II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN
de 23 de marzo de 1990
relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE
(IV/32.736 — Moosehead/Whitbread)
(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)

(90/186/CEE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado [1], cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal y, en particular, sus artículos 6 y 8,

Vista la notificación de fecha 2 de junio de 1988 realizada por Whitbread & Co Plc y Moosehead Breweries Ltd. sobre la concesión de Moosehead a Whitbread de una licencia exclusiva para producir y vender cerveza en el Reino Unido con la marca comercial Moosehead,

Visto el resumen de la notificación [2] publicado con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17,

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

Considerando lo que sigue:

I. HECHOS

La notificación

(1) El 2 de junio de 1988, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento nº 17, Moosehead Breweries Limited, New Brunswick, Canadá y Whitbread and Company Plc, Londres, notificaron a la Comisión una serie de acuerdos celebrados entre sí con fecha de 12 de mayo de 1987 y 1 de mayo de 1988.

(2) Las partes solicitaron una declaración negativa o, en su defecto, una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

Las partes

(3) Moosehead tiene su sede central en New Brunswick, Canadá y es una filial al 100 % de Sevenacres Holding Limited. Moosehead se dedica sobre todo a la fabricación, venta y distribución de cerveza y no realiza actividades relacionadas con este producto en la Comunidad.

(4) Whitbread es una empresa cervecera constituida en Inglaterra, que explota aproximadamente unos 6 000 establecimientos de bebidas, administrados o arrendados por ella. Su volumen de negocios en 1987 fue de 1 554 000 000 de libras esterlinas.

El producto y el mercado

(5) Los acuerdos se refieren a la elaboración en el Reino Unido de una cerveza que Moosehead vende en Canadá y en otros países con la marca comercial « Moosehead » (en lo sucesivo « el Producto »). Esta cerveza se parece en su composición y grado alcohólico a otras cervezas « non-premium lagers » que actualmente se venden en el Reino Unido, aunque según las partes notificantes tiene un sabor especial típico de las cervezas « lagers » canadienses.

[1] DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
[2] DO nº C 179 de 15. 7. 1989, p. 13.

(6) 1. Como se indicó en la Decisión 84/381/CEE de la Comisión [1], (Carlsberg), el mercado de la cerveza del Reino Unido se distingue del resto de los mercados europeos en los siguientes puntos:

2. En el Reino Unido, la cerveza se vende en su mayor parte en los establecimientos públicos autorizados para el consumo de bebidas alcohólicas (« pubs ») en forma de cerveza de barril; el 81 % [2] del total de la cerveza se vende en establecimientos autorizados a tal efecto *(on-licenced)* y el 75 % de toda la cerveza vendida en el Reino Unido es de barril. En 1987, la cerveza « lager » representó un 45 % del consumo total de cerveza en el Reino Unido [3]. Si se quiere vender en el Reino Unido una nueva cerveza en cantidades importantes, es preciso que el vendedor tenga acceso a un cierto número de establecimientos de bebidas.

3. Las empresas cerveceras distribuyen esencialmente su cerveza en el Reino Unido utilizando sus propios camiones. No existe, por tanto, en el Reino Unido una red de distribución de cerveza independiente a gran escala.

4. La mayor parte de los establecimientos de bebidas del Reino Unido están obligados contractualmente a comprar la cerveza a una única empresa cervecera. De hecho, son propiedad de la empresa con la que firman estos acuerdos. Puesto que casi toda la cerveza de barril, que supone más del 75 % de las ventas totales de cerveza, se vende en los « pubs » y puesto que el 57 % de todos los establecimientos autorizados *(on-licenced)* del Reino Unido son propiedad de las empresas cerveceras y están « vinculados » a ellas, es muy útil, por no decir indispensable, para un cervecero extranjero que pretenda introducirse en el mercado del Reino Unido obtener la ayuda de una empresa nacional importante.

