

*Др Стефан Шокињов, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

*УДК: 346.546(4-672EU)
DOI: 10.46793/XXIV-9.347S*

ПОЈЕДИНАЧНО ИЗУЗЕЋЕ УГОВОРА О ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГИЈЕ ОД КАРТЕЛНЕ ЗАБРАНЕ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Резиме

Питање појединачног изузимања уговора о трансферу технологије поставља се у два основна случаја. Први је када је тржишни удео уговорних страна виши од прописаног за групно изузеће. Други, када уговор о трансферу технологије закључује више правних субјеката (више од два). У тим ситуацијама је потребно спровести појединачну оцену конкретног уговора о трансферу технологије да би се могло закључити о његовој допуштености односно недопуштености. Појединачна оцена конкретног уговора, пре свега, обухвата оцену правно релевантних околности о функционисању конкуренције на датом тржишту технологије, те производном и географском тржишту, да би се онда, под условом да се уговором о трансферу технологије битно ограничава функционална конкуренција, приступило испитивању испуњености опитних услова за изузеће рестриктивних споразума од дејства картелне забране из чл. 101(3) Уговора о функционисању Европске уније.

Кључне речи: *трансфер технологије, хоризонтални споразуми, изузимање од картелне забране, право конкуренције, Европска унија.*

1. Увод

Трансфером технологије постижу се бројни позитивни ефекти по привредни развој, као и социјални статус и задовољење потреба потрошача. Трансфером технологије се доприноси: подстицању иновација (кроз могућност да иноватори уступајући технологију уз накнаду надокнаде трошкове истраживања и остваре профит), ширењу технологија, спречавању расипања средстава за спровођење истих истраживања од стране различитих привредноправних субјеката или научно-истраживачких организација (НИО), побољшању квалитета производа, снижењу трошкова производње (чиме се

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужног права“, бр. 179012 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

утиче на могућност спровођења тзв. ценовне конкуренције) и др. Када се свему томе дода да је трансфер технологије, по природи ствари, у функцији техничко-технолошког развоја, трансфером технологије се директно погодује јачању конкуренције јер се иновирање и унапређење технолошке базе привредно-правног субјекта виде као основни начини за опстанак на тржишту и победу у конкурентској борби. Пошто се временом показало да се поменути позитивни ефекти по привреду и потрошаче, па и на тржишно такмичење, постижу великом већином уговора о трансферу технологије, то су ови уговори подвргнути правном режиму групног изузимања од примене картелне забране. То не значи да се од правног дејства картелне забране аутоматски изузимају сви уговори о трансферу технологије. Од картелне забране, по основу групног изузећа, изузимају се само они уговори о трансферу технологије у погледу којих су за тако нешто испуњени посебни услови. Посебне услове које је потребно испунити да би се сматрало да је конкретан уговор о трансферу технологије изузет од картелне забране по основу групног изузећа чине две групе услова. То су услови који се односе на висину тржишног удела уговорних страна и услови који се односе на рестриктивне клаузуле. Имајући то у виду, конкретан уговор о трансферу технологије сматра се изузетим од картелне забране по основу групног изузећа ако тржишни удели уговорних страна не премашују прописани максимум¹ и ако уговор не садржи апсолутно забрањена ограничења конкуренције. Уколико тржишни удели уговорних страна премашују прописани максимум, уговор о лиценци не сматра се аутоматски забрањеним. Он само не може бити изузет по правилима о групном изузимању уговора о правног дејства картелне забране. Међутим, такав уговор може бити изузет по основу појединачног изузећа, ако су испуњени општи услови прописани чл. 101(3) Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ). Реч је о четири услова који морају бити кумулативно испуњени да би се постигло појединачно изузеће споразума од картелне забране. Поменутом одредбом УФЕУ је тако прописано да рестриктивни споразум може бити изузет од примене картелне забране ако се њиме доприноси унапређењу производње или дистрибуције роба и услуга или подстиче технолошки или привредни развој, при чему се потрошачима пружа сразмерна корист, а споразумом се не

¹ Према чл. 3 ТТВЕР-а (Регулатива Комисије бр. 316/2014 од 21. марта 2014. о примени чл. 101 ст. 3 Уговора о функционисању Европске уније на споразуме о трансферу технологије - *Commission Regulation 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 of 28th March 2014), од правног дејства картелне забране споразуми о трансферу технологије изузимају се ако на релевантном тржишту или тржиштима заједнички тржишни удео уговорних страна не премашује 20%, ако су уговорне стране конкуренти, односно ако на релевантном тржишту или тржиштима појединачни тржишни удео сваке од уговорних страна понаособ не премашује 30%, ако уговорне стране нису конкуренти.

намећу ограничења конкуренције која нису нужна за постизање наведених циљева нити се уговорним странама омогућава да на тржишту елиминишу конкуренцију у односу на знатан део предметних производа.² Осврнућемо се на сваки од ових услова. Но пре тога, у раду ћемо прво набројати и обрадити чињенице које се сматрају правно релевантним за процену тржишног контекста у оквиру кога се оцењује утицај конкретног споразума о трансферу технологије на конкуренцију. Затим ћемо разматрати како на испуњеност услова за изузеће утиче формулисање појединих уговорних обавеза. На крају ћемо истраживати конкуренцијскоправни режим технолошких удружења.

2. Општи оквир за примену чл. 101 УФЕУ на уговоре о трансферу технологије

Питање појединачног изузимања уговора о трансферу технологије поставља се у два случаја. Први је када је тржишни удео уговорних страна виши од прописаног за групно изузеће. Други, када уговор о трансферу технологије закључује више правних субјеката (више од два).³ У тим ситуацијама је потребно спровести појединачну оцену конкретног уговора о трансферу технологије да би се могло закључити о његовој допуштености односно недопуштености. Појединачна оцена конкретног уговора, пре свега,

² Уколико пак, сем што су тржишни удели уговорних страна виши од прописаних, уговор садржи и апсолутно забрањена ограничења конкуренције, он ће се сматрати забрањеним јер се у случају уговора који садрже апсолутно забрањена ограничења конкуренције сматра да није испуњен барем један од прва два општа услова за изузеће, а врло често није испуњен ни трећи општи услов који се односи на тест нужности. Уопште, споразуми који садрже апсолутно забрањена ограничења конкуренције сматрају се противним конкуренцији по циљу споразума (што значи да није ни потребно утврђивати последицу). О апсолутно забрањеним ограничењима конкуренције у споразумима о трансферу технологије види више: Варга, С., *Групно изузеће уговора о лиценци у картелном праву Европске уније*: Зборник: XXI век – век услуга и услужног права, књ. 8, Крагујевац 2017, стр. 197-204.

³ Под *TTBER* се подводе само они споразуми о трансферу технологије који су закључени између двају предузећа. Тако на пример изван примене *TTBER*-а остају споразуми којима се оснивају технолошка удружења, ако споразум закључује више од два предузећа (под технолошким удружењем подразумева се споразум на основу којих уговорне стране удружују своје технологије и лиценцирају их у тако насталом пакету). Разлог за ограничење примене групног изузимања уговора о трансферу технологије од картелне забране по основу броја уговорних страна је што је Регулацивом Савета о групном изузимању Комисији дато овлашћење да доноси регулативе о изузимању појединих врста споразума само ако су закључени између двају предузећа. То не значи да уговори о трансферу технологије закључени између више предузећа не могу да буду изузети од дејства картелне забране. То само значи да ови уговори не уживају погодност групног изузимања по основу *TTBER*-а, већ се њихова допуштеност цени на основу чл. 101(3) Уговора о функционисању Европске уније.

обухвата оцену правно релевантних околности о функционисању конкуренције на датом тржишту технологије, те производном и географском тржишту.

2.1. Релевантни фактори за утврђивање тржишног контекста у којем се закључује и реализује конкретни споразум о трансферу технологије

У најзначајније релевантне факторе за појединачну оцену конкретног уговора о трансферу технологије спадају: природа споразума, тржишних положај уговорних страна, конкурената и купаца, препреке уласку на тржиште и зрелост тржишта.

Споразуми о трансферу технологије могу бити закључени у разним формама. Важно је стога анализирати природу споразума у смислу односа тржишног такмичења између уговорних страна и ограничења конкуренције које уговор садржи. Да би се утврдила права мера ограничења конкуренције није довољно задржати се на анализи изричитих услова споразума. Закључак о постојању имплицитних ограничења конкуренције може се извести из начина на који уговорне стране примењују споразум и подстицаја који им стоје на располагању.

Тржишни положај уговорних страна, укључујући и предузећа које уговорне стране *de facto* или *de jure* контролишу, показатељ је степена тржишне снаге даваоца и стицаоца лиценце. Закључак је јасан: што им је тржишни удео већи, већа им је и тржишна снага.⁴ „То је посебно тако када се кроз величину тржишног удела одражавају трошковне и друге упоредиве предности у односу на конкуренте.“⁵ Друге упоредиве предности могу произлазити нпр. из тога што је уговорна страна први понуђач на тржишту или титулар патената на независне проналаске или што једноставно поседује најсавременију технологију. Међутим, тржишни удели су само један од фактора на основу којих се утврђује тржишни положај уговорне стране. Тако у случају тржишта технологије, тржишни удео није увек добар показатељ релативне снаге предметне технологије и подаци о тржишном уделу на том

⁴ Тржишна снага је способност предузећа да одржава цене роба и услуга изнад нивоа конкурентних цена или одржавање количине, квалитета или асортимана роба и услуга или иновација испод конкурентног нивоа у временском раздобљу које није занемарљиво (Т-321/05 *Astra Zeneca v. Commission* [2010] ECR II-2805, тач. 267).

