CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PIETER VERLOREN VAN THEMAAT
presentadas el 19 de junio de 1985 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Introducción

1.1. *Las cuestiones del Bundesgerichtshof*

En un litigio relativo al pago de atrasos de cánones adeudados por una licencia, un cesionario alemán alegó con éxito en apelación contra su cedente francés la nulidad del contrato de franquicia de que se trataba en virtud del Derecho comunitario relativo a la competencia. Según el juez de apelación, el artículo 85 del Tratado prohíbe los contratos de franquicia como el que es objeto de este litigio, ya que contienen restricciones a la competencia que no están exceptuadas de la prohibición prevista en el artículo 85, apartado 1, en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE y del Reglamento nº 67/67/CEE de 22 de marzo de 1967 (DO 1967, L 57, p. 849; EE 08/01, p. 94).

La parte demandante en el procedimiento principal interpuso un recurso de casación contra esta sentencia ante el Bundesgerichtshof. Éste, estimando que la sentencia del juez de apelación planteaba cierto número de cuestiones relativas al Derecho comunitario, planteó al Tribunal, mediante resolución de 15 de mayo de 1984, varias cuestiones.

Como se desprende de la doctrina, los sistemas de distribución basados en contratos de franquicia sólo se desarrollaron realmente en los diferentes Estados miembros a partir de 1970. Sin embargo, tuvieron un desarrollo muy rápido y actualmente ocupan un lugar importante junto a otros sistemas de distribución. Aunque el Tribunal limite las respuestas a las cuestiones que se le han sometido a los contratos de franquicia que tengan las características de los contratos objeto de litigio, estas respuestas podrán tener una importancia indirecta para la validez de decenas de miles de contratos. La importancia de la respuesta del Tribunal a las cuestiones planteadas resulta aún mucho mayor en la medida en que la Comisión, tal como se desprende de sus observaciones escritas y orales en este procedimiento, no ha definido aún una clara política en esta materia.

Las cuestiones del Bundesgerichtshof son las siguientes:

1) ¿Es aplicable el artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE a contratos de franquicia, como los celebrados entre las partes en el litigio, que tienen por objeto la aplicación de un sistema especial de distribución en el que el cedente no sólo cede al cesionario mercancías, sino también el nombre comercial, la marca, la presentación de las mercancías y las prestaciones de otros servicios?

2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión nº 1, ¿es aplicable a tal clase de contratos el Reglamento nº 67/67/CEE de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución en exclusiva (llamado en adelante «Reglamento relativo a las exceptuaciones por categorías»)?

* Traducción del neerlandés.

3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión nº 2:

a) ¿Es también aplicable el Reglamento relativo a las exceptuaciones por categorías cuando una de las partes contratantes esté constituida por varias empresas jurídicamente autónomas, pero económicamente vinculadas entre sí, que formen respecto al contrato una unidad económica?

b) ¿Cubre el Reglamento relativo a las exceptuaciones por categorías, y en particular su artículo 2, apartado 2, letra c), la obligación del cesionario de hacer publicidad sólo previa autorización del cedente y de acuerdo con su publicidad y utilizando material publicitario que el cedente le facilite y, en general, de aplicar los métodos comerciales del mismo? ¿Es importante en este contexto el hecho de que el material publicitario del cedente contenga sus precios recomendados a título indicativo?

c) ¿Cubre el Reglamento relativo a las exceptuaciones por categorías, en particular en sus artículos 1, apartado 1, letra b); 2, apartado 1, letra a), y 2, apartado 2, letra b), la obligación del cesionario de vender las mercancías objeto del contrato, exclusivamente o al menos esencialmente, en un local comercial determinado, especialmente preparado para este fin?

d) ¿Cubre el Reglamento relativo a las exceptuaciones por categorías, y en particular su artículo 1, apartado 1, letra b), la obligación del cesionario de abastecerse exclusivamente a través del cedente, de aprovisionarse de la parte «libre» de los productos objeto del contrato únicamente con los proveedores autorizados por el cedente?

e) ¿Permite el Reglamento relativo a las exceptuaciones por categorías la obligación del cedente de apoyar al cesionario en materia comercial, publicitaria y profesional?

1.2. *Las principales disposiciones de los contratos celebrados por el cesionario afectado*

Tal como se desprende de los tres contratos celebrados entre las partes en el asunto principal y presentados en la vista a petición del Tribunal de Justicia, el cedente se compromete:

— a no conceder a terceros en las zonas en las que en cada caso se aplica el contrato (Hamburgo, Oldenburg y Hannover respectivamente) el derecho de utilizar la marca Pronuptia de Paris (artículo 1, apartado 1);

— a no abrir ninguna otra tienda Pronuptia en la zona en que se aplica el contrato (artículo 1, apartado 2);

— a no suministrar ningún producto o servicio a terceros en dicho territorio (artículo 1, apartado 2);

— a prestar asistencia al cesionario en lo que se refiere a los aspectos comerciales y publicitarios de su actividad, a la organización y a la dotación de la tienda, a la formación del personal, a las técnicas de venta, a la moda y a los productos, a las compras, a la mercadotecnia y, de manera general, a ayudar al cesionario a aumentar su volumen de ventas y su rentabilidad (artículo 3, apartado 1).

El cesionario (que en virtud del artículo 3, apartado 5, será el único propietario de su comercio, asumirá todos los riesgos y percibirá la totalidad de los beneficios) estará obligado, entre otras cosas:

— a vender las mercancías objeto del contrato utilizando la razón social y la marca Pronuptia de Paris exclusivamente en el local comercial previsto en el artí-

culo 1 y que debe estar preparado esencialmente para la venta de artículos nupciales y de acuerdo con la imagen de marca de Pronuptia de Paris (artículos 3, apartado 3, y 4, apartado 1);

— a comprar al cedente el 80 % de los vestidos y accesorios de novia, así como un porcentaje de trajes de noche y de gala que deberá determinar el propio cedente (artículo 3, apartado 6);

— a comprar los demás vestidos y accesorios de novia, trajes de noche y de gala únicamente a los vendedores autorizados por el cedente (artículo 3, apartado 6);

— a pagar al cedente durante toda la vigencia del contrato un canon igual al 10 % del conjunto de su volumen de ventas (incluido el volumen de ventas correspondiente a los productos comprados a terceros) (artículo 5, apartado 1);

— a abstenerse de realizar cualquier tipo de competencia a un establecimiento de Pronuptia y, en especial, a no dedicarse a la distribución especializada de vestidos de novia y accesorios, en la República Federal de Alemania, en Berlín occidental o en un territorio en el que Pronuptia esté ya representada, durante la vigencia del contrato y durante un período de un año a partir de la terminación de éste (artículos 6, apartado 6, y 9);

— a proponerse como objetivo principal la venta de los artículos previstos en el contrato (artículo 6, apartado 6);

— a ejercer su actividad comercial en un local comercial situado en un emplazamiento preciso y a preparar este local esencialmente para la venta de artículos nupciales, de acuerdo con la imagen de marca de Pronuptia de París y según sus indicaciones (artículos 1, apartado 3; 3, apartado 3, y 4, apartado 1);

— a ejercer su actividad comercial, y especialmente la venta de los productos objeto del contrato, utilizando únicamente la marca y la razón social de Pronuptia de París (artículos 3, apartado 3, y 4, apartado 1);

— a hacer publicidad de la marca Pronuptia de París únicamente con el acuerdo previo del cedente, a adaptar su publicidad a la publicidad de Pronuptia y a utilizar para ello el material publicitario suministrado por Pronuptia con los precios indicativos que allí se indiquen (artículos 1, apartado 1, y 6, apartado 1);

— a hacer publicidad, a distribuir con el máximo interés el material publicitario y, en general, a aplicar los métodos comerciales del cedente (artículo 6, apartado 5);

— a respetar escrupulosamente todos los derechos de propiedad industrial o comercial de Pronuptia y a informar inmediatamente a Pronuptia de cualquier infracción de sus derechos por parte de terceros de la que tuviere conocimiento (art. 14).

