II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 23 de Março de 1990

relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE

(IV/32.736 — Moosehead/Whitbread)

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(90/186/CEE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia,

Tendo em conta o Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado (1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e, nomeadamente, os seus artigos 6º e 8º,

Tendo em conta a notificação efectuada em 2 de Junho de 1988 pela Whitbread & Co plc e a Moosehead Breweries Ltd relativa à concessão pela Moosehead à Whitbread de uma licença exclusiva para fabricar e vender cerveja com a marca « Moosehead » no Reino Unido,

Tendo em conta o essencial do conteúdo da notificação (2) publicada nos termos do nº 3 do artigo 19º do Regulamento nº 17,

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte :

I. OS FACTOS

A notificação

(1) Em 2 de Junho de 1988, a Moosehead Breweries Ltd, New Brunswick, Canadá, e a Whitbread and Company plc, Londres, notificaram à Comissão, nos termos do artigo 4º do Regulamento nº 17, uma série de acordos concluídos entre si com data de 12 de Maio de 1987 e 1 de Maio de 1988.

(2) As partes solicitaram um certificado negativo ou, subsidiariamente, uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º do Tratado.

As partes

(3) A Moosehead tem a sua sede em New Brunswick, Canadá, e é uma filial da Sevenacres Holding Limited, que detém a totalidade do seu capital. A Moosehead dedica-se principalmente ao fabrico, venda e distribuição de cerveja, não possuindo quaisquer interesses no domínio da cerveja na Comunidade Económica Europeia.

(4) A Whitbread, um fabricante de cerveja, é uma empresa de direito inglês, que explora cerca de 6 000 bares, arrendados ou geridos pela própria empresa. O volume de negócios da Whitbread em 1987 foi de 1 554 milhões de libras esterlinas.

O produto e o mercado

(5) Os acordos dizem respeito ao fabrico de uma cerveja no Reino Unido que é vendida pela Moosehead no Canadá e noutros países com a marca « Moosehead » (a seguir denominado « o Produto »). Esta cerveja é semelhante em qualidade e teor alcoólico a outras « non-premium lagers » actualmente vendidas no Reino Unido, ainda que, segundo as partes, tenha um sabor especial típico das « lagers » canadianas.

(1) JO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
(2) JO nº C 179 de 15. 7. 1989, p. 13.

(6) 1. Tal como foi explicado na Decisão 84/381/CEE da Comissão (1) (« Carlsberg »), o mercado da cerveja do Reino Unido distingue-se dos outros mercados europeus pelos seguintes factores :

2. A maior parte da cerveja vendida no Reino Unido é vendida a copo em bares ; 81 % (2) da totalidade da cerveja do Reino Unido é vendida em estabelecimentos sob licença e 75 % da totalidade da cerveja vendida no Reino Unido é vendida a copo. Em 1987, a « lager » representava 45 % do consumo total de cerveja no Reino Unido (3). Para conseguir uma comercialização significativa de uma nova cerveja no Reino Unido é, portanto, necessário que o vendedor tenha acesso a um determinado número de bares.

3. Os fabricantes de cerveja distribuem em grande parte a sua cerveja no Reino Unido utilizando os seus próprios camiões. Não existe, por conseguinte, um serviço independente de distribuição em grande escala de cerveja no Reino Unido.

4. A maior parte dos bares no Reino Unido encontram-se « ligados » por contrato à compra de cerveja a um único fabricante. Na realidade, são propriedade do fabricante de cerveja com quem assinam esses acordos. Uma vez que a quase totalidade da cerveja a copo, que atinge mais de 75 % das vendas totais de cerveja, é vendida em bares e que 57 % da totalidade dos estabelecimentos sob licença no Reino Unido são propriedade dos fabricantes de cerveja e se encontram « ligados », é muito útil ou mesmo indispensável a um fabricante de cerveja estrangeiro que deseje entrar no mercado do Reino Unido conseguir o apoio de um grande fabricante nacional.

O número de estabelecimentos sob licença obrigados a comprar a um único fabricante irá, provavelmente, diminuir a partir de 1 de Novembro de 1992, data em que, devido à execução do *Supply of Beer Order,* todos os fabricantes nacionais de cerveja com mais de 2 000 estabelecimentos sob licença devem desobrigar de ligações ao produto metade dos seus estabelecimentos que ultrapassem aquele limite. Também todos os bares no Reino Unido que se encontram « ligados » por contrato à compra de cerveja a um único fabricante serão livres de comprar outra cerveja e de comprar outras bebidas não alcoólicas de outro fornecedor a partir de 1 de Maio de 1990. No entanto, uma parte substancial do consumo total de cerveja no Reino Unido continuará a processar-se através de estabelecimentos « ligados ».