⁵ Водич за примену чл. 101(3) Уговора о функционисању Европске уније на уговоре о трансферу технологије (даље у тексту: Водич), тач. 162. Водич је издат у форми Комуникације Комисије (*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 of 28th March 2014, p. 3).

тржишту могу се знатно разликовати зависно од методе која се користила за његово израчунавање.

За појединачну оцену конкретног уговора о трансферу технологије од значаја је и тржишни положај конкурената. Што су актуелни конкурентни тржишно јачи и што их је више, то је мањи ризик да ће уговорне стране моћи остваривати своје пословне планове без обзирања на пословну политику конкурената. Међутим, ако конкурената нема много, а њихов тржишни положај је сличан тржишном положају уговорних страна, повећава се ризик тајног договарања.

Конечно, ради процене тржишног положаја уговорних страна, неопходно је утврдити и тржишну снагу купаца. Први показатељ куповне моћи је тржишни удео купца на тржишту набаве. Податак о величини тог удела је важан за оцену важности његове потражње за могуће добављаче. Други показатељи односе се на положај купца на малопродајном тржишту, укључујући и факторе као што су географска раширеност његових малопродајних локација и имиџ трговачке марке међу крајњим корисницима. У неким случајевима тржишна моћ купца може спречити даваоца и/или стицаоца лиценце да нарушавају конкуренцију чиме се решава проблем тржишног такмичења који би иначе постојао. То је нарочито случај када снажни купци имају могућности и подстакнути су да пређу на нове изворе снабдевања на тржишту у случају малог, али трајног повећања цена. Ако снажни купци само добијају повољне услове од добављача или једноставно пребацују повећање цене на своје кориснике, тржишни положај купаца није такав да би могао спречити остваривање тржишне снаге од стране стицаоца лиценце на релевантном тржишту производа, нити такав да може решити проблем тржишног такмичења на релевантном тржишту.⁶

Препреке уласку на тржиште мере се степеном до којег већ присутна предузећа могу повећати цену изнад конкурентног нивоа без привлачења нових улазака на тржиште. Када не би било препрека уласку на тржиште, брз и једноставан улазак учинио би повећања цена непрофитабилним. „Ако се стварни улазак, спречавање остварења тржишне моћи предузећа већ присутног на тржишту или њено смањивање, могу догодити у року од једне до две године, може се рећи да су препреке уласку на то тржиште ниске.“⁷

Препреке уласку на тржиште могу бити резултат низа фактора као што су: економије обима и опсега, национални правни прописи (посебно они којима се регулише признање искључивих права), државна помоћ, царинске тарифе, права интелектуалне својине, власништво над ресурсима (поготово у случају ограничене понуде због ограничених природних ресурса), битне инфраструктуре, предности првог уласка или оданости потрошача робном или услужном жигу услед дуготрајног снажног оглашавања. Ограничавајући

⁶ T-228/97 *Irish Sugar* [1999] ECR II-2969, тач. 101.

⁷ Водич, тач. 165.

споразуми које закључују предузећа могу такође деловати као препреке уласку на тржиште јер се њима отежава, ако не и онемогућава приступ потенцијалних конкурената. Препреке уласку могу постојати у свим фазама процеса истраживања и развоја, те производње и дистрибуције. Питање може ли се неки од поменутих фактора сматрати препреком за улазак на тржиште зависи од тога узрокују ли потенцијалном конкуренту неповратне трошкове. „Неповратни трошкови су они трошкови које предузеће мора сносити ако жели ући на тржиште или на њему пословати, а које неће моћи повратити када буде излазио са тог тржишта.“⁸ Што су неповратни трошкови виши, то ће улазак на тржиште бити ризичнији.

Зрелост тржишта је од значаја за појединачну оцену конкретног уговора о трансферу технологије у том смислу што се претпоставља да ће ограничења конкуренције резултирати тежим последицама на зром тржишту (тј. на тржишту које постоји већ неко време и на којем је технологија која се користи добро позната и раширена и не мења се пуно, те на којем је потражња релативно стабилна или у паду) него на динамичнијим тржиштима.

Поред описаних, у појединим случајевима од значаја ће бити и друге околности као што су: кумулативни ефекти тј. постојање сличних споразума на тржишту, трајање споразума, регулаторно окружење, тржишно понашање које може бити показатељ тајних договора (нпр. унапред најављене промене цена и расправе о „реалној“ цени), крутост цена као одговор на вишак капацитета, ценовна дискриминација и томе слично.

Важност појединих фактора разликује се од случаја до случаја. На пример, велики тржишни удео уговорних страна обично је добар показатељ тржишне снаге, али у случају ниских препрека уласку на тржиште, он то не мора бити.

2.2. Општи услови за изузимање рестриктивних споразума од правног дејства картелне забране

Појединачна оцена конкретног уговора о трансферу технологије који не потпада под режим групног изузимања подразумева два нивоа испитивања, при чему је други ниво испитивања евентуални и зависи од исхода првог нивоа испитивања. Прво се испитује да ли се споразумом о трансферу технологије уопште нарушава конкуренција. Поред бројних позитивних ефеката на привредни развој, економски положај потрошача и конкуренцију, наведених у уводу овог рада, уговорима о трансферу технологије се могу произвести и негативна дејства на функционисање конкуренције. Негативна дејства уговора о трансферу технологије на конкуренцију могу се сврстати у три основне групе. Тако негативна дејства уговора о трансферу технологије на функционисање конкуренције могу

⁸ Водич, тач. 166.

обухватити: а) смањење технолошког тржишног такмичења између предузећа која послују на релевантном тржишту технологија или на тржишту производа у које је инкорпорисана предметна технологија, б) ограничавање приступа потенцијалних конкурената повећањем трошкова, ограничавањем њиховог приступа нужним инпутима или на друге начине и в) смањење конкуренције предузећа која производе коришћењем исте технологије (*intratechnology competition*).

Споразумима о преносу технологије може се ограничити конкуренција технологија или међу технологијама (*intertechnology competition*), тј. конкуренција између предузећа која у обављању привредне делатности користе заменљиве технологије.⁹ То се посебно догађа у случају унакрсне лиценце. На пример, када конкуренти једни другима уступају конкурентне технологије и прихватају узајамне обавезе да један другоме уступају будућа побољшања технологије, онда је могућност да један од њих оствари технолошко вођство на том тржишту крајње ограничено.

Унакрсним лиценцирањем између конкурената олакшава се тајно договарање. Тај ризик је посебно велики на тржиштима високог степена концентрације. Да би тајни договори функционисали, предузећа морају бити у стању да прате узајамно понашање на тржишту и морају постојати прикладни одвраћајући механизми којима ће се учесници картела подстицати да не одступају од заједничке политике на тржишту. Уз то препреке уласку на тржиште морају бити довољно велике да спречавају улазак и ширење нових конкурената. Споразумима о трансферу технологије може се олакшати тајно договарање повећањем транспарентности на тржишту, надзирањем тржишног понашања учесника тајног договора и постављањем препрека уласку на тржиште. Тајном договарању изузетно доприносе и споразуми о лиценци који резултирају високим степеном усклађивања трошкова, јер је вероватније да ће предузећа са сличним трошковима имати слична стајалишта о условима координације.

Што се тиче препрека уласку нових и ширењу постојећих конкурената, оне могу произлазити из чињенице да на том тржишту нема довољно стичалаца лиценци за потенцијалне даваоце технологије. Добављачима заменљивих технологија може бити ограничен приступ тржишту када давалац лиценце с довољном тржишном снагом веже различите делове технологија и лиценци заједно као пакет иако је само део пакета нужен за производњу предметног производа. Исто то се дешава и када је стичаоцима технологије уговорно забрањено лиценцирање од трећих лица или предвиђене мере за одвраћање од тога.

⁹ При процени заменљивости технологија узима се у обзир тржишна снага предметних технологија.

Класичан пример ограничења интратехнолошке конкуренције је када се стицаоцима лиценце уговорно забрањује да продају на подручју другог стицаоца лиценце.

Негативна дејства уговора о трансферу технологије на функционисање конкуренције могу се односити како на ограничавање конкуренције између уговорних страна, тако и на ограничавање конкуренције између било које уговорне стране и трећих лица. Оцена о томе ограничава ли се конкретним споразумом о трансферу технологије конкуренција мора се донети у стварном контексту у којем би се тржишно такмичење одвијало да нема тог споразума. Као што смо видели, узимају се у обзир дејства споразума на конкуренцију међу технологијама и на конкуренцију у оквиру једне технологије.