En virtud del artículo 6, apartado 1, Pronuptia recomendará al cesionario precios indicativos adecuados y (sin perjuicio de la libertad del cesionario de fijar los precios por sí mismo) las dos partes considerarán dichos precios indicativos como directrices para la reventa al por menor.

1.3. *Plan de exposición de las presentes conclusiones*

Como ya lo hemos señalado, su respuesta a las cuestiones planteadas podrá también tener repercusiones sobre la validez jurídica de otros contratos de franquicia, así como sobre la política que la Comisión deberá seguir a este respecto. Por consiguiente, en la segunda parte de las presentes conclusiones expondremos, en primer lugar, algunas observaciones de carácter general sobre este sistema de distribución relativamente nuevo en la Comunidad. En particular, nos proponemos examinar en qué medida existe ya en el Derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina, y especialmente en el ámbito de las organizaciones profesionales interesadas, en lo que se refiere al contenido y a la

naturaleza jurídica de los contratos atípicos de franquicia relativos a la venta de productos, un grado de certeza suficiente que permita al Tribunal de Justicia pronunciarse con un alcance más general. En nuestra opinión, los términos en que están formuladas las cuestiones del Bundesgerichtshof no pueden impedir que el Tribunal de Justicia se pronuncie en este sentido. Esta formulación excluye únicamente que el Tribunal de Justicia se pronuncie también con referencia a los contratos atípicos de franquicia que existen desde hace mucho tiempo en la Comunidad (por ejemplo, en el sector de la hostelería, de la restauración y de la distribución de bebidas) en lo que se refiere a las prestaciones de servicio o a los contratos de franquicia de producción.

En la tercera parte de nuestras conclusiones, examinaremos las similitudes y las diferencias que existen entre los contratos atípicos de franquicia en general y los contratos atípicos de franquicia como los previstos en este caso, en particular, y otros sistemas de distribución de los que ya se ha ocupado la práctica jurídica comunitaria y especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como los contratos de representantes de comercio, los contratos de venta o de compra en exclusiva, los sistemas de distribución selectiva y los contratos de cervecerías así como los contratos de licencia. A este repecto examinaremos también las conclusiones que para el presente asunto pueden obtenerse de la jurisprudencia del Tribunal en la materia.

En la cuarta parte de nuestras conclusiones, propondremos las respuestas que, en nuestra opinión, podrán darse a las preguntas planteadas en este caso.

2. Observaciones sobre los contratos atípicos de franquicia relativos a la venta de productos en general

2.1. *El desarrollo del sistema de contratos atípicos de franquicia como nuevo sistema de distribución*

Se desprende de la doctrina ya relativamente abundante que el sistema de contratos atípicos de franquicia, basado en la ya antigua experiencia americana, sólo se desarrolló como nuevo sistema de distribución en la CEE después de 1970. Ahora bien, a partir de esta fecha tuvo un desarrollo muy rápido. Así, en 1969 sólo existían en la República Federal de Alemania un pequeño número de contratos atípicos de franquicia en el sector de la distribución. En 1978, el número total de sistemas basados en contratos atípicos de franquicia (incluido el sector de prestaciones de servicios) había pasado ya a 85 (con 11 000 cesionarios) y, en mayo de 1982, a 200 (con 120 000 cesionarios), con un volumen de ventas total de 100 mil millones de marcos, de los cuales de 65 a 75 mil millones correspondían al sector del comercio al por menor. En Francia (donde también empezaron a desarrollarse solamente a partir de 1970), el número de sistemas de licencia se elevó en 1981 a más de 300 y en 1985 a 500 (con 25 000 tiendas afiliadas y el 8 % del volumen de ventas total del comercio al por menor). En 1983 en los Países Bajos, existían 280 sistemas basados en contratos atípicos de franquicia. A partir de 1970, la evolución ha sido similar en otros Estados miembros.

2.2. *Características jurídicas según la doctrina*

Se desprende, además, de la doctrina, y la Comisión lo ha confirmado en la vista, que no existe ninguna regulación legal específica en materia de contratos de franquicia en ningún Estado miembro. Por otra parte, ni la jurisprudencia, que ya existe en esta materia, ni la doctrina permiten dar una definición precisa de los contratos atípicos de franquicia en general o de los que se refieren a la distribución de productos, en particular, en base a estos contratos. Sin embargo, en todos los Estados miembros examinados parece que los sistemas basados en los contratos atípicos de franquicia para la distribución de productos se caracterizan por los siguientes elementos principales: 1) una importante integración de los cesionarios en la red de distribución de los cedentes, aunque los cesionarios conservan su independencia y asumen sus propios riesgos; 2) la creación de la estrategia comercial se

basa en un efecto en cadena realizado a través de la concesión, mediante retribución económica, de una razón social, de una marca comercial, de un signo distintivo o de un símbolo común, y a menudo de una organización uniforme de las tiendas, y 3) el cesionario goza de derechos de exclusiva en una determinada zona territorial y respecto a determinados productos, y el cedente de derechos de exclusiva más o menos amplios respecto al suministro o a la selección de los productos comercializados por el cesionario. La doctrina parece admitir también unánimemente que el concepto europeo de «contrato atípico de franquicia» debe entenderse en un sentido mucho más restringido que el concepto americano originario, que comprendía muchos más sistemas de distribución. Ahora bien, como más adelante se verá, la reciente doctrina americana da también una definición restringida de los contratos atípicos de franquicia. En un reciente artículo publicado en *Bijblad Industriële Eigendom* (1984, nº 10, p. 251 y ss.) E. M. Kneppers-Heynert ha condensado los resultados de su análisis jurídico comparado en la siguiente definición, que nos parece bastante representativa:

«La franquicia es una forma de colaboración comercial entre empresarios independientes, regulada mediante contrato y en la que una parte, el cedente, concede a uno o varios terceros, el/los cesionario(s), el derecho a utilizar su razón social y/o su marca, y eventualmente otros signos distintivos, en la venta de productos o en la prestación de servicios, que tengan lugar sobre la base de un concepto (o sistema o fórmula) exlusivo de marketing, desarrollado por el cedente y por el que éste recibe como contraprestación una retribución; el cedente controla el uso que hace el cesionario de estos derechos con el fin de garantizar una presentación uniforme al público y una calidad constante de los productos y/o de las prestaciones de servicios.»