Es probable que el número de establecimientos autorizados que están obligados a comprar a una única empresa cervecera disminuya el 1 de noviembre de 1992, cuando como consecuencia de la aplicación de The Supply of Beer Order (Orden sobre suministro de cerveza) todos los productores nacionales de cerveza con más de 2 000 establecimientos autorizados deban abandonar la exclusiva de sus productos en un 50 % de sus establecimientos que superen el umbral de 2 000. También, los establecimientos autorizados obligados a comprar a una única empresa cervecera quedarán libres para elegir otra cerveza y comprar otras bebidas no alcohólicas a cualquier otro proveedor a partir del 1 de mayo de 1990. No obstante, una parte importante del consumo total de cerveza en el Reino Unido seguirá realizándose a través de canales « vinculados ».

5. Los seis principales fabricantes de cervezas del Reino Unido [4] que en 1987 tenían aproximadamente una cuota de mercado en este país del 82 %, venden muchos tipos diferentes de cervezas, así como distintas marcas de cervezas « lager ». Whitbread consiguió el 12 % de las ventas de cerveza al por menor en 1987.

[1] DO nº L 207 de 2. 8. 1984, p. 26.
[2] Los datos estadísticos que figuran en este punto son estimaciones de Whitbread Plc.
[3] Informe MMC, p. 10.
[4] Allied, Bass, Elders, Grand-Metropolitan, Scottish & Newcastle and Whitbread.

El acuerdo

Disposiciones generales

(7) 1. El acuerdo en cuestión se compone de tres contratos: el Marketing and Technical Agreement y el Trade Mark User Agreement, de fecha 12 de mayo de 1987 (contrato relativo a la comercialización y cuestiones técnicas y contrato relativo a la utilización de la marca comercial) y el Assignment Agreement, de fecha 1 de mayo de 1988 (contrato de cesión). La Comisión considera que estos tres contratos forman parte de un mismo acuerdo, (en lo sucesivo « el Acuerdo »).

2. Según los términos del Acuerdo, Moosehead concede a Whitbread el derecho único y exclusivo de fabricar, promover, comercializar y vender cerveza con el nombre « Moosehead » en el territorio concedido (el Reino Unido, las Islas del Canal y la Isla de Man) (en lo sucesivo « el Territorio »), utilizando el *know-how* secreto de Moosehead. Como contrapartida de este derecho exclusivo, Whitbread deberá pagar un canon.

3. Whitbread conviene en que tanto la calidad de la cerveza como el tipo y la calidad de las materias primas observarán las especificaciones de Moosehead.

4. Whitbread conviene en no captar clientes ni abrir ninguna sucursal ni disponer de ningún depósito para la distribución del producto fuera del territorio. No obstante, podrá satisfacer los pedidos que tengan su origen en la propia iniciativa de compradores pertenecientes a los Estados miembros.

5. Durante el período de vigencia del acuerdo, Whitbread conviene en no elaborar ni promover dentro del territorio concedido ninguna otra cerveza del tipo canadiense.

Disposiciones sobre la marca comercial

(8) 1. Según los términos del acuerdo, Whitbread conviene en vender el producto exclusivamente con la marca comercial « Moosehead », así como en utilizar dicha marca sólo en relación con o sobre el producto.

Los derechos de propiedad relativos a la marca comercial en el Reino Unido se conceden conjuntamente a Whitbread y Moosehead. Según las partes, la finalidad de esta concesión es otorgar a Whitbread una mayor garantía de su derecho a utilizar la marca comercial durante el período de vigencia del acuerdo. Moosehead concede a Whitbread una licencia exclusiva para la utilización de la marca comercial en relación con el producto en el Reino Unido hasta la expiración del acuerdo.

2. En el acuerdo se estipula que Moosehead no registrará ni utilizará, sin el consentimiento de Whitbread, ninguna marca comercial que se parezca o pueda razonablemente ser confundida con la marca de Moosehead en el territorio y que Whitbread, por su parte no presentará ninguna solicitud de registro de dicha marca.