Негативна дејства уговора о трансферу технологије на конкуренцију могу произлазити из циља споразума или бити његова последица. „Ограничења конкуренције по циљу су она која самом својом природом ограничавају тржишно такмичење.“¹⁰ То су ограничења конкуренције која се одликују тако снажним потенцијалом за настанак негативних дејстава на конкуренцију да за потребе примене картелне забране није потребно доказивати њихове ефекте на тржишту (последике). Уговорне стране приликом закључивања уговора о трансферу технологије могу, сем ограничавања конкуренције, имати у виду више циљева. Поставља се питање шта ако су остали циљеви који се постижу реализацијом уговора законити? Сматра се да је споразум ограничавајући по циљу иако му ограничење конкуренције није једини циљ, већ се њиме остварују и други легитимни циљеви.¹¹

Ако се не може закључити да је циљ споразума о трансферу технологије ограничење конкуренције, потребно је испитати последице споразума. Узимају се у обзир и стварни и потенцијални ефекти (ово друго поготово ако се споразум још увек не примењује). „Сматра се да је ограничавање конкуренције последица споразума о лиценци ако се њиме утиче на стварно или потенцијално конкурисање у мери у којој се на релевантном тржишту могу с разумним степеном вероватноће очекивати негативне последице по цене, количину, квалитет или асортиман, те иновације роба и услуга.“¹²

Уколико се утврди да се конкретним споразумом о трансферу технологије не стварају негативни ефекти по функционисање конкуренције, престаје свака даља процена тог споразума и он се сматра дозвољеним. У том смислу, у циљу јачања предвидљивости и правне сигурности изван примене *TTBER*-а, а ради ограничавања подробне анализе на случајеве који

¹⁰ Водич, тач. 14.

¹¹ *C-209/07 Beef Industry Development Society and Barry Brothers* [2008] ECR I-8637, тач. 21.

¹² Водич, тач. 15.

би могли представљати крупне повреде конкуренције, Комисија сматра да не постоји велика вероватноћа повреде чл. 101 ст. 1 УФЕУ ако уговор не садржи апсолутно забрањена ограничења конкуренције, а на тржишту постоје четири или више независно контролираних технологија уз технологије које контролишу уговорне стране, а које би могле бити заменљиве са лиценцираном технологијом уз успоредив трошак за корисника. Поред тога, дозвољеним ће се сматрати и споразум о трансферу технологије којим се конкуренција ограничава, али не битно.¹³ У осталим случајевима спроводи се испитивање другог нивоа, а то је да ли су испуњени услови за појединачно изузимање споразума о трансферу технологије којим се ограничава конкуренција од картелне забране. Појединачно изузеће споразума о трансферу технологије од картелне забране могуће је само на основу спољних објективних фактора који не зависе од уговорних страна нити од њихових стајалишта. „Није реч о томе да ли би уговорне стране у датој ситуацији прихватили мање ограничавајући споразум, него да ли би предузећа у сличном тржишном положају и окружењу, узимајући у обзир врсту споразума и обележја тржишта, закључили мање ограничавајући споразум.“¹⁴ У питању су четири услова који морају бити испуњени кумулативно.

Првим општим условом за изузеће рестриктивног споразума од правног дејства картелне забране захтева се оцена објективних користи које су у смислу ефикасности резултат споразума. Те користи би пре свега биле стављање у промет нових или побољшаних производа или смањење трошкова производње. Осим тога, ефикасност може бити последица синергија технологија које стизалац лиценце већ поседује и технологије коју му уступа давалац лиценце. Комбинација тих двају технологија често омогућује стизаоцу лиценце да оствари конфигурацију трошка/аутпута (*output*) која иначе не би била могућа. Споразумима о лиценци, надаље, може се узроковати ефикасност у фази дистрибуције на исти начин као и вертикалним споразумима о дистрибуцији. Ту ефикасност може имати облик уштеде трошкова или пружања корисних услуга потрошачима. Још један пример могућих користи од споразума о трансферу технологије је када власници технологија стварају технолошки пакет за лиценцирање трећим лицима. Таквим споразумима се могу у већој мери смањити трансакциони трошкови, јер стизаоци лиценце не морају закључивати посебне споразуме о лиценци са сваким даваоцем лиценце понаособ.

¹³ Тзв. *de minimis* ограничења конкуренције регулисана су у Обавештењу Комисије о споразумима мале вредности којима се према чл. 81 ст. 1 Уговора о оснивању Европске Заједнице не ограничава конкуренција (*Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community* (OJ C 368 of 22nd December 2001).

¹⁴ Водич, тач. 126.

Коначно, у секторима у којима је признато пуно права интелектуалне својине и где се појединим производима лако може повредити низ постојећих права интелектуалне својине, споразуми о лиценци којима се уговорне стране обавезују да ће се уздржавати од подношења тужбе због повреде права, као и да неће оспоравати права друге уговорне стране често имају позитиван ефекат на конкуренцију.

Други позитиван услов, да потрошачи морају добити правичан удео у користи подразумева да потрошачи производа произведених по основу лиценце морају барем добити накнаду за негативна дејства споразума. То значи да повећања ефикасности морају потпуно поништавати вероватан негативан учинак на цене, аутпут и друге релевантне факторе узроковане споразумом. То се може учинити променом структуре трошкова предузећа чиме би се снизиле цене или пуштањем у промет нових или побољшаних производа „уз надокнаду вероватног повећања цена“.¹⁵

Када примењује тест нужности, Комисија ће посебно преиспитати омогућују ли поједина ограничења конкуренције обављање привредне делатности ефикасније, него да их нема. Том приликом се узимају у обзир тржишни услови и стварност с којом се уговорна страна суочава. Све то значи да уговорне стране морају објаснити зашто би наоко реалне и доста мање ограничавајуће алтернативе биле битно мање ефикасне. „Ако би примена алтернативе која се чини комерцијално реалнијом и мање ограничавајућом довела до значајног смањења ефикасности, предметно ограничење конкуренције сматра се неопходним.“¹⁶

Последњи општи услов за изузеће од картелне забране према којем споразум не сме уговорним странама дати могућност искључивања конкуренције у односу на битан део предметних производа, претпоставља анализу преосталих конкуренцијских сила на тржишту и дејство споразума на такве изворе тржишног такмичења. У примени последњег општег услова за изузеће од картелне забране потребно је узети у обзир однос између чл 101(3) и чл. 102 УФЕУ у смислу да изузимање од картелне забране не може спречити забрану злоупотребе доминантног тржишног положаја. Мимо тога, чињеница да се споразумом о трансферу технологије знатно смањује једна димензија тржишног такмичења не значи нужно да је тржишно такмичење искључено. Технолошко удружење нпр. може довести до индустријске стандардизације услед чега ће настати ситуација у којој остаје врло мало простора за конкуренцију технологија.¹⁷ Међутим, да би споразум био у складу са чл. 101(3) УФЕУ, потребно је обезбедити да се

¹⁵ Водич, тач. 178.

¹⁶ Водич, тач. 177.

¹⁷ То међутим не значи да *de facto* стандардизација увек уклања тржишно такмичење. У оквиру техничког стандарда, добављачи се могу такмичити у односу на цену, квалитет и карактеристике роба и услуга.

њиме неоправдано не ограничава конкуренција и да неоправдано нису ограничене будуће иновације.

3. Конкуренцијскоправни режим појединих уговорних обавеза из споразума о трансферу технологије којима се ограничава конкуренција

3.1. Обавеза плаћања лицендне накнаде

Уговорне стране обично су слободне одредити износ лицендне накнаде које стицалац лиценце мора платити, те начин плаћања накнаде. Обавеза плаћања лицендне накнаде може бити у облику паушалних плаћања, постотка продајне цене или фиксног износа за сваки производ произведен применом лиценциране технологије. У случајевима када се лиценцирана технологија односи на инпуте који се инкорпорирају у коначни производ, обрачун лиценцих накнада према цени коначног производа, под условом да је произведен применом лиценциране технологије, углавном не представља ограничење конкуренције. Исто важи и када се лицендне накнаде за лиценцирање софтвера израчунавају према бројности корисника и по машини. Сасвим супротно томе, плаћање лиценцих накнада за производе произведене искључиво властитом технологијом стицаоца лиценце представља апсолутно забрањено ограничење конкуренције.

Када се у случају унакрсне лиценце уговарају лицендне накнаде које нису у складу са тржишном вредношћу коришћења технологије, врло је вероватно да ће Комисија проценити да услови за појединачно изузеће нису испуњени. Једини излаз може бити поређење са висином лиценцих накнада које плаћају други стицаоци технологија на тржишту производа за исте или супститутабилне технологије.

Уговорне стране се могу договорити о плаћању лиценцих накнада и после истека времена на које је признато предметно право интелектуалне својине. Разлог за то је што после доспећа заштићених интелектуалних добара у јавни домен, трећа лица могу законито искоришћавати предметну технологију и такмичити се са уговорним странама што би требало обезбедити конкуренцију од нарушавања.