«El Código europeo de deontología sobre actividades relacionadas con la franquicia», redactado por la Federación europea del «franchising» y por las ocho asociaciones que son miembros de la misma (de las cuales seis pertenecen a la CEE) y que se presentó en la vista, indica, entre otras cosas, las seis características siguientes del contrato atípico de franquicia:

«1) La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de signos distintivos o de símbolos, eventualmente de una marca de fábrica, de comercio o de servicio, y de un patrimonio de conocimientos y de técnicas (know-how), que se pone a la disposición de una o varias empresas cesionarias, así como el control por parte del cedente de una serie de productos y/o de servicios presentados de una manera original y específica, y que deben ser adoptados y utilizados obligatoriamente por el cesionario, basándose esta fórmula en un conjunto de técnicas comerciales específicas experimentadas previamente y que son continuamente perfeccionadas y controladas en lo que se refiere a su validez y eficacia;

2) Todo contrato atípico de franquicia implica un pago efectuado, bajo la forma que sea, por el cesionario al cedente como contraprestación del servicio prestado por éste último, que aporta su nombre, su fórmula, su tecnología y su patrimonio de conocimientos y técnicas (know-how);

3) La franquicia es, pues, algo más que un contrato de venta o de concesión o que un contrato de licencia, ya que ambas partes aceptan obligaciones importantes, una respecto a otra, que exceden las establecidas en una relación comercial convencional;

4) El cedente garantizará la validez de sus derechos sobre la marca, el rótulo, el signo distintivo, el slogan, etc., y concederá a las empresas cesionarias el goce

incondicional de los derechos que haya puesto a su disposición;

5) El cedente seleccionará y aceptará únicamente a los candidatos que reúnan los requisitos que exige el contrato atípico de franquicia. Cualquier discriminación basada en razones políticas, de raza, de lengua o de sexo quedará excluida de los requisitos;

6) El contrato atípico de franquicia especificará especialmente los puntos siguientes, dándose por supuesto que las disposiciones adoptadas serán compatibles con el derecho nacional o comunitario:

   — las modalidades y condiciones de pago de los derechos y cánones;

   — la duración del contrato y las condiciones para su renovación, el momento y el período de preaviso;

   — los derechos preferentes del cedente, en caso de cesión por parte del cesionario;

   — la definición de los derechos abiertos de protección territorial concedidos al cesionario, incluidas las opciones (si se conceden) sobre zonas limítrofes;

   — la base para la distribución de los bienes afectados por el contrato atípico de franquicia, cuando éste se extinga;

   — los acuerdos de distribución relativos al suministro de las mercancías, comprendida la responsabilidad y los costes del transporte;

   — las condiciones de pago;

   — los servicios suministrados por el cedente: asistencia para la comercialización, promoción, publicidad, tecnología y patrimonio de conocimientos y técnicas (know-how), asesoramiento para la dirección, la administración y la gestión comercial, asesoramiento financiero y fiscal, condiciones para la prestación de estos servicios y costes con ella relacionados, formación;

   — obligaciones del cesionario: presentar cuentas y datos de funcionamiento, recibir una formación adecuada y aceptar procedimientos de inspección.»

En lo que se refiere a la formación y a la asistencia, el Código de deontología contiene además un gran número de reglas especiales, de las que únicamente las siguientes nos parecen interesantes para la evaluación de un contrato atípico de franquicia, tal como se define en el código de deontología, respecto al artículo 85 del Tratado CEE:

«— el cedente asistirá al cesionario aconsejándole sobre sus gastos de funcionamiento y sus márgenes, de tal manera que no tenga problemas en sus negocios en ningún momento;

— cualquier cláusula de prohibición de competencia aplicable después del incumplimiento o de la extinción del contrato deberá ser especificada y definida en el contrato en términos precisos en lo que se refiere a su duración y a sus límites territoriales.»

2.3. *Jurisprudencia*

Solamente en Francia han sido recogidas, en mayor o menor medida, por la jurisprudencia las definiciones dadas por las organizaciones profesionales: véase Tribunal de Grande Instance de Bressuire, 19 de junio de 1973 (SUPNAS contra Billy); Tribunal Correctionnel de Paris, 4 de marzo de 1974 (Maje Distribution); Cour d'Appel de Paris (Sala Quinta), 28 de abril de 1978 (Morvan contra Intercontinents); Cour d'Appel de Paris, 10 de mayo de 1978 (Télélfleurs contra Interflora, *Cahiers de droit de l'Entreprise*, junio de 1978); Cour d'Appel de Douai, 22 de abril de 1982, *Gazette du Palais* 1982, «doctrina», p. 565); Cour d'Appel de Colmar (Sala Primera de lo civil), 9 de junio de 1982 (Felicitas contra Georges Dalloz 1982, *Recueil*, p. 553). Esta jurispru-

dencia se caracteriza porque los derechos de exclusiva no se consideran siempre esenciales (Cour d'Appel de Colmar y Cour d'Appel de Douai), mientras que lo son la concesión de una denominación social, de signos distintivos y de símbolos, así como la garantía de un método uniforme de venta. La falta de definición legal hace que los contratos atípicos de franquicia sean siempre evaluados exclusivamente sobre la base de las cláusulas del contrato concreto de que se trate.

Sólo hemos podido encontrar en la Comunidad una decisión judicial sobre los aspectos de las prácticas colusorias entre empresas (ententes) en los contratos atípicos de franquicia en una sentencia del Bundesgerichtshof de 23 de marzo de 1982 (Meierei-Zentrale, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1982, p. 781). En esta sentencia, la prohibición de imponer verticalmente los precios, establecida por el artículo 15 de la ley alemana que regula las prácticas colusorias entre empresas (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — ley contra las restricciones de la competencia) se consideró aplicable a un contrato atípico de franquicia en el que se fijaban precios de reventa al por menor. Ahora bien, en su informe *Full-Line Forcing & Tie-In-Sales* de 1981, la «Monopolies and Mergers Commission» británica estimó que las obligaciones de compra en exclusiva eran también relevantes, en determinadas circunstancias, con relación al derecho de las prácticas colusorias entre empresas.

En Estados Unidos, como ya lo hemos observado anteriormente, el concepto de contrato atípico de franquicia se utilizó, en un principio, en un sentido muy amplio. Ahora bien, según la interpretación más restrictiva de este concepto, de reciente aparición (y que sobre todo ha servido de ejemplo para el desarrollo del contrato atípico de franquicia en Europa), el contrato atípico de franquicia consiste en la concesión, por parte del propietario, de una marca comercial o de una denominación social, mediante la cual se permite a un tercero la venta de un producto o la prestación de un servicio bajo dicha marca o denominación social (*Black's Law Dictionary*, 5ª edición, 1979, y von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, volumen 2, § 6 H 01/suplemento 1981).

De la misma manera que en el Reino Unido, las obligaciones de compra en exclusiva, previstas en los contratos atípicos de franquicia, no se consideran ya en los Estados Unidos, sin más, como «tying-arrangements» prohibidos por el derecho que regula las prácticas colusorias entre empresas. Ahora bien, pueden considerarse así en determinadas condiciones de mercado. Después de la sentencia Sylvania de 1977, la «rule of reason» se aplica a las cláusulas de restricción territorial vertical para comprobar si existe una restricción (especialmente horizontal) del juego de la competencia. Las cláusulas relativas a los precios de reventa al por menor del cesionario se consideran prohibidas en sí, cuando resulte que no se trata de precios simplemente recomendados, sino que el cedente intenta obligar, de cualquier manera, al cesionario, a aplicar también sus sugerencias o recomendaciones. En la sentencia Sylvania, las restricciones territoriales y especialmente las restricciones relativas a los locales de venta, de las que igualmente se trata en el asunto Pronuptia, se sometieron también a la «rule of reason», a pesar de las restricciones del juego de la competencia que implicaban entre los revendedores de Sylvania. Las restricciones «verticales» del juego de la competencia, como son las restricciones de que se trata en el asunto Sylvania, se han considerado favorables para la competencia *entre* marcas, a pesar de las restricciones que implicaban para la competencia *dentro* de la marca. Las restricciones verticales del juego de la competencia, como son las restricciones de que se trata en este asunto, solo pueden considerarse incluidas en la prohibición general prevista en la legislación americana que regula los acuerdos colusorios entre empresas, en determinados casos y en razón de sus efectos económicos reales. Teniendo también en cuenta la posterior práctica jurídica americana, la existencia o la inexistencia de una competencia efectiva con otros productos en el mercado de los productos de que se trata parece tener, a este respecto, una importancia determinante. En lo que se refiere a esta práctica jurídica americana, advertiremos ya aquí

que el problema, específicamente comunitario, de mercados nacionales diferentes, caracterizados por precios en general muy divergentes, no existe en Estados Unidos. Desde hace tiempo ya es una realidad allí un mercado interior único, de tal manera que no existe el problema de los obstáculos a la importación paralela.

