limiting the licensee's use or development of its own technology is not permitted. A similar restriction is inflicted on competing undertakings but as a hardcore restriction.⁸⁶

If a technology transfer agreement contains any of the excluded restriction, the rest of the agreement, nevertheless, may still be exempted, if the conditions of the TT Block Exemption are satisfied and the restriction in question can be separated from the rest of the agreement.⁸⁷

⁸² Article 4(1) of the TT Block Exemption also provides exceptions to some of the specified restrictions.

⁸³ Article 4(2) of the TT Block Exemption also provides exceptions to some of the specified restrictions.

⁸⁴ For more information on hardcore restrictions consult: Guidelines TT Block Exemption, p. 20; Rab (2014), p. 438; Turner (2015), p. 212.

⁸⁵ Article 5(1) of the TT Block Exemption.

⁸⁶ Article 4(1)(d) of the TT Block Exemption.

⁸⁷ For more information on excluded restrictions consult: Guidelines TT Block Exemption, p. 27; Rab (2014), p. 438; Turner (2015), p. 224.



5. R&D Block Exemption

Scope of R&D agreements

According to Article 1(1)(a) of the R&D Block Exemption, R&D agreements are agreements entered into between *two or more* parties which relate to the conditions under which those parties pursue:

- joint or paid-for R&D of contract products or contract technologies *and* joint exploitation of the results of that R&D;
- joint or paid-for R&D of contract products or contract technologies *excluding* joint exploitation of the results;
- joint exploitation of joint or paid-for R&D of contract products or contract technologies carried out under previous agreement under the parties.⁸⁸

R&D collaboration agreements could be seen as joint R&D, whereas R&D contract research or service agreements could fall within the definition of paid-for R&D. To avoid potential misunderstandings, definitions of such terms as “R&D”, “joint”, “paid-for R&D”, “contract technology”, “contract product” and “exploitation of the results” are provided in Article 1 of the R&D Block Exemption.

Duration of exemption and market shares

Similar to the TT Block Exemption, the R&D Block Exemption makes a distinction between not “competing undertakings” and “competing undertakings”.⁸⁹

According to Article 4(1) of the R&D Block Exemption, where the parties to an R&D agreement are not competing undertakings, the exemption is applicable *for the duration of the R&D*, regardless of their market shares. The exemption continues to apply for **seven years** after the contract products or contract technologies are first put on the EU market, if the results are jointly exploited.

However, according to Article 4(2) of the R&D Block Exemption, if the parties are competing undertakings, the exemption lasts for the same duration as for not competing undertakings, but only if at the time the R&D agreement is entered into:

- the **combined** market share of parties to a *joint* R&D agreement does not exceed **25%** on the relevant product and technology market; or
- the **combined** market share of the financing party and all the parties with which the financing parties has entered into *paid-for* R&D agreements,

⁸⁸ Turner (2015), p. 302.

⁸⁹ See definition in Article 1(1)(r) of the R&D Block Exemption.



relating to the same contract products or contract technologies, does not exceed **25%** on the relevant product and technology markets.

Regardless whether the parties are competing or non-competing undertakings, the exemption continues to apply after the period of seven years as long as the combined market share of the parties does not exceed 25% on the relevant product and technology markets⁹⁰.

Conditions for exemption

The exemption is applicable if conditions provided in Article 3 of the R&D Block Exemption are satisfied, in particular:

- The R&D agreement must stipulate that all the parties have full access to the final results of the joint or paid-for R&D for the purposes of further R&D and exploitation. However, there are some exceptions. For instance, where the collaborating parties limit their rights of exploitation, e.g. where they specialize in the context of exploitation, access to the results for the purposes of exploitation may be limited accordingly.
- The R&D agreement must stipulate that each party must be granted access to any pre-existing know-how of the other parties, if this know-how is indispensable for the purposes of its exploits of the results. The access may be compensated but should not be so high as to effectively impede such access.
- Any joint exploitation may only relate to results which are protected IPRs or constitute know-how and which are indispensable for the manufacture of the contract products or the application of the contract technologies.

Hardcore restrictions

In Article 5 the R&D Block Exemption provides a list of activities which are restricted. For instance, the Regulation does not apply to agreements which restrict the freedom of the parties to carry out R&D independently or in cooperation with third parties in a field unconnected with that to which the R&D agreement relates.⁹¹ Furthermore, collaborating parties are not allowed to limit output or sales; fix prices when selling the contract product or licensing the contract technologies; restrict the territory in which the parties may passively sell the contract products or license the

⁹⁰ The definitions of “relevant product market” and “relevant technology market” are provided in Article 1(1)(u) and Article 1(1)(v) of the R&D Block Exemption.

⁹¹ Article 5(a) of the R&D Block Exemption.



contract technologies.⁹² The full list of hardcore restrictions is provided in Article 5 of the R&D Block Exemption.⁹³

Excluded restrictions

The R&D Block Exemption specifies the list of excluded restrictions. Such restriction as, an obligation of an exclusive grant back or to not challenge the validity of IPRs after completion of the R&D, is not exempted by the Regulation.⁹⁴ The R&D agreement may still be exempted if the conditions of the R&D Block Exemption are satisfied and the restriction in question can be separated from the rest of the agreement.⁹⁵

6. Conclusions

In essence, to acquire an exemption, organization, when establishing a technology transfer agreement or an R&D agreement, need to verify whether:

- their activity fits within the scope of the TT Block Exemption or R&D Block Exemption accordingly;
- the agreement satisfies the conditions for exemption;
- they satisfy the market share threshold;
- the agreement does not contain any hardcore or excluded restrictions.

If the requirements provided in the TT Block Exemption or the R&D Block Exemption are satisfied, organizations, engaging in technology transfer agreements or R&D agreements, can enjoy the exemption from Article 101(1) of the TFEU for the length of the duration of such exemption. However, it does not mean that agreements which do not fall within the Regulations are against EU competition law (unless they contain hardcore restrictions). Those agreements may be still exempted on the individual basis, however, it may be not any easy task to self-assess whether the agreement can benefit from such individual exemption.

Bibliography

Davis, R., B. Longstaff, A. Roughton, T. St. Quintin and G. Tritton (2014). Tritton on Intellectual property in Europe, London : Sweet and Maxwell.

⁹² Article 5(b),(c),(d) of the R&D Block Exemption also provides exceptions to specified restrictions.

⁹³ For more information on hardcore restrictions consult: Turner (2015), p. 305; Davis (2014), p. 1499.

⁹⁴ Article 6 of the R&D Block Exemption.

⁹⁵ For more information on excluded restrictions consult: Turner (2015), p. 306; Davis (2014), p. 1501.



- Rab, S. (2014). "New EU Technology Transfer Block Exemption: A Note of Caution." *Journal of European Competition Law & Practice* 5(7): 436-450.
- Turner, J. D. C. (2015). *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford University Press.



www.constantproject.eu