У случају споразума између уговорних страна које нису конкуренти, општи услови за изузеће могу бити испуњени и када се лицендне накнаде обрачунавају на темељу производа произведених како технологијом лиценцираном од даваоца лиценце и на темељу производа произведених технологијама лиценцираним од трећих лица. Но тада је потребно размотрити постижу ли се на такав начин дејства ограничавања приступа тржишту трећим лицима.

3.2. Ограничење производње

Ограничења производње могу се постићи уговарањем искључиве или јединствене лиценце. По основу искључиве (*exclusive*) лиценце давалац лиценце се обавезује да се уздржи од коришћења технологије, као и од уступања уговорне технологије на коришћење трећим лицима, било уопште, било за неку специфичну намену, било на неком географском подручју.¹⁸ Када давалац лиценце одлучи да неће сам производити нити давати лиценце другима како би могли производити на неком географском подручју, то подручје може обухватати цео свет¹⁹ или неки његов део. Ако се давалац лиценце обавезе да неће издавати лиценце трећим лицима за производњу на датом подручју (ужем од светског тржишта), лиценца се сматра јединственом (*sole*) лиценцом.

Искључиво унакрсно лиценцирање између конкурената сматра се апсолутно забрањеним ограничењем конкуренције. Унакрсна јединствена лиценца између конкурената подложна је групном изузимању. Исто важи за искључиво лиценцирање између конкурената, под условом да није унакрсно. Што се тиче појединачног изузећа, оно ће се постићи ако давалац лиценце има ограничен положај на тржишту производа или нема способност ефикасног искоришћавања технологије на тржишту стипендијца лиценце. Посебан случај је када се давалац и стипендијца технологије такмиче само на тржишту технологије, а давалац лиценце (најчешће научно-истраживачка организација) или мало предузеће нема средстава за производњу и дистрибуцију ради ефикасног стављања производа у којима је материјализована лиценцирана технологија у промет. У таквом случају неће ни доћи до повреде картелне забране.

Право давања искључиве лиценце је углавном нужно како би се стипендијца лиценце подстакло на улагања у лиценцирану технологију и правовремено стављање производа у промет. То је посебно случај када стипендијца лиценце мора уложити знатна средства у даљњи развој лиценциране технологије.²⁰ Комисија ће стога само у изузетним околностима интервенисати у искључиво лиценцирање у споразумима о трансферу технологије закљученим између уговорних страна које нису конкуренти, без обзира на територијално подручје примене лиценце. Но ако стипендијца лиценце већ има заменљиву технологију која се користи за интерну производњу, искључива лиценца можда није неопходна како би се стипендијца лиценце подстакло на пуштање производа у промет. У таквом сценарију може се на искључиво лиценцирање применити

¹⁸ То значи да је или уопште или за ту специфичну намену или на том географском подручју, стипендијца лиценце једини којем је допуштена производња на основу лиценциране технологије.

¹⁹ То значи да давалац лиценце напушта тржиште.

²⁰ Интервенцијом у искључивост, након што је стипендијца остварио комерцијалан успех лиценциране технологије, стипендијца лиценце би се лишавао плодова свог успеха и нарушавали би се тржишно такмичење, ширење технологије и иновације.

картелна забрана, поготово ако стицалац лиценце има знатну тржишну моћ на тржишту производа. Главна ситуација у којој интервенција Комисије може бити оправдана је када доминантни стицалац лиценце добије искључиву лиценцу за једну или више конкурентних технологија. Такви споразуми вероватно не испуњавају опште услове за изузеће од картелне забране. Ово нарочито ако је улазак на тржиште технологије тежак и ако је лиценцирана технологија стварни извор конкуренције на тржишту. У таквим околностима искључива лиценца може искључивати лиценце трећих лица, стварати препреке уласку на тржиште и омогућити стицаоцу лиценце да сачува своју тржишну моћ.

Солуције које обухватају унакрсно лиценцирање између двају или више тржишних учесника који се обавезују да неће лиценцирати трећим лицима узрок су посебне забринутости када пакет технологија који је резултат унакрсног лиценцирања створи *de facto* индустријски стандард којем трећа лица морају имати приступ у циљу ефикасног тржишног такмичења. У том случају споразум о трансферу технологије представља затворени стандард резервисан само за уговорне странке. Комисија ће оценити такве споразуме сходно начелима која се примењују на технолошка удружења. Обично се захтева да технологије које подржавају такав стандард морају бити лиценциране трећим лицима без дискриминације, уговарањем поштених и разумних услова. Ово је нужно ако се уговорне стране такмиче са трећим лицима на постојећем тржишту производа и споразум се односи на то тржиште производа јер постоји вероватноћа да ће затворени стандард имати битно искључујуће дејство. Овакво негативно дејство на конкуренцију може се избећи само лиценцирањем трећим лицима.

3.3. Ограничење продаје

Ограничење активне и пасивне продаје од стране једне или обе уговорне стране у уговору о унакрсној лиценци закљученом између конкурената сматра се апсолутно забрањеним ограничењима конкуренције. Таква ограничења сматрају се поделом тржишта јер се њима онемогућава уговорна страна да активно и пасивно продаје на подручјима или групама потрошача које је опслуживао или би опслуживао у одсуству таквог споразума.

Ако споразум о трансферу технологије између конкурената не подразумева унакрсну лиценцу, на ограничења активне и пасивне продаје од стране стицаоца лиценце или даваоца лиценце на искључивом подручју или искључивој скупини потрошача, резервисаној за другу уговорну страну, примењује се групно изузеће, до прописане висине тржишних удела. Ако тржишни удели премашују прописану висину, а једна или обе уговорне стране располажу значајном тржишном моћи примењује се картелна забрана, осим ако су уговорена ограничења продаје неопходна за ширење скупих технологија. То нарочито може бити случај када давалац лиценце има релативно слаб тржишни

положај на подручју на којем и сам комерцијално искоришћава технологију. У таквим околностима ограничења активне продаје могу посебно бити неопходна за подстицање даваоца лиценце да се одлучи да уступи технологију на коришћење. Када таква ограничења не би постојала давалац лиценце би могао бити суочен с активним тржишним такмичењем на свом главном подручју активности. Исто тако, ограничења даваоца лиценце у активној продаји могу бити неизбежна, посебно ако стицалац лиценце има релативно слаб положај на тржишту на подручју које му је додељено и мора знатно улагати како би могао ефикасно користити лиценцирану технологију.

На ограничења активне продаје на подручју или скупини потрошача додељеном другом стицаоцу лиценце, а који у моменту закључења уговора о лиценци није био конкурент даваоца лиценце, примењује се групно изузеће од картелне забране, под условом да лиценца није била унакрсна и под условом да је испуњен посебан услов који се тиче висине тржишног удела уговорних страна. Уколико овај посебан услов није испуњен, а уговорне стране располажу знатном тржишном снагом, примењује се картелна забрана. Упркос томе, ограничење се може сматрати неизбежним у смислу чл. 101(3) УФЕУ током временског раздобља потребног заштићеном стицаоцу лиценце за продор на ново тржиште и учвршћивање тржишног положаја на додељеном подручју или у односу на додељену групу потрошача. Ова заштита од активне продаје омогућава стицаоцу лиценце да савлада асиметрију с којом се суочава због тога што су други стицаоци лиценце већ активни на тржишту.

Ограничења пасивне продаје од стране стицаоца лиценце на подручју или скупини потрошача додељеној другом стицаоцу лиценце апсолутно су забрањена ограничења конкуренције.

У случају споразума између уговорних страна које нису конкуренти, ограничења продаје између даваоца и стицаоца лиценце подлежу групном изузећу до прописане висине тржишног удела. Изнад тога, ограничења активне или пасивне продаје од стране стицаоца лиценце за подручја или скупине потрошача резервисане искључиво за даваоца лиценце могу бити неопходна за ширење високовредних технологија тако да испуњавају опште услове за појединачно изузеће. То може бити случај када је тржишни положај даваоца лиценце на подручју на којем и сам комерцијално користи технологију релативно слаб. У другим случајевима, међутим, на ограничења продаје наметнута стицаоцу лиценце може бити примењена картелна забрана. То ће, по правилу, бити случај када давалац лиценце ужива знатан степен тржишне моћи и у случају кумулативног дејства серије сличних споразума закључених од стране даваоца лиценце који заједно имају веома снажан тржишни положај.

Ограничење продаје наметнуто даваоцу лиценце подложно је појединачном изузећу од картелне забране, осим ако не постоје стварне алтернативе технологији даваоца лиценце на тржишту или ако је стицалац лиценце прибавио право коришћења таквих алтернатива од трећих лица. Ако то није случај, онда се примењује појединачно изузеће од картелне забране

како би се стицалац технологије подстакао да инвестира у маркетинг и продају. Овај подстицај би био знатно смањен ако би се стицалац лиценце морао суочити са непосредним тржишним такмичењем даваоца лиценце чији трошкови производње нису оптерећени лиценцим накнадама.