2.4. *Observaciones finales*

Teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia dentro de la Comunidad, los puntos de vista de la Federación Europea de asociaciones de «franchising» que hemos citado más arriba, y las más recientes definiciones americanas de los contratos atípicos de franquicia, como son estos de que se trata en este caso, estimamos que, aparte del carácter independiente de las empresas interesadas, el elemento que consiste en una licencia para utilizar una denominación social, un nombre comercial, un signo distintivo u otros símbolos, así como un patrimonio de conocimientos y técnicas en sentido amplio (know-how) acompañado de un modo de presentación uniforme, con una contrapartida característica consistente en una retribución pagada por el cesionario a cambio de las licencias otorgadas, representan elementos determinantes de la naturaleza de un contrato atípico de franquicia para la venta de mercancías. Para la evaluación, respecto al derecho que regula las prácticas colusorias entre empresas es importante en la jurisprudencia americana, sobre todo, la posición de las empresas interesadas en el mercado y la distinción entre la relación vertical existente entre el cedente y el cesionario y la relación horizontal entre uno y otro y sus competidores. En especial, la existencia o la ausencia de una competencia entre las marcas parece ser más importante (salvo en condiciones especiales de mercado) para el mantenimiento de una competencia efectiva que la competencia dentro de una marca. Tanto en Estados Unidos como en la República Federal de Alemania, el hecho de que los cesionarios estén obligados a respetar los precios impuestos verticamente por los cedentes parece que está considerado en sí como contrario a la prohibición de los acuerdos sobre precios establecida por el Derecho que regula las prácticas colusorias entre empresas. Por lo demás, tanto la jurisprudencia de los Estados Unidos como la de tres de los grandes Estados miembros de la CEE parecen evaluar cada contrato de manera individual, incluidas sus cláusulas específicas, y (en la medida en que la evaluación se refiera a aspectos del Derecho que regulan las prácticas colusorias entre empresas) sobre la base de las circunstancias específicas del mercado. Este último criterio parece ser especialmente válido para la evaluación de las diferentes cláusulas de exclusividad que pueden figurar en los contratos atípicos de franquicia.

3. Similitudes y diferencias entre los contratos atípicos de franquicia y otros sistemas de distribución a los que se ha hecho referencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

3.1. *Representantes de comercio exclusivos*

Dado que la doctrina y la jurisprudencia han considerado siempre que la cualidad de empresario independiente o el hecho de que el cesionario actúe en nombre propio y soportando los riesgos, son las características esenciales de los contratos atípicos de franquicia, pensamos, contrariamente a Pronuptia, que para dar una respuesta a las cuestiones del Bundesgerichtshof no es relevante establecer una comparación entre esta nueva especie de contratos y los contratos de representantes de comercio, tal como se definen en la comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962 (DO 1962, p. 2921). Como se desprende del artículo 3, apartado 5, anteriormente citado, de los contratos de que se trata, éstos no se apartan tampoco a este respecto de la estructura general.

3.2. *Contratos de venta en exclusiva*

Los contratos objeto del litigio presentan más similitudes con los contratos de venta en exclusiva. Los derechos de exclusiva de compra del cesionario, previstos en el artículo 1, anteriormente citado, apartados 1 y 2, y los derechos (restringidos) de exclusiva de suministro del cedente, previstos en el artículo 3, apartado 6, presentan a primera vista una similitud evidente con las caracte-

rísticas que, en virtud del artículo 1, apartado 1, son determinantes para la aplicabilidad del Reglamento nº 67/67/CEE de 22 de marzo de 1967 relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE a categorías de acuerdos de venta en exclusiva. Por ello es comprensible que el juez que plantea la consulta prejudicial haya planteado, en este caso concreto, cuestiones separadas sobre la aplicabilidad del Reglamento anteriormente citado.

En lo que se refiere a la primera cuestión del juez remitente sobre la aplicabilidad, en principio, del artículo 85 a los contratos atípicos de franquicia, nos parece especialmente importante su analogía con el planteamiento del problema por parte del Tribunal en el asunto 32/65 (Italia contra la Comisión, sentencia de 13 de julio de 1966, Rec. 1966, p. 563). El segundo apartado, que figura en la p. 592 de esta sentencia, se prestaría eventualmente en especial —y con reserva de las diferencias entre los contratos atípicos de franquicia y los contratos de venta en exclusiva «clásicos», de los que hablaremos más adelante— a una aplicación por analogía en la respuesta a la primera cuestión del juez remitente.

Este apartado dice:

«Considerando que no se podría, además, descartar la eventual aplicación del artículo 85 a un acuerdo de concesión en exclusiva, alegando que el suministrador y el concesionario no son competidores entre sí;

que, en efecto, la competencia prevista en el apartado 1 del artículo 85 no es únicamente la que podrían hacerse las partes del acuerdo, sino también la que podría existir entre una de ellas y terceros;

que esto es tanto más evidente en la medida en que, mediante semejante acuerdo, las partes, impidiendo o limitando la competencia de terceros respecto al producto, podrían intentar crear o garantizar en su beneficio una ventaja injustificada, en detrimento del consumidor o del usuario, contraria a los objetivos generales del artículo 85;

que es, pues, posible que, sin implicar un abuso de posición dominante, un acuerdo entre agentes económicos situados en fases diferentes pueda afectar al comercio entre Estados miembros y, simultáneamente, tenga como objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, cayendo, así, en la prohibición del apartado 1 del artículo 85;

que cada uno de los artículos 85 y 86, respondiendo así a objetivos propios, es indiferentemente aplicable a diversos tipos de acuerdos, cuando se den las condiciones especiales de aplicación de uno u otro de estos artículos.»

El siguiente apartado elimina, también, la posibilidad de una comparación con los representantes de comercio y otras formas de integración, en las que una misma y única empresa integra su red de distribución en su propia empresa (y en donde, por consiguiente, no existen acuerdos entre varias empresas —independientes).

La importancia del apartado citado en primer lugar, reside, según nuestros criterios, en el hecho de que parece poder aplicarse, *mutatis mutandis*, a todos los acuerdos bilaterales verticales. Además, de forma semejante a la jurisprudencia americana, parece considerar como determinante para la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85, sobre todo, las posibles restricciones horizontales al juego de la competencia y no tanto las restricciones mutuas de la libertad de acción en el mercado de las partes vinculadas verticalmente entre sí.

Esta conclusión tampoco resulta modificada por el hecho de que en la sentencia Grundig-Consten (asuntos 56 y 58/64, Rec. 1966, p. 429 a p. 496) el Tribunal ha considerado (en lo que se refiere al argumento de que el acuerdo favorecía la competencia en-

tre productos similares de marcas diferentes) «que si la competencia entre productores es, en general, más aparente que la que existe entre distribuidores de la misma marca, esto no significa, sin embargo, que un acuerdo dirigido a restringir esta última pueda sustraerse a la prohibición del apartado 1 del artículo 85 por el solo hecho de que este acuerdo podría reforzar la primera». A continuación en la misma sentencia, el Tribunal considera «que a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 85, es superfluo tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo, cuando resulta que éste tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia».