3. Por otra parte, Whitbread reconoce el derecho de Moosehead sobre la marca comercial, así como la validez del registro que esta última haya hecho como titular de la misma. Whitbread se compromete a respetar todas las condiciones que puedan derivarse del registro de la marca comercial, así como a no realizar ningún acto que invalide o pueda invalidar dicho registro o derecho, ni a solicitar una modificación o cancelación del registro de la marca.

4. El acuerdo prevé que, en el momento de su expiración, Whitbread cederá a Moosehead sus derechos e intereses sobre la marca comercial y el fondo de comercio asociado a ella y se unirá a esta última para cualquier solicitud de registro de Moosehead como único titular de la marca. En consecuencia, a partir de este momento, Whitbread dejará de utilizar dicha marca.

Disposiciones sobre el « know-how »

(9) 1. Moosehead conviene en facilitar a Whitbread todo el *know-how* preciso para elaborar el producto y, además, en suministrar la levadura que pueda necesitar.

2. Whitbread conviene en seguir las instrucciones y especificaciones de Moosehead relativas al *know-how*, así como en adquirir la levadura sólo a esta empresa o a un tercero designado por Moosehead.

3. Whitbread conviene en utilizar el *know-how* comunicado por Moosehead únicamente para la elaboración del producto, así como en mantener la confidencialidad del mismo.

(10) Las partes acordarán conjuntamente la política de promoción del producto, los planes de marca y las previsiones de ventas en el territorio ; sin embargo, Whitbread será el único responsable de la aplicación de esa política y sufragará los costes de la misma.

Duración del acuerdo

(11) El acuerdo entró en vigor el 1 de mayo de 1987 con carácter indefinido, a menos que sea resuelto con arreglo a las siguientes disposiciones :

— cualquiera de las partes puede poner fin al acuerdo mediante un preaviso de uno a diez años, siempre y cuando Whitbread no haya vendido las cantidades del producto especificadas.

— cualquiera de las partes puede poner fin al acuerdo mediante un preaviso más breve si una de ellas incumple alguna de sus obligaciones contractuales o si se produce un cambio sustancial en la titularidad o en el control ejercido por cualquiera de ellas.

(12) Una vez que expire el acuerdo, Whitbread estará obligado a abandonar la elaboración del producto, a restituir el *know-how* a Moosehead y a no utilizarlo en el futuro. Además, Whitbread no podrá utilizar la marca después de la expiración del acuerdo y deberá ceder a Moosehead los derechos e intereses adquiridos sobre dicha marca. Whitbread está obligado asimismo a mantener la confidencialidad de este *know-how* frente a terceros.

Alegaciones de las partes

Las partes han presentado las siguientes observaciones :

(13) 1. Dado que Moosehead no posee una marca en Europa y que ni Moosehead ni ninguna de sus compañías vinculadas tienen instalaciones de fabricación en la Comunidad Europea, ni red de distribución de cerveza, ni experiencia alguna en el mercado de la cerveza del Reino Unido, no sería comercialmente viable para Moosehead a corto plazo abrir sus propias instalaciones de fabricación del producto. No sería económicamente rentable que Moosehead estableciese su propia red de distribución o realizase sus ventas a través de mayoristas independientes, debido a la naturaleza del mercado minorista de la cerveza y a la distancia y escala que deberían tener lugar dichas ventas.

2. Whitbread tiene una experiencia limitada en cervezas « lagers » canadienses y concretamente no tiene acceso a la levadura de cultivo especial que da a la cerveza « lager » de Moosehead el sabor típico que la distingue de otras « lagers », ni a la información técnica de Moosehead que es necesaria para fabricar el producto a que se refiere el acuerdo. En consecuencia, Whitbread carece de conocimientos técnicos para fabricar este nuevo producto en el mercado del Reino Unido sin ayuda de Moosehead. No obstante, las instalaciones y experiencia que Whitbread posee en la fabricación de cerveza la capacitan para fabricar la cerveza de Moosehead para su venta en el territorio si Moosehead le proporciona esta ayuda. Además, Whitbread no posee una marca comercial canadiense que sea bien conocida.