Што се тиче ограничења продаје између стицалаца лиценци у споразумима о трансферу технологије закљученим између уговорних страна које нису конкуренти, групним изузећем обухваћена су ограничења активне продаје на подручјима односно скупинама потрошача. Изнад прописане висине тржишних удела, у случајевима када поједини стицаоци лиценце имају знатну тржишну снагу, примењује се картелна забрана. И поред тога, споразуми који садрже таква ограничења могу бити изузети по основу појединачног изузећа ако је ограничење конкуренције нужно за спречавање покушаја бесплатног коришћења технологије и за подстицање стицаоца лиценце да уложи средства која су нужна за ефикасно искоришћавање лиценциране технологије на својем подручју и да поспешује продају роба произведених према лиценцираној технологији. Ограничења пасивне продаје сматрају се апсолутно забрањеним ограничењима конкуренције.

3.4. Ограничења количине, квалитета или асортимана

Узајамна ограничења у погледу количине, квалитета или асортимана робе произведене према лиценцираној технологији представљају апсолутно забрањена ограничења конкуренције. Ова забрана не обухвата ограничења аупута наметнута стицаоцу лиценце у споразуму који није узајаман или једном од стицалаца лиценце у споразуму који јесте узајаман.²¹ Изнад прописане висине тржишног удела може се постићи појединачно изузеће када је технологија даваоца лиценце знатно боља од технологије стицаоца лиценце и ограничење по питању количине, квалитета или асортимана производње знатно премашује количину, квалитет или асортиман производње стицаоца лиценце у времену пре закључења споразума о трансферу технологије. Осим тога, давалац лиценце може бити несклон да лиценцира своју технологију ако не може ограничити лиценцу по питању производног капацитета. Ако споразум о лиценци доводи до стварне интеграције комплементарних средстава, ограничења наметнута стицаоцу лиценце могу испуњавати опште услове за изузеће. То међутим неће бити случај ако уговорне стране располажу знатном тржишном моћи.

На ограничења у погледу количине, квалитета или асортимана производње предвиђена уговором између уговорних страна које нису конкуренти примењује се групно изузеће, мада се овим ограничењем умањује међутехнолошка конкуренција. Зато, изнад прописане висине тржишних удела Комисија процењује тржишни положај уговорних страна и опсег у којем

²¹ На таква ограничења примењује се групно изузеће.

ограничење аутопута спречава стицаоца лиценце да задовољи потражњу за производима који се производе применом лиценциране технологије.

Ако се ограничење у погледу количине, квалитета и асортимана производње комбинује са искључивим подручјима или искључивим скупинама купаца, ограничавајућа дејства по функционисање конкуренције повећавају се до те мере да се комбинација ових ограничења сматра поделом тржишта. Мимо тога, давалац лиценце би требао бити слободан да одреди количину и асортиман произведен применом лиценциране технологије од стране стицаоца лиценце. Када давалац лиценце не би смео одредити количину и асортиман стицаоцу лиценце, низ уговора о лиценци не би био закључен и то би негативно утицало на ширење нових технологија, чиме би техничко-технолошки развој био успорен. То је посебно случај када је давалац лиценце истовремено и произвођач јер роба стицаоца лиценце произведена по лиценцираној технологији може доспети у главно подручје тржишног деловања даваоца лиценце и тако имати неповољан учинак на његово пословање. С друге стране, мање је вероватно да су ограничења количине и асортимана производње нужна да би се осигурало ширење технологије даваоца лиценце када су она у комбинацији са ограничењима продаје којима се стицаоцу лиценце забрањује продаја на подручју или скупини купаца који су резервисани за даваоца лиценце.

3.5. Ограничење поља примене

Под пољима примене подразумевају се: а) техничко подручје примене, б) тржиште производа и в) привредна грана.²² Поља примене су од значаја за уговарање и просуђивање допуштености трансфера технологије у случајевима када се иста технологија може користити за производњу различитих производа или се може уградити у производе који припадају различитим тржиштима производа. У таквим ситуацијама лиценца се може ограничити на једно или више поља примене.²³ О којем год се пољу примене радило у конкретном случају, оно мора бити објективно одређено упућивањем на смислене техничке карактеристике уговореног производа.

Поља примене се стицаоцу технологије могу доделити по основу искључиве или јединствене лиценце. Ограничења поља примене у комбинацији с искључивом или јединственом лиценцом ограничавају могућност даваоца лиценце да искоришћава властиту технологију, спречавајући га да је сам искоришћава (у случају искључиве лиценце) односно да је лиценцира трећим лицима (у случају било искључиве, било јединствене

²² Привредна грана може обухватати неколико тржишта производа, али не део тржишта производа. Међутим, тржиште производа може обухватати више техничких подручја примене.

²³ Ограничење поља примене не сматра се ограничењем *output*-а.

лиценце). Ако је уговор о унакрсној искључивој или јединственој лиценци закључен између конкурената, ограничење се сматра апсолутно забрањеним ограничењем конкуренције.

Ограничења поља примене могу бити повољна за функционисање конкуренције с обзиром да напредна технологија у том случају бива трансферисана за примену изван главног подручја рада даваоца лиценце. Када давалац лиценце не би могао спречити стицаоца лиценце да послује на пољу на којем и сам искоришћава технологију или на пољу где вредност технологије још није добро утврђена, то би могло обесхрабрити преносиоца технологије да уступа технологију или би он то чинио уз наплату виших лиценцих накнада.²⁴

Конкуренијскоправни режим ограничења поља примене у уговорима о трансферу технологије зависи од тога да ли су уговорне стране конкуренти или не. Ограничавања поља примене за стицаоца технологије у споразумима између стварних или потенцијалних конкурената подлеже групном изузећу до прописане висине тржишног удела. Главни ризик у случају таквих ограничења је да ће стицалац технологије престати бити конкурентан изван поља примене. Тај је ризик већи у случају унакрсног лиценцирања између конкурената када се уговором предвиђају асиметрична ограничења поља примене. Ограничење поља примене је *асиметрично* када једна уговорна страна може користити лиценцирану технологију у једној привредној грани, на тржишту производа или у техничком пољу примене, а друга уговорна страна може користити лиценцирану технологију у другој привредној грани, на тржишту производа или у другом техничком пољу примене. Проблеми у вези са конкуренцијом могу настати када се производни погон стицаоца лиценце, који је опремљен за примену лиценциране технологије, користи и за производњу производа изван поља примене за које је добио лиценцу, а коју робу производи његовом властитом технологијом. Ако у том случају постоји вероватноћа да ће количина произведене робе изван лиценцираног поља примене бити смањена, на споразум се примењује картелна забрана. *Симетрична* ограничења поља примене, односно споразуми којима уговорне стране једна другој издају лиценцу за узајамну примену својих технологија у истом пољу примене, по правилу, не потпадају под картелну забрану јер се њима додатно не ограничава конкуренција која је постојала док споразум није закључен. Осим тога, мала је вероватноћа да ће се картелна забрана примењивати у случају споразума којим се стицаоцу лиценце омогућује само развој и искоришћавање властите технологије у оквиру подручја примене лиценце без страха од тужбе за повреду права даваоца технологије. Док споразум није био закључен, стицалац лиценце ризиковао је да буде тужен за повреду права изван подручја примене лиценцираног поља примене. Међутим, ако стицалац лиценце без оправдања прекине или умањи своје пословне активности у подручју изван лиценцираног

²⁴ Водич, тач. 212. Додатна корист је отклањање ризика од тужби за повреду права, када је у датом подручју примене стицалац лиценце развио властиту технологију.

поља примене, то може упућивати на прикривени споразум о подели тржишта који представља апсолутно забрањено ограничење конкуренције.

Ограничењима поља примене у споразумима између уговорних страна које нису конкуренти, када давалац лиценце резервише једно или више тржишта производа или техничких поља примене за сопствену употребу, углавном се не нарушава конкуренција или се нарушава уз истовремено остваривање привредних користи по основу којих се остварује појединачно изузеће од картелне забране. На овај начин се давалац лиценце подстиче да лиценцира технологију ради њене употребе у пољима примена у којима преносилац технологије не жели сам да је искоришћава. Коначно, у споразумима између уговорних страна који нису конкуренти, давалац лиценце обично има право различитим стицаоцима лиценци дати и јединствену или искључиву лиценцу ограничену на једно или више поља примене.

3.6. Ограничења за употребу у сопствене сврхе

Ограничење употребе уступљене технологије за сопствене сврхе може се дефинисати као обавеза стицаоца технологије да производњу лиценцираног производа ограничи на количине које су потребне за производњу, одржавање и развој властитих производа. У том случају стицалац лиценце уступљену технологију може да користи само ради производње производа који представљају *input* у сопственој производњи, он је не може користити за „продају лиценцираног производа ради уградње у производе других произвођача.“²⁵ На ограничење употребе лиценциране технологије у сопствене сврхе примењују се групна изузећа до прописаних висина тржишног учешћа. Изнад прописаних висина тржишног удела, нужно је размотрити позитивна и негативна дејства ограничења на конкуренцију. У томе је смислу нужно разликовати споразуме између конкурената и оних уговорних страна које то нису.