Si se examina más atentamente la sentencia Grundig-Consten en su conjunto, resulta, a nuestro parecer, que efectivamente el Tribunal se refería también aquí concretamente a las restricciones a la competencia entre el vendedor exclusivo y los terceros (en este caso, importadores paralelos de productos de la misma marca), en otros términos, a restricciones horizontales de la competencia. A este respecto nos remitimos especialmente al último apartado de la p. 496 de la sentencia. Ahora bien, sobre este punto, el Tribunal estima que la competencia horizontal dentro de una marca también es importante, y en mayor medida que en la reciente jurisprudencia americana, especialmente cuando se trata de la protección de los mercados nacionales contra importaciones paralelas.

En la sentencia prejudicial de 30 de junio de 1966 en el asunto 56/65 (Société Technique Minière contra Maschinenbau Ulm, Rec. 1966, p. 337) el Tribunal ha precisado aún con oportunidad en la p. 360, «que, en consecuencia, para apreciar si un contrato con una cláusula que otorga un derecho de venta en exclusiva debe ser considerado como prohibido en virtud de su objeto o de su efecto, conviene tomar en consideración, especialmente, la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos que constituyen el objeto del contrato, la posición y la importancia del suministrador y la del concesionario en el mercado de los productos de que se trata, el carácter aislado del acuerdo objeto de litigio, o, por el contrario, el lugar de éste en un conjunto de acuerdos, el rigor de las cláusulas destinadas a proteger la exclusividad, o, por el contrario, las posibilidades otorgadas a otras corrientes comerciales sobre los mismos productos, mediante reexportaciones e importaciones paralelas».

3.3. *Contratos de suministros de cerveza (Contrats de brasserie)*

Los contratos de venta en exclusiva, que han sido examinados por nuestra jurisprudencia, se referían, en su mayor parte, a los importadores exclusivos y, tal como se desprende de las indicaciones de la Comisión en la vista, esto valía, de manera general, para los contratos de venta en exclusiva que le habían sido notificados. En aquellos casos no había decenas de comerciantes al por menor directamente afectados, como ocurre en el presente asunto. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal relativa a los que se ha convenido en llamar contratos de suministro de cerveza es ciertamente importante a este respecto. Sobre la base de un pasaje extraído del apartado antes citado de la sentencia STM contra Maschinenbau Ulm, el Tribunal afirmó ya en la primera sentencia Haecht (asunto 23/67, Rec. 1967, pp. 525 a 537) en lo que se refiere a los contratos de suministro de cerveza (con obligación de abastecerse exclusivamente en una sola fábrica de cerveza) de los que se trataba en aquel caso:

«que, para apreciar si un convenio se ve afectado por la prohibición del primer apartado del artículo 85, no puede ser aislado de este contexto, es decir, de las circunstancias de hecho o de derecho que tienen como consecuencia que el convenio impida, restrinja o falsee el juego de la competencia;

que, con relación a este objetivo, puede tomarse en consideración la existencia de contratos similares en la medida en que el conjunto de los contratos de este tipo pueda limitar la libertad del comercio».

En nuestra opinión, este apartado, combinado con el apartado siguiente, parece tener por efecto, en caso de aplicación por analogía a los contratos atípicos de franquicia, que el apartado 1 del artículo 85 será aplicable cuando un cedente de un Estado miembro A ocupe una posición tal en el mercado de un Estado miembro B, que pueda hacer sensiblemente más difícil el acceso al mercado del Estado miembro B a otros fabricantes o mayoristas por medio (de sus propias filiales y) de cierto número de contratos atípicos de franquicia con comerciantes independientes.

Del apartado 5 de la sentencia del Tribunal en el asunto Bilger contra Jehle (asunto 43/69, Rec. 1970, p. 127) se desprende que, si se tienen en cuenta otros contratos similares, habrá que considerar no solamente los contratos celebrados por un gran número de comerciantes al por menor con el mismo fabricante (o mayorista), sino también los contratos similares de compra en exclusiva celebrados con otros fabricantes del mismo Estado. En el caso de los contratos de suministro de cerveza, podrá efectivamente resultar, especialmente, del conjunto de estos contratos entre comerciantes al por menor de un Estado miembro determinado y fabricantes del mismo Estado miembro un efecto global semejante de compartimentación del mercado. En la medida en que hemos podido comprobarlo, el Tribunal sólo ha examinado hasta el momento contratos de suministro de cerveza de este tipo, celebrados entre un fabricante de cerveza y compradores profesionales de un mismo y único Estado miembro. Ahora bien, en nuestra opinión, en el caso de los contratos atípicos de franquicia, un efecto de compartimentación del mercado (o cualquier otra restricción horizontal al juego de la competencia) podrá resultar también del efecto global de contratos atípicos de franquicia respecto a productos similares, con independencia del lugar en que tenga su establecimiento el fabricante o el mayorista.

En lo que se refiere a los contratos de suministro de cerveza, nos parece que para la respuesta a la segunda cuestión planteada por el Bundesgerichtshof en el asunto Pronuptia, reviste cierta importancia la sentencia de 1 de febrero de 1977 en el asunto 47/76 (A. de Norre y H. de Clercq contra NV Brouwerij Concordia, Rec. 1977, p. 65). En esta sentencia, el Tribunal ha declarado, especialmente, que a pesar de que existen ciertas diferencias, reconocidas por el Tribunal con los contratos tradicionales de venta en exclusiva, respecto a los que se promulgó en su momento el Reglamento 67/67, este Reglamento se aplica también a los contratos de suministro de cerveza, es decir, «a los acuerdos en los que sólo participen dos empresas nacionales de un mismo y único Estado miembro, en los que una se compromete respecto a la otra a no comprar ciertos productos más que a ésta, con fines de reventa, y que no presentan las características señaladas en el artículo 3 del Reglamento 67/67 de la Comisión, en la medida en que al no gozar de exceptuación, les afectaría la prohibición del primer apartado del artículo 85, del Tratado CEE». Tal como se desprende del apartado 13 de esta sentencia, ésta se basa, en particular, en el reconocimiento de que los acuerdos de que se trata cumplen las condiciones señaladas en la letra b) del primer apartado del artículo 1 del Reglamento nº 67/67 (tal como se desprende de los apartados 16 a 33), así como en la sentencia del Tribunal en el asunto Roubaix-Wattrelos (asunto 63/75, Rec. 1976, p. 111).

También, en lo que se refiere a esta sentencia, a nuestro juicio hay que mantener, en principio, que, para la evaluación de la posibilidad de una aplicación por analogía en el asunto Pronuptia, no es esencial que esta sentencia esté limitada a los contratos en los que únicamente son parte dos empresas nacionales de un sólo Estado miembro. Creeemos que nada indica en los apartados de la

sentencia que el Tribunal haya estimado que el Reglamento nº 67/67 no es aplicable al contrato de suministro de cerveza celebrado entre un comerciante al por menor establecido en el Estado miembro A y un fabricante de cerveza situado en el Estado miembro B.

Sin embargo, la sentencia como es natural no se pronuncia en absoluto sobre la cuestión relativa a si otras características de los contratos atípicos de franquicia, como éstos de que se trata en el presente procedimiento, se oponen a la aplicabilidad del Reglamento nº 67/67. En nuestra opinión, como más detalladamente lo expondremos en la parte siguiente de nuestras conclusiones, esto es efectivamente así.

3.4. *Sistemas de distribución selectiva*

En el presente procedimiento, Pronuptia ha invocado la sentencia Metro (asunto 26/76, Rec. 1977, p. 1875). En el apartado 20 de esta sentencia, el Tribunal ha estimado entre otras cosas:

«que, en especial, en el sector de la producción de bienes de consumo duraderos, de alta calidad y tecnicidad, en el que un número relativamente reducido de productores, grandes y medios, ofrece una gama variada de aparatos fácilmente intercambiables, en todo caso a los ojos de los consumidores, la estructura del mercado no se opone a la existencia de canales de distribución diferenciados adaptados a las características propias de los diferentes productores y a las necesidades de las diferentes categorías de consumidores;

que con esta perspectiva, la Comisión ha reconocido, con razón, que los sistemas de distribución selectiva constituían, entre otros, un elemento de competencia con arreglo al primer apartado del artículo 85, con la condición de que la elección de los revendedores se realice en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, relativos a la cualificación profesional del revendedor, de su personal y de sus instalaciones, y de que esas condiciones se establezcan de manera uniforme respecto a todos los revendedores potenciales y se apliquen de manera no discriminatoria».