3. Las partes alegan que el acuerdo, por los hechos anteriormente mencionados, contribuirá a mejorar la producción o la distribución de los productos, (i) porque sin este acuerdo no hubiera podido disponerse de la cerveza tan rápidamente ni en una zona tan extensa, con lo que el producto habría llegado a menos clientes y en fecha posterior; y (ii) dado que el acuerdo permitirá que el producto sea fabricado en el territorio, el producto suministrado será probablemente más fresco y más barato que de no haber sido así, debido a la reducción de la distancia de transporte.

Debido a la feroz competencia existente en el mercado de la cerveza « lager », los acuerdos beneficiarán a los consumidores y, además, se evitará que el acuerdo suprima la competencia en una parte importante de los productos en cuestión.

Las cláusulas del acuerdo que suponen restricción de competencia son indispensables para que Whitbread invierta con suficiente seguridad sumas importantes a la hora de lanzar una nueva cerveza en un mercado ya competitivo y para que Moosehead pueda encargar la fabricación y venta de su producto a otro fabricante sabiendo perfectamente que el concesionario pondrá todo su empeño, en lo que se refiere a la promoción y venta de « lagers » canadienses, exclusivamente en la cerveza de Moosehead.

4. El compromiso de Whitbread de no vender determinadas cervezas de la competencia durante el período de validez del acuerdo es indispensable para alcanzar los objetivos del acuerdo.

(14) Las terceras partes interesadas no han presentado objeciones posteriormente a la publicación realizada con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17.

II. VALORACIÓN JURÍDICA

Apartado 1 del artículo 85

(15) 1. La marca comercial exclusiva y la licencia de *know-how* para la fabricación y comercialización de la cerveza Moosehead, la prohibición de ventas activas fuera del territorio y la cláusula de no competencia, a que se hace referencia respectivamente en la última frase del punto 8.1, y en los puntos 7.2, 7.4 y 7.5, entran dentro de la prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 85, puesto que tienen como objetivo o resultado una apreciable restricción de la competencia dentro del mercado común.

En este caso, debido al carácter exclusivo de la licencia se excluye a terceras partes (a saber, los otros cinco importantes fabricantes de cerveza del territorio) de la utilización como concesionarios de la marca comercial Moosehead, pese a su posible interés y a su capacidad a este respecto.

Del mismo modo, la prohibición de ventas activas fuera del Reino Unido impuesta al concesionario y la prohibición de comercializar marcas de cerveza de la competencia constituyen importantes restricciones de competencia, ya que Whitbread por su gran capacidad de producción podría abastecer otros mercados dentro del mercado común y distribuir otras marcas canadienses.

Es posible que estas restricciones de competencia afecten al comercio entre los Estados miembros de modo importante, ya que como consecuencia de dichas restricciones se crearán unas condiciones comerciales entre los Estados miembros diferentes de las que se hubieran dado sin tales restricciones y, debido a la importancia de las partes del acuerdo, su influencia en las condiciones del mercado es apreciable. Esto es lo que sucede concretamente con la prohibición de ventas activas fuera del territorio.

2. Las restantes cláusulas del acuerdo no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, puesto que le objetivo o consecuencia de las mismas no supone una restricción importante de la competencia dentro del mercado común. Se refieren, por ejemplo, a la obligación de Whitbread de mantener determinadas normas de calidad, a determinadas cláusulas de *know-how* y a la cláusula de no impugnación de la marca comercial.

3. Las disposiciones de *know-how* establecidas en los puntos 9.1, 9.2 y 9.3 no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, puesto que no son exclusivas, son meramente disposiciones accesorias para la concesión de la licencia, para que ésta pueda surtir efecto.