5. Os seis principais fabricantes de cerveja do Reino Unido (4), que em 1987 detinham aproximadamente 82 % do mercado de cerveja no Reino Unido, vendem muitos tipos diferentes de cerveja e também muitas marcas diferentes de « lager ». Em 1987, a Whitbread detinha 12 % da venda de cerveja a retalho no Reino Unido.

(1) JO nº L 207 de 2. 8. 1984, p. 26.
(2) As estatísticas mencionadas neste ponto são estimativas da Whitbread plc.
(3) MMC Report, p. 10.
(4) Allied, Bass, Elders, Grand-Metropolitan, Scottish & Newcastle e Whitbread.

Os acordos

Disposições gerais

(7) 1. O acordo em questão é objecto de três contratos : o « Marketing and Technical Agreement » e o « Trade Mark User Agreement », datados de 12 de Maio de 1987, e o « Assignment Agreement », datado de 1 de Maio de 1988. A Comissão considera que estes três contratos integram um único acordo, pelo que a presente decisão passa a designá-los « o Acordo ».

2. Nos termos do acordo, a Moosehead concede à Whitbread o direito único e exclusivo de produzir e promover, comercializar e vender cerveja fabricada para venda sob a designação de « Moosehead » no território objecto de licença (Reino Unido, ilhas do Canal e ilha de Man, a seguir denominado « o território »), utilizando o saber-fazer secreto da Moosehead. A Whitbread pagará à Moosehead uma « royalty » por este direito exclusivo.

3. A Whitbread compromete-se a manter a qualidade da cerveja e o tipo e qualidade das matérias-primas em conformidade com as especificações da Moosehead.

4. A Whitbread compromete-se a não procurar clientes, nem a criar qualquer sucursal ou a manter qualquer depósito para distribuição do produto fora do território. Pode, contudo, satisfazer encomendas não procuradas de compradores de Estados-membros da Comunidade Económica Europeia.

5. Durante a vigência do acordo, a Whitbread compromete-se a não produzir ou promover no território qualquer outra cerveja identificada como cerveja canadiana.

Disposições relativas à marca

(8) 1. Nos termos do acordo, a Whitbread compromete-se a vender o produto apenas sob a marca « Moosehead ». A Whitbread compromete-se igualmente a utilizar a marca Moosehead apenas no produto ou em relação ao mesmo.

Os direitos de propriedade das marcas no Reino Unido são atribuídos à Whitbread e à Moosehead conjuntamente. Esta atribuição destina-se, segundo as partes, a conceder à Whitbread uma maior garantia do seu direito de utilizar a marca durante a vigência do acordo. A Moosehead concede à Whitbread uma licença exclusiva para utilizar no Reino Unido a marca em relação com o produto durante a vigência do acordo.

2. Os acordo prevê que a Moosehead não registará ou utilizará, sem autorização da Whitbread, nem a Whitbread solicitará o registo, no Reino Unido, de qualquer marca que se assemelhe à marca da Moosehead ou possa com ela ser confundida.

3. Além disso, a Whitbread reconhece o direito da Moosehead às marcas, bem como a validade dos registos da Moosehead na qualidade de proprietária. A Whitbread compromete-se a cumprir todas as condições eventualmente exigidas pelo registo das marcas, bem como a não agir de modo a invalidar ou poder invalidar esse registo ou título, nem a solicitar qualquer alteração ou cancelamento de qualquer registo das marcas.

4. O acordo prevê que no seu termo a Whitbread devolverá à Moosehead todos os seus direitos, título e interesses na marca e no *goodwill* com ele relacionado e associar-se-á à Moosehead em qualquer pedido de registo da Moosehead como única proprietária das marcas. A Whitbread desistirá de qualquer utilização das marcas a partir desse momento.

Disposições relativas ao saber-fazer

(9) 1. A Moosehead compromete-se a fornecer à Whitbread todo o saber-fazer relevante necessário ao fabrico do produto, acordando igualmente em fornecer à Whitbread toda a levedura necessária.

2. A Whitbread compromete-se a cumprir as instruções e especificações da Moosehead relativamente ao saber-fazer e a adquirir levedura apenas à Moosehead ou a terceiros designados pela Moosehead.

3. A Whitbread compromete-se a utilizar o saber-fazer apenas para o fabrico do produto e em manter confidencial todo o saber-fazer fornecido pela Moosehead.