Ahora bien, en nuestra opinión, el párrafo citado en último lugar no se presta a una aplicación analógica en el presente asunto, ya que, en los contratos atípicos de franquicia objeto de litigio, junto a los criterios cualitativos, se utilizan también rigurosos criterios cuantitativos.

Respecto al presente asunto tiene más bien cierta importancia indirecta el párrafo anterior al apartado 20, anteriormente citado, así como el penúltimo párrafo del apartado 21, cuyo tenor es el siguiente:

«que la preocupación, en el caso de mayoristas y comerciantes al por menor especializados, por mantener cierto nivel de precios correspondiente a la preocupación por mantener, en interés al consumidor, la posibilidad de que dicho canal de distribución subsista junto a nuevas formas de distribución, basadas en una política de competencia, de diferente naturaleza, entra en el ámbito de los objetivos que pueden perseguirse, sin caer necesariamente en la prohibición del primer apartado del artículo 85 y, si esto sucediese en todo o en parte, en el ámbito del apartado 3 del artículo 85».

También me parece importante para el asunto Pronuptia el segundo párrafo del apartado 22, que dice:

«que, sin embargo, corresponderá a la Comisión velar por que no se refuerce la rigidez (cierta, comprobada en el primer párrafo) de esta estructura (de precios), lo que podría producirse en el supuesto de una multiplicación de las redes de distribución selectiva para la comercialización de un mismo producto» (las precisiones entre paréntesis son nuestras).

Por último, el apartado 24 indica las disposiciones que la Comisión no considera como restrictivas del juego de la competencia.

En el asunto 31/80 (L'Oréal, Rec. 1980, p. 3775), el Tribunal considera (apartado 17) que:

«cuando el acceso a una red de distribución selectiva esté subordinado a condiciones que vayan más allá de una simple selección objetiva de carácter cualitativo, en especial, cuando esté fundado en criterios cuantitativos, el sistema de distribución se verá afectado, en principio, por la prohibición del apartado 1 del artículo 85, siempre que, como el Tribunal lo ha observado en su sentencia de 30 de junio de 1966 (STM, asunto 56/65, Rec. 1966, p. 337) el acuerdo presente determinadas características, que condicionen menos su naturaleza jurídica que sus relaciones, por una parte con el "comercio entre los Estados miembros" y por otra con el "juego de la competencia".»

Los dos apartados siguientes precisan estas condiciones (el apartado 18 indica que es necesario tener en cuenta especialmente las consecuencias del acuerdo de que se trata sobre las posibilidades de importación paralela, mientras que el apartado 19 remite, entre otras cosas, a los apartados ya citados de la primera sentencia Haecht). En el asunto Lancôme (asunto 99/79, Rec. 1980, p. 2511), el Tribunal había adoptado ya un punto de vista similar al contenido en el apartado 17. Los apartados anteriormente citados tienen también cierta importancia respecto al asunto actualmente pendiente.

En lo que se refiere a la ilicitud de una «cláusula relativa al local comercial» prevista en el artículo 4 de los contratos objeto de litigio, la Comisión ha invocado también el apartado 51 de la sentencia de 21 de febrero de 1984 en el asunto 86/82 (Hasselblad, Rec. 1984, p. 883). Tras haber confirmado el carácter ilícito de los criterios de selección cuantitativos, este apartado afirmaba que «en virtud de la cláusula 28 del "acuerdo de distribución" la parte demandante tenía la posibilidad de restringir de hecho la libertad de los comerciantes, e incluso de los distribuidores autorizados, de establecerse en un sector en el que su presencia podría, según la parte demandante, afectar al juego de la competencia». El apartado 52 confirmaba después que el carácter de la prohibición afectaba, entre otras, a dicha cláusula.

3.5. *Contratos de licencia*

Dado que las licencias desempeñan también un papel determinante en los contratos atípicos de franquicia, las sentencias del Tribunal en los asuntos Nungesser (asunto 258/78, Rec. 1982, p. 2015) y Coditel II (asunto 262/81, Rec. 1982, p. 3381) tienen también cierta importancia respecto al presente asunto. En el apartado 58 de la sentencia Nungesser, el Tribunal ha resuelto «teniendo en cuenta la especificidad de los productos de que se trata» que, «en un caso como éste, la concesión en exclusiva de una licencia abierta, es decir, de una licencia que no contempla la situación de terceros como los importadores paralelos y los cesionarios para otros territorios, no es, en sí, incompatible con el primer apartado del artículo 85 del Tratado». Por el contrario, en el apartado 61 de la misma sentencia, el Tribunal ha recordado que, según su jurisprudencia constante, «la protección territorial absoluta en favor de un cesionario destinada a permitir el control y la obstaculización de las importaciones paralelas, conduce al mantenimiento artificial de mercados nacionales distintos, lo cual es contrario al Tratado». El carácter determinante de este punto de vista está confirmado en el apartado 78.

En el asunto Coditel II, el Tribunal ha decidido que «un contrato mediante el cual el titular de los derechos de autor de una película concediera un derecho exclusivo para

la proyección de la misma, por un período determinado, en el territorio de un Estado miembro, no se vería afectado, en principio, por las prohibiciones del artículo 85 del Tratado, sino que correspondería, en su caso, al juez nacional comprobar si, en un caso concreto, las modalidades de ejercicio del derecho exclusivo concedido por este contrato se sitúan en un contexto económico o jurídico, cuyo objeto o efecto consistiría en impedir o restringir la distribución de películas o en falsear la competencia en el mercado cinematográfico, teniendo en cuenta las particularidades de éste». Ahora bien, del apartado 19 de la sentencia se desprende que el ejercicio del derecho exclusivo de proyección de una película cinematográfica no puede dar lugar, así, entre otras cosas a «la posibilidad de cánones que excedan de una justa retribución de las inversiones realizadas o a una exclusividad de una duración excesiva con relación a estas exigencias». Este apartado tiene una especial importancia respecto al presente asunto, dado que el litigio principal se refiere muy particularmente a los cánones.

4. Respuestas a las cuestiones planteadas

4.1. *Observaciones generales*

Todas las sentencias que hemos citado contienen, en nuestra opinión, elementos de cierta importancia para las respuestas a las cuestiones planteadas.

La naturaleza de los contratos atípicos de franquicia, a los que se refieren las cuestiones, corresponde, en nuestra opinión, a las características de los contratos atípicos de franquicia definidas por la doctrina y la jurisprudencia antes indicadas, en la medida en que el derecho a utilizar la denominación social y la marca o el signo distintivo Pronuptia de Paris, la transmisión del patrimonio de conocimientos y de técnicas (know-how) en sentido amplio y la obligación de organizar la tienda de determinada manera de conformidad con la imagen de marca y según las indicaciones del cedente constituyen elementos esenciales de los contratos atípicos de franquicia (artículos 1, apartado 3; 3, apartados 1 y 3; 4, apartados 1 y 14). Este carácter esencial se desprende también de los cánones acordados como precio de la licencia y que se han establecido en un 10 % del conjunto del volumen de ventas del cesionario (artículo 5, primer apartado). Ahora bien, en virtud del apartado 5 del artículo 3 del contrato, el cesionario asume, en principio, él solo todos los riesgos de su actividad comercial. En nuestra opinión, desde el punto de vista económico, éstas son las características que convierten los contratos atípicos de franquicia, como nuevo método de distribución, especialmente atractivos a los ojos de los cedentes. Vista del exterior, una tienda organizada y dirigida de conformidad con el contrato da la impresión de ser una filial. Pero lo que la diferencia de una filial es que el cedente no tiene que hacerse cargo de los gastos de inversión. Tampoco tiene que realizar un estudio de mercado en la zona en que se establece porque en caso de venta insuficiente (especialmente en el caso de una relación desfavorable entre los gastos y los beneficios relativos a la tienda de que se trate), no asume ningún riesgo, sino que además tendrá derecho a un canon no desdeñable establecido en un 10 % del conjunto del volumen de ventas.