У случају споразума о трансферу технологије закључених између конкурената, услед ограничења да производи само у сврху уградње у властите производе, стицалац лиценце је спречен да буде добављач компонената другим купцима. Ако пре закључења споразума, стицалац лиценце није био стваран или потенцијални добављач компонената другим произвођачима, уговарањем ограничења употребе лиценциране технологије у властите сврхе не мења се ништа у односу на претходну ситуацију. Ако је, с друге стране, стицалац лиценце био стваран или потенцијални добављач компонената другим произвођачима, нужно је преиспитати дејство споразума на ту активност. Ако стицалац лиценце опремањем за примену технологије даваоца лиценце престане самостално користити властиту технологију и тако престане бити добављач компонената, споразумом се ограничава конкуренција која је

²⁵ Водич, тач. 216.

постојала пре закључења споразума. Тиме се може проузроковати озбиљно нарушавање конкуренција када давалац лиценце располаже знатним степеном тржишне моћи на тржишту компонената.

У случају споразума о лиценци између уговорних страна које нису конкуренти, могу се уочити две основне опасности по конкуренцију. Прво, ограничење конкуренције у оквиру исте технологије на тржишту улазних компонената и друго, искључење арбитраже између стицалаца лиценце, чиме се повећава могућност да ће давалац лиценце стицаоцима лиценце наметнути дискриминаторске лицендне накнаде. С друге стране, ограничења употребе лиценциране технологије у властите сврхе могу имати позитивна дејства на конкуренцију. Ако је давалац лиценце добављач компонената, ограничење је можда нужно како би дошло до ширења технологије између уговорних страна које нису конкуренти. У недостатку ограничења преносилац технологије или не би уступио лиценцу или би то учинио уз веће лицендне накнаде, јер би у противном на тржишту компонената самом себи створио конкуренте. У таквим случајевима, ограничењем употребе технологије у властите сврхе конкуренција се или не нарушава или се споразум изузима од картелне забране. Међутим, стицалац лиценце не сме бити ограничен у продаји лиценцираног производа као резервних делова за властите производе. Стицаоцу лиценце се мора омогућити да слободно опскрбљује сервисно тржиште за властите производе, укључујући и снабдевање независних привредних организација које сервисирају и поправљају производе које је он произвео. Ако пак давалац лиценце није добављач на релевантном тржишту производа, не примењује се наведени разлог за наметање ограничења употребе технологије у властите сврхе. У таквим случајевима ограничење употребе технологије у властите сврхе може бити у функцији спречавања стицалаца лиценце да продају произвођачима који су конкуренција даваоцу технологије на другим тржиштима производа. Међутим, ограничење наметнуто стицаоцу лиценце да не продаје дефинисаним групама купаца које су резервисане за даваоца технологије обично представља мање ограничавајућу алтернативу. Због тога у таквим случајевима није нужно употребу технологије ограничити на употребу у властите сврхе, да би се постигла дифузија технологије.

3.7. Везана трговина и продаја у пакету

У контексту трансфера технологије, везана трговина настаје када преносилац технологије условљава трансфер технологије тиме да стицалац лиценце пристане на уступање још једне технологије или куповину роба или услуга од преносиоца технологије или лица које преносилац технологије одреди. Слична везаној трговини је продаја у пакету, а то је случај када се две технологије или технологија и роба и услуге продају само заједно - у пакету. Везана трговина и продаја у пакету постоји само онда када су предметни производи и технологије одвојени у смислу да постоји посебна тражња за

сваким од производа или технологија које су везане или чине пакет. То дакле није случај када су технологије или технологија и производ тако повезани да се лиценцирана технологија не може искоришћавати без везаног производа или се поједини делови пакета не могу користити једни без других.

У случају везане трговине и продаје у пакету, до прописаних висина тржишног удела примењује се групно изузеће. Изнад прописаних висина тржишног удела, неопходно је постићи равнотежу између позитивних и негативних дејстава везане трговине на конкуренцију.

Главно ограничавајуће дејство везане трговине на конкуренцију је онемогућавање приступа конкурентним добављачима везаног производа. „Везивање“ може допустити преносиоцу технологије да задржи тржишну моћ на тржишту везујућег производа постављањем препрека уласку на тржиште јер на тај начин може присилити нове учеснике на том тржишту да уђу на неколико тржишта истовремено. Осим тога, „везивање“ би могло омогућити преносиоцу технологије да повећа лицендне накнаде, посебно када су везујући производ и везани производ делимично супституабилни и када се не користе у фиксно одређеној пропорцији. Везаном трговином, стицалац лиценце се спречава да се пребаци на коришћење супституабилних улазних елемената када се повећају лицендне накнаде за везујући производ. Ови проблеми функционисања конкуренције услед везане трговине и продаје у пакету настају независно од тога да ли су уговорне стране конкуренти или не.

Да би везана трговина могла бити узрок негативних дејстава на конкуренцију, преносилац технологије мора располагати знатном тржишном снагом на тржишту везујућег производа како би ограничио конкуренцију на тржишту везаног производа. Ако тржишна моћ на тржишту везујућег производа није толико интензивна, преносилац технологије не може користити своју технологију у сврхе ограничавања приступа тржишту за добављаче везаног производа. Надаље, као и у случају обавезе на уздржавања од конкурисања, везаном трговином мора бити обухваћен пропорционални део тржишта везаног производа да би настало дејство спречавања приступа тржишту.²⁶

Везаном трговином се могу, међутим, постићи и позитивна дејства на конкуренцију. „То је случај када је везани производ нужен за технички задовољавајуће искоришћавање лиценциране технологије или да би се осигурало да је производња на основу лиценце у складу са стандардима квалитета које поштују давалац лиценце и други стицаоци лиценце.“²⁷ У таквим случајевима везаном трговином се или не ограничава конкуренција или

²⁶ У случају када преносилац технологије располаже тржишном моћи на тржишту везаног, али не и на тржишту везујућег производа онда се ограничење третира као обавеза уздржавања од конкуренције или као количинско ограничавање стицаоца лиценце.

²⁷ Водич, тач. 224.

је везана трговина обухваћена појединачним изузећем од картелне забране. Ако стицаоци лиценце користе жиг даваоца лиценце или ако је потрошачима на неки други начин очигледно да постоји веза између производа који је произведен лиценцираном технологијом и преносиоца технологије, преносилац технологије има легитиман интерес да одржи квалитет производа на оном нивоу на којем се неће умањивати вредност његове технологије нити његов пословни углед.

3.8. Забрана конкуренције

Забрана конкуренције у контексту трансфера технологије представља обавезу стицаоца технологије да се уздржи од приступа технологијама оних привредних субјеката који су конкуренти даваоцу лиценце. Забрана приступа конкурентним технологијама, осим што слаби конкуренцију на тржишту технологија, олакшава закључење тајних споразума међу даваоцима лиценци и смањује конкуренцијски притисак на висину лиценчне накнаде. Будући да је у оба случаја главни проблем ограничавање приступа конкурентној технологији, тржишно-правна анализа може, у принципу, бити иста без обзира да ли се уговор о трансферу технологије закључује између конкурената или не.

Забрана конкуренције може бити последица споразума које је закључио један преносилац технологије са знатном тржишном моћи или кумулативног дејства споразума по основу којих своју технологију на коришћење уступа више давалаца лиценце. У последњем случају знатно кумулативно дејство неће настати, све док је повезано мање од 50% тржишта. Што се пак конкурентних технологија тиче, њихови носиоци имају стварну могућност уласка на тржиште само ако имају приступ нужној инфраструктури за производњу и дистрибуцију. То значи да лакоћа уласка на тржиште зависи не само од доступности стицалаца лиценци, већ и приступу дистрибуцији (а приступ дистрибуцији се оцењује према правилима о изузећу вертикалних споразума).

Када преносилац технологије располаже знатном тржишном моћи, забраном конкуренције функционална конкуренција може бити озбиљно нарушена. При томе, забрана конкуренције уопште не мора нужно обухватати битан део јединственог тржишта. Уз све то, ризик по нарушавање конкуренције додатно се повећава када је број потенцијалних стицалаца технологије крајње ограничен. У таквим случајевима ће препреке уласку на тржиште новог даваоца лиценце бити оцењене као високе. Забрана конкуренције ће бити ризичнија по функционисање конкуренције када се роба која се производи употребом лиценциране технологије користи као улазна компонента за сопствену производњу, односно производњу за сопствене сврхе, него када се роба произведена применом лиценциране технологије продаје трећим лицима, односно пушта у промет, „јер у се у том случају забраном конкуренције не

утиче на потражњу нисходно од стицаоца лиценце.²⁸ За улазак на тржиште у тој варијанти, новим даваоцима лиценце довољно је да имају приступ једном или неколицини стицалаца лиценци који располажу одговарајућим производним способностима.