(10) A estratégia comercial de promoção do produto, os planos relativos à marca e à previsão de vendas no território devem ser estabelecidos pelas partes; contudo, a Whitbread é a única responsável pela execução dessa política, assumindo os seus custos.

Período de vigência do acordo

(11) O acordo entrou em vigor em 1 de Maio de 1987, vigorando por um período indeterminado, a não ser que seja denunciado de acordo com as seguintes normas:

— qualquer das partes pode denunciar o acordo notificando a outra num prazo entre um e dez anos, caso determinadas quantidades do produto não tenham sido vendidas pela Whitbread,

— qualquer das partes pode denunciar o acordo mediante notificação num prazo mais curto, se uma das partes violar qualquer das suas obrigações contratuais ou caso se verifique uma alteração significativa na propriedade ou controlo de qualquer das partes.

(12) Aquando da cessação do acordo, a Whitbread fica obrigada a deixar de fabricar o produto, a restituir todo o saber-fazer à Moosehead e a não utilizar este saber-fazer no futuro. Além disso, a Whitbread não pode utilizar as marcas após a cessação do acordo, devendo devolver à Moosehead quaisquer direitos, título e interesses que tenha adquirido nas marcas. A Whitbread obriga-se igualmente a não divulgar este saber-fazer a terceiros.

Observações das partes

As partes apresentaram as seguintes observações:

(13) 1. Dado que a Moosehead não tem qualquer sucursal na Europa nem esta empresa ou qualquer das suas associadas possui instalações de fabrico na Comunidade Económica Europeia, uma rede de distribuição de cerveja ou qualquer experiência de comercialização de cerveja no Reino Unido, não lhe seria comercialmente viável, a curto prazo, estabelecer as suas próprias instalações de fabrico do produto. Tendo em conta a natureza do mercado retalhista de cerveja e dada a distância e a dimensão que as vendas implicariam, não seria economicamente viável à Moosehead estabelecer a sua própria rede de distribuição ou vender através de grossistas independentes.

2. A Whitbread tem uma experiência limitada de « lagers » canadianas e, em especial, não tem acesso à cultura de levedura única que dá à « lager » da Moosehead um sabor especial que a distingue das outras « lagers », nem às informações técnicas detidas pela Moosehead necessárias ao fabrico do produto a que o presente acordo se refere. À Whitbread falta, assim, a técnica para fabricar este novo produto para o mercado do Reino Unido sem a assistência da Moosehead. Contudo, as suas instalações de fabrico de cerveja e a sua experiência geral permitem-lhe ser capaz de produzir cerveja Moosehead para vender no território caso tenha assistência da Moosehead. Além disso, a Whitbread não possui uma marca canadiana famosa.

3. As partes consideram que, em resultado destes factos, o acordo contribui para melhorar a produção/distribuição dos bens : i) já que se não existisse o acordo a cerveja não estaria disponível tão rapidamente e numa área tão vasta, pelo que o produto estaria disponível para menos clientes e numa data posterior ; e ii) dado que o acordo permite o fabrico do produto no território, o produto fornecido é provavelmente mais fresco e mais barato do que seria se não fosse produzido no Reino Unido, visto que se reduz a distância do transporte.

A concorrência feroz no sector « lager » do mercado de cerveja permite assegurar que os benefícios dos acordos se repercutirão nos consumidores e, além disso, impede o acordo de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em questão.

As cláusulas do acordo restritivas da concorrência são indispensáveis, de forma a proporcionarem à Whitbread a confiança necessária para investir somas consideráveis no lançamento de uma nova cerveja num mercado já competitivo e para permitir que a Moosehead confie o fabrico e venda do seu produto a outro fabricante de cerveja com a certeza de que a empresa licenciada concentrará os seus esforços, relativamente à promoção e venda de « lagers » canadianas, exclusivamente na cerveja Moosehead.

4. A obrigação de a Whitbread não vender determinadas cervejas concorrentes durante a vigência do acordo é indispensável ao objectivo do acordo.

(14) Na sequência da publicação efectuada nos termos do nº 3 do artigo 19º do Regulamento nº 17, não foi apresentada qualquer objecção por terceiros.

II. APRECIAÇÃO JURÍDICA

Nº 1 do artigo 85º

(15) 1. A licença exclusiva de marca para a produção e comercialização da cerveja Moosehead, a proibição de vendas activas fora do território objecto de licença e a cláusula de não concorrência, tal como constam, respectivamente, da última frase do ponto 8.1 e dos pontos 7.2, 7.4 e 7.5 supra, estão abrangidas pela proibição prevista no nº 1 do artigo 85º, já que têm por objectivo ou efeito restringir consideravelmente a concorrência no mercado comum.