Concretamente, la obligación de compra exclusiva de la levadura a que se refiere el punto 9.2, no entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, puesto que es preciso garantizar una fabricación técnicamente satisfactoria de la tecnología concedida y la identidad entre la cerveza « lager » producida originariamente por Moosehead y la misma cerveza « lager » producida por Whitbread.

4. En relación con la cláusula de no impugnación de la marca comercial:

a) En términos generales dicha cláusula puede referirse a la propiedad y/o a la validez de la marca:

— La propiedad de una marca comercial puede ser impugnada en circunstancias especiales basándose en un registro o en un uso anterior de una marca comercial idéntica.

Una cláusula de un acuerdo de autorización exclusiva de marca comercial por la que se obligue al concesionario a no impugnar la propiedad de una marca comercial, tal como se indica en el anterior apartado, no supone una restricción de competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85. Con independencia de que la propiedad de la marca comercial corresponde a quien cede la licencia o al concesionario, se impide de todos modos la utilización de la misma a terceras partes y, en consecuencia, no tendría influencia alguna en la competencia hasta el presente.

— La validez de una marca comercial puede ser impugnada por cualquier motivo con arreglo a la legislación nacional y, en particular, si es de carácter genérico o descriptivo. En tal caso, si es objeto de controversia, puede que la marca comercial pase a ser de dominio público y, posteriormente, sea utilizada por cualquiera.

Tal cláusula puede suponer una restricción de competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85, porque puede contribuir al mantenimiento de una marca que constituye una barrera injustificada a la entrada en un mercado determinado.

Además, para que entre en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, una restricción de competencia debe ser considerable. La propiedad de una marca comercial sólo concede a su titular el derecho exclusivo de vender productos con ese nombre. Otras partes son libres de vender el producto en cuestión con una marca comercial o nombre comercial diferente. Sólo cuando la utilización de una marca comercial bien conocida supusiera una importante ventaja para una compañía que se introduzca en un determinado mercado o compita en él y la ausencia de dicha marca constituyera en consecuencia un obstáculo importante para la entrada, supondría esta cláusula como tal una restricción importante de la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85.

b) En el presente caso Whitbread no puede impugnar ni la propiedad ni la validez de la marca.

En lo que respecta a la validez de la marca hay que observar que la marca comercial es relativamente nueva en el mercado de cervezas « lager » del país. El mantenimiento de la marca comercial « Moosehead » no constituirá en el presente una barrera apreciable para Whitbread o para cualquier otra compañía que se introduzca o compita en el mercado de la cerveza en el territorio. Por consiguiente, la Comisión considera que la cláusula de no impugnación de la marca comercial, en la medida en que se refiere a su período de validez (véase el segundo guión del apartado a) del punto 15.4), no supone una restricción importante de la competencia y no entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85.

Además, esta cláusula, en lo que respecta a la propiedad, no constituye una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 por las razones enunciadas en el primer guión del apartado a) del punto 15.4.

Apartado 3 del artículo 85

(16) 1. La exención por categorías prevista en el Reglamento (CEE) nº 556/89 de la Comisión [1] se aplica a los acuerdos que combinan licencias de *know-how* y de marca cuando, como estipula el apartado 1 del artículo 1, la licencia de marca es accesoria a la de *know-how*. En el caso presente, el interés primario de las partes reside en la explotación de la marca más que en la del *know-how*. Las partes ven el origen canadiense de la marca como un elemento crucial para el éxito de la campaña comercial para la promoción de Moosehead como una cerveza canadiense. Es estas circunstancias, las cláusulas del contrato relativas a las marcas no son accesorias y, por tanto, el Reglamento (CEE) nº 556/89 no se aplica.