Забраном конкуренције могу се остварити и позитивна дејства на тржиште. Као прво, таква забрана може бити у функцији дифузије технологија јер када би стицалац технологије уједно искоришћавао конкурентне технологије, израчунавање лиценцих накнада би могло бити отежано. Као друго, забрана конкуренције у комбинацији са искључивим подручјем може бити нужна како би се стицалац лиценце подстицао на улагања која су неопходна за ефикасно коришћење технологије уступљене на коришћење. Додуше, у том случају ће се за појединачно изузеће појединих споразума захтевати мање ограничавајућа алтернатива као што је на пример одређивање минималне количине робе коју је нужно произвести употребом уступљене технологије што би требало да има мањи потенцијал за спречавање приступа конкурентним технологијама. И као треће, у случајевима када се преносилац технологије обавезује на знатна специфична улагања, на пример, за оспособљавање и за прилагођавање лиценциране технологије потребама стицаоца лиценце, забрана конкуренције може бити нужна како би се давалац лиценце одважио на таква улагања. Овде, додуше, треба признати да се у уговорима о трансферу технологије предвиђа да се таква улагања наплаћују паушално, и ако је то могуће постићи у конкретном случају, онда ограничење конкуренције на овај начин није нужно.

4. Технолошка удружења

У конкуренцијскоправном смислу, технолошка удружења су споразуми којима уговорне стране формирају технолошки пакет који се ради коришћења уступа, не само уговорним странама, већ и трећим лицима, изван технолошког удружења. Оно што је у вези са технолошким удружењима битно напоменути то је да се за уступање на коришћење формираног технолошког пакета издаје једна лиценца. За примену права конкуренције није битно да ли технолошко удружење формира посебну организациону структуру или не.²⁹

Технолошка удружења остварују низ позитивних ефеката на привреду као што су смањење трансакцијских трошкова и наплата кумулативних лиценцих накнада чиме се избегава двострука маргинализација. Ово је посебно важно у оним привредним гранама у којима је за коришћење правно заштићених добара интелектуалне својине потребно исходovati лиценцу од бројних привредноправних субјеката. Даље, у случајевима када стицаоци лиценце добијају трајне услуге у вези са применом лиценциране технологије, услуге

²⁸ Водич, тач. 230.

²⁹ У случају формирања посебне организационе структуре, технолошким пакетом управља посебан правни ентитет.

заједничког лиценцирања могу снизити трошкове сервисирања. Патентно удружење може позитивно утицати на усвајање техничких стандарда у датој привредној грани или у погледу предметне робе или услуге.

Све то не значи да утицај технолошких удружења на функционалну конкуренцију не може бити негативан. „Стварање технолошког удружења нужно подразумева заједничко уступање предметног скупа технологија, што се у случају удружења које се састоји само од или углавном од супститутабилних технологија, може поистоветити са картелом за одређивање цена.“³⁰

Споразуми о формирању технолошког удружења нису предмет групног изузећа од картелне забране због броја уговорних страна (више од две). Али то није једини разлог.³¹ Наиме, предмет споразума о формирању технолошког удружења није трансфер технологије стицаоцу лиценце ради њеног коришћења у производне сврхе, већ пре свега: формирање технолошког удружења (укључујући и критеријуме и начин одабира технологија које ће чинити технолошки пакет), управљање технолошким удружењем и формулисање услова под којима ће се формирани технолошки пакет уступати трећим лицима.

4.1. Оснивање и рад технолошких удружења

Начином оснивања, организацијом и радом технолошког удружења може се смањити ризик од тога да он за циљ или последицу има нарушавање конкуренције, већ да ће супротно томе, својим устројством, допринети функционисању такмичења на тржишту. Приликом процене ризика по конкуренцију и доприноса привреди и друштву, Комисија између осталог води рачуна о: транспарентности поступка оснивања удружења, одабиру и природи окупљених технологија, мери до које су у стварању и управљању удружењем учествовали независни стручњаци, те да ли су и како уређени заштита у размени поверљивих информација и решавање спорова.

Када је учествовање у поступку оснивања технолошког удружења и техничких стандарда отворено свим заинтересованим субјектима, постоји већа вероватноћа да ће се технологије за формирање технолошког пакета бирати на основу објективних критеријума као што су цена и квалитет, него кад удружење успоставља бројчано ограничена група власника технологије.

³⁰ Водич, тач. 246. У поменутој тачки Водича се даље наводи да осим што слабе конкуренцију међу члановима технолошког удружења, технолошка удружења могу, поготово кад подржавају индустријски стандард или га *de facto* успостављају, довести до смањења иновација ограничавањем приступа алтернативним технологијама. Додатно, постојање стандарда и с њим повезаног технолошког удружења, може отежати улазак нових и побољшаних технологија на тржиште.

³¹ У неким случајевима, он не би ни био препрека подвођењу споразума о технолошком удружењу под одредбе о групном изузимању споразума о трансферу технологије од правног дејства картелне забране.

Ризици по функционисање конкуренције и потенцијал за јачање доприноса привреди и друштву у великој мери зависе од односа између одабраних технологија и технологија изван технолошког удружења. Између осталог, тај однос може подразумевати однос између технолошких допуна и технолошких замена с једне и однос између основних и споредних технологија с друге стране. Две технологије једна другу надопуњују, а не замењују, када су обе потребне за производњу производа или обављање процеса на који се технологије односе. Две технологије су пак заменљиве када корисник за производњу или процес може користити било коју. Технологија може бити основна а) за производњу производа или обављање процеса на који се технологија односи или б) за производњу производа или обављање процеса у складу са техничким стандардом. У првом случају технологија је основна ако нема одрживих замена³² и ако представља нужни део технолошког пакета. У другом случају технологија је основна ако чини нужан део технолошког пакета потребног за задовољење техничког стандарда који подржава дато технолошко удружење.³³

Када су технологије у удружењу заменљиве, лицендне накнаде биће веће него што би биле иначе, јер стицаоци лиценци немају користи од ривалства између предметних технологија. Када се технологије у удружењу надопуњују, технолошко удружење снижава трансакционе трошкове и то може резултирати нижим укупним лиценцим накнадама јер учесници могу одредити заједничке лицендне накнаде за пакет за разлику од ситуације у којој сваки давалац лиценце појединачно одређује лиценцну накнаду за своју технологију, не узимајући при том у обзир да повећање лицендне накнаде за једну технологију обично смањује потражњу за комплементарним технологијама. Ако се лицендне накнаде за комплементарне технологије одређују појединачно, укупна вредност тих лиценцих накнада ће често премашивати ону коју би технолошко удружење заједно одредило за пакет тих истих комплементарних технологија.

Разлика између комплементарних и заменљивих технологија није увек јасна јер се технологије делом могу надопуњавати, а делом замењивати. Када је због повећања привредне ефикасности (као последице интеграције две технологије) вероватно да ће стицаоци лиценце тражити уступање обеју технологија, оне се сматрају комплементарнима, чак и ако су делимично заменљиве. У тим случајевима постоји вероватноћа да би, да нема удружења, стицаоци лиценци хтели лиценцирати обе технологије због додатних привредних користи од коришћења обе технологије за разлику од коришћења само једне од њих. У недостатку таквих доказа утемељених на тражњи, о комплементарности удружених технологија закључује се: 1. ако чланови који

³² Одрживост технологије процењује се како са техничког тако и са комерцијалног становишта.

³³ „Основне технологије су исто тако нужно надопуњујуће“ (Водич, тач. 252).

технологијама придонесе удружењу и даље слободно могу лиценцирати своје технологије појединачно и 2. ако је удружење вољно, осим што лиценцира пакет технологија свих чланова, да лиценцира технологију сваког члана посебно и 3. ако укупне лицендне накнаде које се наплаћују приликом узимања засебних лиценци свих удружених технологија не премашују лицендне накнаде које удружење наплаћује за целокупан пакет технологија.

Уношење заменљивих технологија у удружење обично ограничава конкуренцију међу технологијама јер може довести до стварања колективних пакета и одређивања цена договором између конкурената. Становиште је административноправне праксе да уношење у технолошки пакет значајних заменљивих технологија представља повреду картелне забране, без могућности примене правила о појединачном изузећу. У овом случају изостаје и уштеда по основу трансакционих трошкова. Но оно што је најбитније, то је да стипендијаци лиценце не би тражили уступање обеју технологија, да нема технолошког удружења. Повреда картелне забране неће се отклонити предвиђањем могућности да имаоци заменљивих технологија могу ове технологије самостално лиценцирати. То је зато што чланови удружења неће бити посебно заинтересовани да лиценцирају самостално јер би тиме умањили активности удружења на лиценцирању технолошког пакета, а што им пак омогућава да заједнички остварују тржишну моћ.

Још један важан фактор за оцену конкуренцијских ризика и привредног доприноса технолошких удружења јесте мера до које су независни стручњаци ангажовани у стварању и раду удружења. На пример, процена да ли је технологија битна за технички стандард који удружење подражава, сложено је питање које захтева посебну стручност. Укључивање независних стручњака у поступак одабира технологија може бити гаранција да ће технолошки пакет чинити само битне технологије. Истовремено то осигурава и такмичење међу технологијама. Због тога у оцени споразума о технолошком удружењу Комисија узима у обзир *начин* одабира стручњака и *послове* које би они требало да обављају. Стручњаци би требали да буду независни од предузећа која оснивају удружење. Ако су стручњаци повезани са имаоцима технологија или на неки други начин зависе од њих, укљученост стручњака „губи на тежини“. Стручњаци морају располагати нужним техничким знањима за обављање функција које су им поверене, а које, између осталог, обухватају процену да ли су технологије које су предложене за укључивање у пакет правно ваљане и јесу ли основне.