Neste caso, o carácter exclusivo da licença tem como consequência a exclusão de terceiros, nomeadamente os cinco outros grandes fabricantes de cerveja no território, da utilização, como licenciados, da marca Moosehead, apesar do seu eventual interesse e da sua capacidade para o fazerem.

De igual modo, a proibição de vendas activas fora do Reino Unido pela empresa licenciada e a proibição de comercializar marcas de cerveja concorrentes constituem restrições consideráveis da concorrência, visto que a Whitbread, com a sua grande capacidade produtiva, poderia fornecer outros mercados no mercado comum e distribuir outras marcas canadianas.

Estas restrições da concorrência são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros numa medida considerável, já que têm por efeito desenvolver o comércio entre os Estados-membros em condições diferentes das que se teriam verificado sem as restrições e, dada a dimensão das partes no acordo, a sua influência nas condições de mercado é considerável. É este o caso, em especial, no que se refere à proibição de vendas activas fora do território.

2. As outras cláusulas do acordo não estão abrangidas pelo disposto no nº 1 do artigo 85º, já que não têm por objectivo ou efeito restringir consideravelmente a concorrência no mercado comum. Isto aplica-se, por exemplo, à obrigação de a Whitbread manter determinados padrões de qualidade, a certas cláusulas relativas ao saber-fazer e à cláusula de não contestação da marca.

3. As disposições relativas ao saber-fazer previstas nos pontos 9.1, 9.2 e 9.3 não estão abrangidas pelo nº 1 do artigo 85º, uma vez que não são exclusivas e representam unicamente disposições complementares da concessão da licença, permitindo que esta produza efeitos.

Em especial, a obrigação de aquisição exclusiva de levedura prevista no ponto 9.2 não está abrangida pelo nº 1 do artigo 85º, dado que é necessário para garantir em condições satisfatórias a exploração técnica da tecnologia licenciada e a identidade entre a « lager » produzida originalmente pela Moosehead e a mesma « lager » produzida pela Whitbread.

4. Em relação à cláusula de não contestação da marca :

a) Em termos gerais uma tal cláusula pode referir-se à propriedade e/ou à validade da marca :

— a propriedade de uma marca pode, em especial, ser contestada com base numa utilização ou registo anterior de uma marca idêntica.

Uma cláusula num acordo de licença de marca exclusiva que obrigue o licenciado a não contestar a propriedade de uma marca, tal como especificado no parágrafo anterior, não constitui uma restrição da concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º Quer a propriedade da marca seja detida pelo licenciante ou pelo licenciado, a sua utilização por terceiros está de qualquer modo interdita, pelo que a concorrência não é assim afectada,

— a validade de uma marca pode ser contestada com qualquer fundamento nos termos da legislação nacional e, em especial, com o fundamento de que tem uma natureza genérica ou descritiva. Neste caso, se a constestação for aceite, a marca pode cair no domínio público e ser posteriormente utilizada por qualquer interessado.

Uma cláusula deste tipo pode constituir uma restrição da concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º, porque ela pode contribuir à manutenção de uma marca que constitui uma barreira injustificada à entrada num determinado mercado.

Além disso, para qualquer restrição da concorrência ser abrangida pelo nº 1 do artigo 85º é necessário que seja considerável. A propriedade de uma marca apenas concede ao seu titular o direito exclusivo de vender produtos com esse nome. As outras partes são livres de vender o produto em questão sob uma marca ou denominação comercial diferente. Apenas quando a utilização de uma marca bem conhecida constitui uma vantagem importante para qualquer empresa que vai entrar ou concorrer em determinado mercado, constituindo a sua falta, portanto, um obstáculo significativo a essa entrada, é que esta cláusula constitui uma restrição considerável da concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º;

b) No presente caso, a Whitbread não pode contestar nem a propriedade nem a validade da marca.

No que respeita à validade da marca é preciso ter em conta que a marca é relativamente nova no mercado « lager » do território. A manutenção da marca « Moosehead » não constitui neste caso uma barreira considerável para qualquer empresa que vá entrar ou concorrer no mercado de cerveja no território. Nestes termos, a Comissão considera que, na medida em que a cláusula de não contestação de marca se refere à sua validade [ver segundo travessão, alínea a) do ponto 15.4 supra], não constitui uma restrição considerável da concorrência e não está abrangida pelo nº 1 do artigo 85º

Além disso, esta cláusula, no que respeita à propriedade não constitui uma restrição de competência na acepção do nº 1 do artigo 85º pelas razões enumeradas no primeiro travessão, alínea a) do ponto 15.4.