2. Debido a las especiales características del mercado de la cerveza del Reino Unido, que se describen en los anteriores puntos 6.1 a 6.5, la Comisión considera que el acuerdo puede contribuir a mejorar la producción y la distribución del producto en el territorio y a fomentar el progreso técnico. A este respecto, conviene hacer las siguientes consideraciones :

— El volumen de negocios que realiza actualmente Moosehead no justificaría los costes de capital que supondría la construcción de las usuales plantas de fabricación para las ventas en el territorio. De este modo, el acuerdo, al estipular que Whitbread fabricará la cerveza en sus instalaciones existentes, podrá mejorar la fabricación del producto en el mercado común. Además, la producción estará en el mismo lugar de la venta y la cerveza no tendrá que ser ya importada desde Canadá, por lo que el acuerdo disminuirá los costes de transporte contribuyendo de este modo al progreso económico.

— En el acuerdo, la cerveza Moosehead se beneficia automáticamente de toda la red de distribución de Whitbread. Dado que el mercado se caracteriza por la falta de instalaciones de distribución independientes, la Comisión considera que el acuerdo podrá contribuir a mejorar la distribución del producto en el territorio.

[1] DO nº L 61 de 4. 3. 1989, p. 1.

— Whitbread posee un cierto número de « establecimientos vinculados ». En consecuencia, gracias al acuerdo, se garantizará a Moosehead que su cerveza podrá acceder inmediatamente a un mayor número de canales de distribución al por menor, sin perder tiempo y dinero en establecer contacto con un gran número de detallistas independientes. La Comisión considera que de esta forma el acuerdo podrá también contribuir a mejorar la distribución de la cerveza Moosehead en el territorio.

Los consumidores se beneficiarán del acuerdo porque tendrán acceso a un surtido más amplio con la entrada de una nueva cerveza en el mercado del territorio.

Teniendo en cuenta la existencia de muchas cervezas similares que compiten entre sí y la capacidad de las partes para vender la cerveza a otras partes, para su exportación a otros mercados de la Comunidad Económica Europea, los consumidores se beneficiarán del acuerdo y las partes del mismo no tendrán la posibilidad de suprimir la competencia respecto de una parte importante del producto en cuestión.

Al examinar la compatibilidad del acuerdo con estos dos requisitos del apartado 3 del artículo 85, la Comisión ha puesto especial interés en las medidas de liberalización que el Gobierno del Reino Unido va a aplicar en el mercado de la cerveza de este país. Se espera que dichas medidas entren en vigor plenamente durante el período de exención concedido por la presente Decisión.

La Comisión, tras haber considerado las consecuencias favorables para la producción y comercialización de la cerveza que se derivan de las cláusulas que suponen restricción de competencia y, en particular, la cláusula de no competencia, considera que son indispensables para la consecución de los objetivos contemplados en el apartado 3 del artículo 85. Por consiguiente, puede adoptarse una Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

3. El acuerdo mantendrá su vigencia hasta que sea resuelto por una de las partes. El acuerdo fue notificado a la Comisión el 2 de junio de 1988. Resulta conveniente, con arreglo al apartado 1 del artículo 6 y al apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 17 adoptar esta Decisión por un período de 10 años,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN :

Artículo 1

De conformidad con el apartado 3 el artículo 85 del Tratado CEE, se declaran inaplicables, desde el 3 de junio de 1988 al 2 junio de 1998, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 al Acuerdo notificado a la Comisión el 2 de junio de 1988 por Moosehead Breweries Limited y Whitbread and Company Plc.

Artículo 2

Los destinatarios de la presente Decisión son :

1. Moosehead Breweries Limited,
   89, Main Street,
   Saint John West,
   New Brunswick, E2M 3M2,
   Canadá

2. Whitbread and Company Plc,
   Brewery,
   Chiswell Street,
   Londres EC1Y 6SD,
   Reino Unido.

Hecho en Bruselas, el 23 de marzo de 1990.

Por la Comisión
Leon BRITTAN
Vicepresidente