За оцену споразума о технолошком удружењу битан је предвиђени начин решавања спорова. Што се више решавање спорова поверава независним органима, то је већа вероватноћа да ће решавање спорова бити непристрасно.

На олигополистичким тржиштима размена информација о ценама и количини произведене робе може олакшати тајно договарање. Зато су за Комисију од посебне важности мере заштите поверљивих информација. Сматра се да ангажовање независног стручњака или тела за лиценцирање могу

бити од посебног значаја ако би они били овлашћени да податке о цени, обиму и структури производње, а који су им подаци неопходни за израчунавање лицендне накнаде, не откривају члановима удружења. Мере за заштиту поверљивих информација су веома важне када заинтересоване стране истовремено учествују у напорима за оснивање технолошких удружења са конкурентским стандардима јер то може довести до размене поверљивих информација између конкурентских удружења.

Имајући у виду наведено, на оснивање и рад удружења не примењује се картелна забрана ако су кумулативно испуњени следећи услови: 1. учешће у оснивању удружења отворено је свим заинтересованим титуларима права на технологију, 2. технолошки пакет чине само основне (па стога нужно и комплементарне) технологије, 3. примењују се адекватне заштитне мере ради спречавања размене поверљивих информација (као што су информације о ценама, обиму и структури производње) преко мере потребне за оснивање и рад удружења, 4. Технологије из пакета се лиценцирају на неискључивој основи, 5. Технолошки пакет се лиценцира под условима *FRAND*-а,³⁴ 6. чланови удружења, а исто тако и стипендијаци лиценци, могу оспоравати ваљаност и нужност окупљених технологија и 7. чланови удружења, а исто тако и стипендијаци лиценци, уживају слободу развоја конкурентних производа и технологија.

Када су технолошким пакетом обухваћени значајни надопуњујући, али споредни патенти, постоји ризик од ограничавања приступа технологијама трећих лица. Када је технологија укључена у удружење и лиценцира се као део пакета, стипендијаци лиценце неће имати подстицај за лиценцирање конкурентне технологије када лиценсна накнада плаћена за пакет већ обухвата заменљиву технологију. Осим тога, укључивање технологија које нису нужне за производњу производа и обављање процеса на које се односи технолошко удружење или ради усклађивања са стандардом који укључује окупљене технологије, присиљава стипендијаци лиценци да плате и за ону технологију која им неће требати. Због тога се на овакво технолошко удружење примењује картелна забрана, поготово ако удружење има значајан положај на релевантном тржишту.

Будући да је развој заменљивих или комплементарних технологија могућ и након оснивања технолошког удружења, оцена неопходности технологије не престаје нужно с оснивањем удружења. Технологија може постати споредна након стварања удружења из простог разлога континуираног техничко-технолошког напретка. Када удружење дозна да је стипендијаци лиценци понуђена таква нова технологија трећег лица или да је они траже, оно може избећи питање ограничавања приступа тако да новим и постојећим стипендијаци лиценци понуди лиценцу без технологије која више није основна технологија уз

³⁴ Најкраће речено, под условима *FRAND*-а подразумевају се поштени, разумни и недискриминаторски услови.

плаћање снижене лицендне накнаде. Међутим, постоје и други начини на које се може осигурати да технологије трећих лица не буду искључене из конкуренције.

Приликом оцене технолошких удружења која обухватају споредне, али комплементарне технологије, Комисија ће, између осталог, узети у обзир следеће факторе: а) да ли се споредним технологијама постижу позитивни тржишни ефекти; б) могу ли даваоци лиценци самостално лиценцирати своје технологије,³⁵ в) нуди ли технолошко удружење технологије искључиво као свеобухватни технолошки пакет или нуди различите пакете за различите техничке примене, од којих сваки садржи само оне технологије које су важне за предметну примену, исто тако г) да ли су технологије доступне само као јединствен пакет или стицаоци лиценци могу добити лиценцу за део пакета (уз плаћање реалне лицендне накнаде која се односи само на одабране технологије).³⁶

4.2. Оцена појединачних ограничења у споразумима о трансферу технологије између удружења и стицалаца лиценци

Ако споразум о оснивању технолошког удружења не представља повреду картелне забране, следећи корак је оцена како споразум о трансферу технологије закључен између удружења и стицалаца лиценци утиче на функционалну конкуренцију. На услове под којима се додељује лиценца, такође се може примењивати картелна забрана. При свему томе Комисија се у оцени ових споразума руководи следећим начелима: а) што је моћнији положај удружења на тржишту, то је већи ризик од штетног дејства на функционисање конкуренције; б) што удружење има моћнији положај на тржишту, то је вероватније да ће лиценцирање уз дискриминацијске услове представљати повреду картелне забране; в) технолошка удружења не би смела неоправдано

³⁵ Ако се удружење састоји од ограниченог броја технологија и изван удружења постоје заменљиве технологије, стицаоци лиценци, ако би то желели, требали би имати могућност да саставе властити технолошки пакет који ће се делимично састојати од технологија које чине технолошки пакет удружења и технологија које су у власништву субјеката изван технолошког удружења.

³⁶ Могућност добијања лиценце само за део пакета доприноси смањењу ризика од ограничавања приступа технологијама трећих лица изван удружења. Ово посебно када стицалац лиценце добија одговарајући попуст у лиценцим накнадама. То значи да се део укупног износа лицендне накнаде мора доделити свакој технологији у удружењу. У вези са овим интересантна је још једна ситуација. Наиме, када се уговори о трансферу технологије закључују на дуг временски период, а окупљена технологија *de facto* подржава технички стандард у привредној грани, потребно је узети у обзир чињеницу да ли стицаоци лиценце могу раскинути део уговора о лиценци, те хоће ли им се износ лиценцих накнада пропорционално снизити.

ограничавати приступ технологијама трећих лица нити ограничавати стварање алтернативних технолошких удружења и г) споразуми о трансферу технологије не смеју садржати клаузуле о апсолутно забрањеним ограничењима конкуренције.

Титулари права на технологију који оснивају технолошко удружење чине то без повреде картелне забране када могу слободно преговарати о лиценцим накнадама како би се одредила лиценцна накнада за целокупан пакет и за удео сваке технологије у лиценцној накнади. Такав споразум је саставни део оснивачког акта технолошког удружења и не може се сматрати ограничавајућим по функционисање конкуренције. Понекад је, међутим, боље споразум о лиценцим накнадама постићи пре одабира техничког стандарда како би се избегло да се услед избора техничког стандарда повећава стопа лиценцих накнада уз пренос значајног степена тржишне снаге на једну или више основних технологија. Независно од споразума о висини лиценцне накнаде постигнутог између чланова технолошког удружења, стицаоци технологије не смеју бити ограничени у могућности да цену производа произведених применом уступљене технологије слободно одређују.

Ако удружење има доминантан положај на тржишту, лиценцне накнаде и други услови уступања технологије на коришћење не смеју бити претерани нити дискриминаторски, а лиценце не смеју бити искључиве. Ово је неопходно како би се осигурало функционисање конкуренције на малопродајним тржиштима. То наравно не значи да се за различите сврхе не смеју формирати различите стопе лиценцих накнада. Наиме, конкуренција се не сматра ограниченом ако се различити износи лиценцих накнада примењују на различита тржишта производа. Поред тога, поступање према стицаоцима лиценци из удружења не сме зависити од тога да ли су они истовремено и преносиоци технологија. У том смислу чланови удружења морају бити изједначени по својим обавезама у вези са плаћањем лиценцне накнаде са стицаоцима лиценце изван технолошког удружења.

Чланови технолошког удружења не смеју бити ограничени у развоју конкурентних производа и стандарда, нити им се сме ограничити право на стицање лиценце изван технолошког удружења. Даље, обавезе уступања побољшања ни у ком случају не смеју бити искључиве и морају бити ограничене на уступање само оних побољшања која су нужна или важна за примену технологија из технолошког пакета.

Један од највећих изазова технолошког удружења је заштита патената који нису правно ваљани. Удруживање може повећати како трошкове тако и ризике успешног оспоравања правне ваљаности патента из технолошког пакета. Зато су одредбе о неоспоравању, укључујући и оне о раскиду споразума у уговорима о трансферу технологије између технолошког удружења и трећих лица, противне картелној забрани.

*Stefan Šokinjov, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

THE INDIVIDUAL EXEMPTION OF TECHNOLOGY TRANSFER AGREEMENTS FROM CARTEL PROHIBITION IN THE EUROPEAN UNION ANTITRUST LAW

Summary

The question of individual exemption of technology transfer agreements is propounded in two main cases. The first is when market shares of contractual parties exceed prescribed thresholds for block exemption. The second is when technology transfer agreement involves more than two parties. In these cases the technology transfer agreement can not be exempted on the basis of block exemption rules, but it does not automatically mean that such agreement is prohibited and void. If such technology transfer agreement does not restrain competition or does but general conditions for exemption of restrictive agreements are fulfilled it is considered valid and enforceable.

Key words: *technology transfer, restrictive agreements, individual exemption, antitrust law, European Union.*