Nº 3 do artigo 85º

(16) 1. A isenção por categorias prevista no Regulamento (CEE) nº 556/89 da Comissão (1) aplica-se aos acordos que combinam licenças de « saber-fazer » e de marca quando, como estabelece o nº 1 do artigo 1º, a licença de marca é complementar à do saber-fazer.

No presente caso o interesse principal das partes reside primeiramente na exploração da marca e a seguir na exploração do saber-fazer. As partes vêem na origem canadiana da marca um elemento crucial para o êxito da campanha comercial para a promoção de Moosehead como uma cerveja canadiana. Nestas circunstâncias, as cláusulas do contrato relativas às marcas não são complementares e portanto o Regulamento (CEE) nº 556/89 não se aplica.

2. À luz da especificidade do mercado de cerveja do Reino Unido, descrito nos pontos 6.1 a 6.5, a Comissão considera que o acordo é susceptível de contribuir para a melhoria da produção e da distribuição da cerveja Moosehead no Reino Unido e para a promoção do progresso económico. Em especial, são pertinentes as seguintes considerações a este respeito:

— o volume de negócios realizado actualmente pela Moosehead não justificaria os custos de capital envolvidos na construção de instalações especiais destinadas à produção para as vendas no território. Assim, dado que o acordo permite que a Whitbread produza a cerveja nas suas instalações actuais, o acordo é susceptível de melhorar o fabrico do produto no mercado comum. Além disso, a produção efectuar-se-á no local de venda e deixará de ser necessário importar a cerveja do Canadá, pelo que o acordo reduzirá os custos de transporte, contribuindo assim para o progresso económico,

— o acordo permitirá que a cerveja Moosehead beneficie automaticamente da rede de distribuição global da Whitbread. À luz de um mercado caracterizado pela escassez de instalações de distribuição independentes, a Comissão considera que o acordo é susceptível de contribuir para a melhoria da distribuição da Moosehead no Reino Unido,

(1) JO nº L 61 de 4. 3. 1989, p. 1.

— a Whitbread é proprietária de grande número de « estabelecimentos ligados ». Consequentemente, o acordo permitirá que a cerveja da Moosehead tenha acesso imediato a uma vasto número de estabelecimentos retalhistas, poupando tempo e evitando as despesas inerentes ao contacto com muitos retalhistas independentes. A Comissão considera que desta forma o acordo é igualmente susceptível de contribuir para melhorar a distribuição de cerveja Moosehead no Reino Unido.

Os consumidores beneficiarão do acordo porque terão acesso a uma maior escolha, com a entrada de uma nova cerveja no mercado do território.

Tendo em conta a existência de um grande número de cervejas concorrentes semelhantes e a capacidade das partes para venderem a cerveja a terceiros para exportação noutros mercados da Comunidade Económica Europeia, as partes no acordo não terão possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Ao examinar a compatibilidade do acordo com estes dois requisitos do nº 3 do artigo 85º, a Comissão prestou uma atenção especial às medidas de liberalização que o Governo do Reino Unido está a executar relativamente ao mercado de cerveja no Reino Unido. Espera-se que estas medidas produzam pleno efeito durante o período de isenção concedido pela presente decisão.

Após ter considerado os efeitos favoráveis para a produção e comercialização de cerveja resultantes das cláusulas restritivas da concorrência, e em especial da cláusula de não concorrência, a Comissão considera que tais cláusulas podem ser julgadas indispensáveis para alcançar os objectivos previstos no nº 3 do artigo 85º Consequentemente, pode ser tomada uma decisão em conformidade com o nº 3 do artigo 85º

3. O acordo permanece em vigor até ser denunciado por qualquer das partes. O acordo foi notificado à Comissão em 2 de Junho de 1988. Nos termos do nº 1 do artigo 6º e do nº 1 do artigo 8º do Regulamento nº 17, parece adequado tomar uma tal decisão para um período de dez anos,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO :

Artigo 1º

Nos termos do nº 3 do artigo 85º do Tratado CEE, o disposto no nº 1 do artigo 85º é declarado inaplicável ao acordo notificado à Comissão em 2 de Junho de 1988 pela Moosehead Breweries Ltd e pela Whitbread and Company plc, em relação ao período de 3 de Junho de 1988 a 2 de Junho de 1998.

Artigo 2º

São destinatárias da presente decisão :

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

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

Feito em Bruxelas, em 23 de Março de 1990.

Pela Comissão
Leon BRITTAN
Vice-Presidente