Como lo demuestra su fulminante desarrollo, el nuevo sistema también parece ser ventajoso para el cesionario, probablemente porque le permite, en especial, un acceso (en general exclusivo) a productos de calidad que tienen ya un sólido valor comercial. Este valor comercial se da especialmente cuando —como ocurre en este caso y, según el cesionario, también se da en otros sistemas de contratos atípicos de franquicia, que él cita— el cedente tiene filiales propias en otros mercados regionales o locales del Estado miembro de que se trata y el sistema de contratos atípicos de franquicia constituye,

en consecuencia, una extensión del sistema de filiales del cedente; sistema ya experimentado en el mercado de los productos de que se trata.

Por último, la existencia de un sistema de contratos atípicos de franquicia junto a otros sistemas de distribución podrá ser también interesante para los consumidores, por motivos análogos, pero también en condiciones similares a las indicadas en el apartado 20 de la sentencia Metro, relativa a los sistemas de distribución selectiva. Caso de que la admisión de los cesionarios en este sistema esté sometida a restricciones cuantitativas (por ejemplo, bajo la forma de una autorización de un único cesionario en una región determinada, como ocurre en este caso), consideramos, en base a las sentencias del Tribunal anteriormente citadas en los asuntos L'Oréal, Lancôme y Hasselblad, que el primer párrafo del artículo 85 deberá, en principio, aplicarse a los contratos objeto de litigio, siempre que se cumplan las condiciones generales establecidas en las sentencias del Tribunal anteriormente citadas en los asuntos 32/65, 56 y 68/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 y 258/78.

A nuestro parecer, de estas sentencias se pueden deducir especialmente los siguientes criterios, importantes para la evaluación de los contratos atípicos de franquicia, tales como los de estos asuntos:

a) Dado que, como se desprende del conjunto de las sentencias del Tribunal anteriormente citadas, la aplicabilidad del primer apartado del artículo 85 depende de los efectos horizontales de los contratos verticales (por ejemplo, la exclusión de determinados competidores, como los importadores paralelos), la cuestión de saber si un contrato atípico de franquicia implica o no un reparto equitativo de los derechos y obligaciones entre el cedente y el cesionario no nos parece en sí importante para determinar si se aplica o no el primer apartado del artículo 85. Nos parece que lo mismo sirve, en principio, respecto a las diferentes obligaciones del cesionario respecto al cedente, tales como las obligaciones relativas a la especialización (artículos 3, apartado 3; 4, apartado 1, y 6, apartado 6), a la publicidad (artículos 1, apartado 1, y 6, apartados 4 y 5) y a la organización y gestión del fondo de comercio (artículo 3, apartado 3, y 4, apartado 1). En lo que se refiere a semejantes obligaciones verticales, estimamos que el apartado 1 del artículo 85 sólo podrá ser aplicable cuando pueda demostrarse en casos concretos que dichas obligaciones tienen efectos perjudiciales para terceros (competidores, proveedores o compradores), lo que se dará raramente cuando exista un número suficiente de otros canales de distribución respecto a productos similares.

b) Cuando se trate más especialmente de los efectos «horizontales», o, en términos más precisos, de los efectos del contrato respecto a terceros, será necesario, tal como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal, plantearse si continúan siendo posibles las importaciones paralelas (por ejemplo las sentencias Grundig, Consten, Bilger contra Jehle y Nungesser); si, teniendo en cuenta la posición en el mercado de los proveedores interesados, queda limitado el acceso al mercado para otros proveedores o comerciantes (cf. los apartados citados de los asuntos 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 y 31/80) y si el contrato atípico de franquicia tiene por efecto un alza de precios (sentencia Metro y asunto Coditel II), o si constituye incluso un sistema de precios impuestos verticalmente mediante obligaciones contractuales o prácticas colusorias entre empresas (ententes) de hecho entre el cedente, sus filiales y sus diferentes cesionarios.

Sin embargo, en lo que se refiere a este último criterio y contrariamente a la jurisprudencia americana y alemana, citada anteriormente a este respecto, consideramos que la jurisprudencia general del Tribunal rela-

tiva al sistema de precios impuestos verticalmente y a los demás sistemas de prácticas colusorias entre empresas (ententes) sobre precios, sólo deberá aplicarse cuando exista una posición económica dominante sobre los mercados locales afectados o un sistema de precios impuestos verticalmente, que también sea aplicado por los competidores. El efecto de alza de precios, que resulta de las cláusulas del contrato objeto de litigio relativas a los cánones y que indudablemente es muy importante, nos parece que sólo puede justificar en sí, a la luz de los apartados 21 y 22 de la sentencia Metro, la aplicabilidad del primer apartado del artículo 85, cuando un cedente de un Estado miembro A desempeñe una función determinante en la formación de los precios en un número considerable de mercados locales del Estado B u ocupe en él por otro motivo una posición económica dominante.

Sobre la base de los criterios anteriormente citados, nos parece posible responder en términos suficientemente claros a la primera cuestión del juez remitente para que pueda pronunciarse sobre este caso concreto. A este respecto, nos parece absolutamente deseable que se dé a esta cuestión una respuesta más concreta que la que propone la Comisión.

Dado que consideramos, por las razones que se indicarán más adelante, que el Reglamento nº 67/67/CEE no es aplicable a los contratos atípicos de franquicia, como éstos de que aquí se trata, en nuestra opinión no es necesario responder a la tercera cuestión del juez remitente. Sin embargo, el Tribunal podría precisar, eventualmente, en los apartados de su sentencia que las obligaciones previstas en la tercera cuestión, letras b), d) y e), salvo en circunstancias excepcionales, no pueden considerarse como restricciones al juego de la competencia, tal como se define en el apartado 1 del artículo 85.

4.2. *Respuesta a la primera cuestión*

A la luz de los criterios que hemos deducido de la jurisprudencia del Tribunal y que acabamos de resumir, consideramos que para responder a la primera cuestión son importantes los apartados 1 y 2 del artículo 1; el apartado 3 del artículo 3; el apartado 1 del artículo 4; el apartado 1 del artículo 5 y los apartados 1 y 6 del artículo 6 de los contratos presentados en el expediente. Dado el carácter indeterminado de los contratos atípicos de franquicia, tal como se desprende de la doctrina y de la jurisprudencia, sugerimos que el Tribunal limite su respuesta a la primera cuestión del Bundesgerichtshof a los contratos atípicos de franquicia de contenido similar a los contratos celebrados por las partes en este caso concreto. Por consiguiente es evidentemente muy importante para la práctica jurídica que el Tribunal resuma dicho contenido en su sentencia.

En nuestra opinión, su respuesta a la primera cuestión podría ser la siguiente:

«El apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE es aplicable a los contratos atípicos de franquicia, como los celebrados entre las partes en este caso concreto, siempre que, entre otras cosas:

a) se hayan celebrado entre un cedente de un Estado miembro o una filial, totalmente dependiente de él, tal como se prevé en la tercera cuestión, letra a), y uno o varios cesionarios establecidos en uno o varios Estados miembros, mientras que

b) el cedente posea, a través de sus filiales y sus cesionarios, una parte de mercado no desdeñable en el mercado de los productos de que se trate en uno o varios de dichos Estados miembros o en una parte importante de su territorio y, además, que o bien

c) los contratos impidan, restrinjan o traten de impedir o de restringir las importaciones paralelas de los productos previstos en los contratos en el territorio establecido en el contrato o las exportaciones, por parte del cesionario, de los productos previstos en los contratos a otros Estados miembros, o bien que

d) los contratos, especialmente mediante la creación de monopolios locales o regionales respecto a los productos previstos en los contratos, mediante cláusulas relativas a los cánones y mediante cláusulas contractuales o prácticas concertadas sobre la fijación de precios, así como mediante la ausencia de competencia efectiva respecto a productos similares, produzcan el establecimiento de precios al por menor demasiado elevados, es decir, precios que a pesar de una calidad eventualmente superior de los productos previstos en los contratos, no sería posible mantener si existiera una competencia efectiva.»

Al proponer esta respuesta, hemos querido indicar que los criterios c) y d) deben ser considerados como criterios complementarios alternativos. En lo que se refiere al criterio c), con arreglo a la constante jurisprudencia del Tribunal, se hace hincapié en el impedimento de una protección territorial absoluta de los mercados nacionales, que únicamente no producirá restricciones esenciales de la competencia horizontal, en los casos en que se trate de cuotas de mercado desdeñables. Por el contrario, en lo que se refiere al criterio d), se hace hincapié en el impedimento de alzas de precios de carácter monopolístico, lo que, en general, sólo será posible en caso de que se posean cuotas de mercado considerables en los mercados locales o regionales afectados y en caso de ausencia de otras formas de distribución de productos similares, que produzcan una baja de los precios.

4.3. *Respuestas a la segunda y tercera cuestión*

De igual manera que la Comisión y que el Gobierno francés, opinamos que sería deseable una exceptuación por categorías respecto a los contratos atípicos de franquicia, teniendo en cuenta, especialmente, que en la actualidad son muy frecuentes y que, en general, deben ser considerados globalmente positivos, ya que sus fines o efectos de restricción de la competencia, que son también indudables, no se oponen a la exceptuación con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE, más que en determinadas circunstancias de mercado (especialmente en caso de ausencia de sistemas competitivos de distribución) y cuando se aplican determinadas modalidades de estos contratos.

Es probable que los contratos atípicos de franquicia contribuirán, en general, incluso en interés de los consumidores, a mejorar la distribución de los productos, dado que permitirán una penetración rápida de nuevos productos o de productos de calidad especial en el mercado al por menor, muy descentralizado desde el punto de vista territorial. A este respecto, corresponde a la Comisión adquirir, en primer lugar, la experiencia necesaria en materia de exceptuaciones por categorías, mediante cierto número de decisiones individuales en casos representativos, y precisar, después, en un Reglamento sobre las exceptuaciones por categorías, con arreglo a las cuatro condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 85, las condiciones

en las que puede efectivamente reconocerse una mayor importancia a los efectos positivos de los contratos atípicos de franquicia que a los efectos restrictivos de la competencia, que deben considerarse inevitables en razón de sus efectos positivos.

Ahora bien, de la misma manera que la Comisión y el Gobierno francés, estimamos también que el Reglamento nº 67/67 no puede considerarse aplicable a los contratos atípicos de franquicia como éstos de que se trata en este caso. A nuestro parecer, esta conclusión se funda, especialmente, en las siguientes consideraciones que son importantes al efecto:

En primer lugar, en el momento de la adopción del Reglamento nº 67/67, no existían apenas contratos atípicos de franquicia relativos a la distribución de productos dentro de la Comunidad y no era posible tener en cuenta los problemas muy específicos que plantean estos contratos. Los problemas examinados durante la elaboración del Reglamento y respecto a los cuales se había adquirido la experiencia suficiente requerida por el 4º considerando del Reglamento nº 19/65/CEE, se referían únicamente a los importadores exclusivos. De la respuesta de la Comisión a una pregunta que formulamos en la vista resulta que, en el momento de establecer nuevas exceptuaciones recientes por categorías respecto a los contratos de venta y de compra en exclusiva, no se ha alegado la aplicabilidad de dichas exceptuaciones a los contratos atípicos de franquicia ni por parte de los interesados ni por parte de los expertos del Gobierno.

En segundo lugar, estimamos que, en virtud de la doctrina y de la jurisprudencia examinada y de las opiniones de las organizaciones de empresas que trabajan en régimen de franquicia y que hemos reproducido, el contenido de los contratos atípicos de franquicia está determinado especialmente por el intento de acomodar, en todo lo posible, la organización y la gestión del fondo de comercio del cesionario a las del cedente o de sus filiales, mediante licencias relativas a la razón social, a las marcas, a los signos (distintivos) o a símbolos, al patrimonio de conocimientos y técnicas (know-how) en sentido amplio y mediante otras cláusulas. Como contrapartida, no solamente el cesionario asume todos los riesgos vinculados a los resultados de explotación, sino que también está obligado a pagar un canon —considerable en este caso— al cedente como precio de la licencia. En este contexto tienen una importancia accesoria las obligaciones de suministro y de compra en exclusiva, cuyo contenido no puede apreciarse desde el punto de vista de la política de prácticas colusorias de empresas (ententes) más que en relación con la amplia forma de integración de los cesionarios a nivel del comercio al por menor en una red de puntos de venta del cedente, dirigidos de manera uniforme. Por el contrario, en el Reglamento nº 67/67, los que presentan precisamente una importancia muy accesoria son los contratos de licencia.

En tercer lugar, los contratos atípicos de franquicia, con las características de que se trata en este caso concreto, son fundamentalmente diferentes de los contratos de suministro de cerveza a los que, según el Tribunal, es aplicable el Reglamento nº 67/67, dado que conducen a la formación de un monopolio local o regional estricto de los productos de que se trata. A este respecto nos remitimos especialmente al artículo 1 de los contratos presentados en el expediente del procedimiento. Por lo demás, la diferencia con los contratos de venta en exclusiva, que hemos citado en segundo lugar, vale también para los contratos de suministro de cerveza.

En cuarto lugar, estimamos que queda excluida la aplicación del Reglamento nº 67/67, a causa de la letra b) de su artículo 3. Los contratos atípicos de franquicia de contenido semejante a éstos de que aquí se trata dan una protección territorial absoluta al cesionario y hacen difícil para los comerciantes comprar los productos previstos en el contrato a otros comerciantes establecidos en el mercado común. A este respecto, nos remitimos además al artículo 1 ya citado, y a los artículos 3, apartados 3 y 6, y 4, apartado 1, de los contratos presentados.

Por estas cuatro razones proponemos que se responda a la segunda cuestión del juez remitente en los siguientes términos:

«El Reglamento nº 67/67 CEE relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de exclusiva (Reglamento sobre las exceptuaciones por categorías) no es aplicable a los contratos atípicos de franquicia de contenido semejante al de los contratos celebrados entre las partes en este caso concreto.»

En estas condiciones, no es necesario responder a la tercera cuestión del juez remitente. Ahora bien, la respuesta que hemos propuesto respecto a la primera cuestión, eventualmente en relación con determinados apartados de la sentencia del Tribunal que deberán dedicarse a algunas cláusulas del contrato que no restringen el juego de la competencia, podrá permitir al juez remitente determinar qué disposiciones del contrato contempladas en la tercera cuestión deben considerarse pertinentes para la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85.