CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PIETER VERLOREN VAN THEMAAT

apresentadas em 19 de Junho de 1985 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Introdução

1.1. *As questões do Bundesgerichtshof*

Num litígio relativo ao atraso no pagamento de direitos devidos por uma licença, uma licenciada alemã invocou com êxito, em recurso de apelação contra a sua licenciante francesa, a nulidade do contrato de licenciamento (*franchise*) em causa, com base no direito da concorrência da CEE. Segundo o Tribunal de recurso, o artigo 85.° do Tratado CEE proibiria um contrato de licenciamento tal como o que está em causa, por comportar restrições ao mecanismo da concorrência que não se encontram isentas de proibição prevista no artigo 85.°, n.° 1, por força do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado CEE e do Regulamento (CEE) n.° 67/67, de 22 de Março de 1967 (JO 1967, L 57, p. 849; EE, 08, fasc. 01, p. 94).

A autora no processo principal, em seguida, interpôs recurso de revista deste acórdão para o Bundesgerichtshof. Considerando que o acórdão recorrido suscitava um certo número de questões relativas ao direito comunitário, o Bundesgerichtshof submeteu ao Tribunal, por resolução de 15 de Maio de 1984, determinadas questões prejudiciais.

Conforme resulta da doutrina, os sistemas de distribuição por contratos de licenciamento só após 1970 se desenvolveram efectivamente nos diversos Estados-membros. Contudo, conheceram a partir de então um desenvolvimento muito rápido e ocupam actualmente um lugar importante, a par de outros sistemas de distribuição. Ainda que o Tribunal se cinja, nas respostas às questões prejudiciais, aos contratos de licenciamento com as características dos contratos em litígio, as suas respostas poderão, portanto, influir indirectamente no que toca à validade de dezenas de milhares de contratos. A importância da vossa resposta às questões colocadas é ainda corroborada pela circunstância de a Comissão não ter, até agora, definido uma política clara a este respeito, conforme resulta das suas observações escritas e orais no presente processo.

As questões do Bundesgerichtshof são do seguinte teor:

1) O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE é aplicável aos contratos de licenciamento, tais como os contratos entre as partes em litígio, que têm por objecto a aplicação de um sistema de distribuição particular no qual o licenciante faculta ao licenciado não apenas as mercadorias, mas também a designação comercial, a marca, as formas de apresentação das mercadorias e outras prestações de serviços?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, o Regulamento n.° 67/67 da Comissão, de 22 de Março de 1967, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos de exclusividade (a seguir designado por «regulamento de isenção por categorias»), é aplicável a tais contratos?

* Tradução do neerlandês.

3) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior:

a) O regulamento de isenção por categorias é igualmente aplicável nos casos em que uma das partes contraentes engloba várias empresas juridicamente autónomas mas economicamente ligadas entre si, que constituem, em relação ao contrato, uma entidade económica?

b) O regulamento de isenção por categorias, e designadamente o seu artigo 2.°, n.° 2, alínea c), prevê a obrigação que incumbe à licenciada de não fazer publicidade senão com a aprovação da licenciante, em conformidade com a publicidade desta e utilizando o material publicitário colocado à sua disposição pela licenciante, e, em geral, de aplicar os métodos comerciais desta? O facto de o material publicitário da licenciante mencionar preços indicativos reveste alguma importância neste contexto?

c) O regulamento de isenção por categorias, e designadamente os seus artigos 1.°, n.° 1, alínea b), 2.°, n.° 1, alínea a), e 2.°, n.° 2, alínea b), prevê a obrigação que incumbe à licenciada de distribuir os produtos mencionados no contrato exclusivamente — ou, pelo menos, na sua maior parte — num determinado local comercial, especialmente preparado para esse efeito?

d) O regulamento de isenção por categorias, e designadamente o seu artigo 1.°, n.° 1, alínea b), prevê a obrigação que incumbe à licenciada de se abastecer, na maior parte, exclusivamente por meio da licenciante, e de só se abastecer, no que respeita à parte «livre» dos produtos mencionados no contrato, por meio de fornecedores autorizados pela licenciante?

e) O regulamento de isenção por categorias admite a obrigação que incumbe à licenciante de apoiar a licenciada em matéria comercial, publicitária e profissional?

1.2. *As principais disposições dos contratos celebrados pela licenciada em causa*

Tal como resulta dos três contratos celebrados entre as partes no processo principal, juntos aos autos após a audiência, a pedido do Tribunal, a licenciante compromete-se:

— a não conceder o direito de utilização da marca Pronuptia de Paris a nenhum terceiro no território contratual abrangido em cada caso (respectivamente, Hamburgo, Oldenburgo e Hanôver) (artigo 1.°, n.° 1);

— a não abrir qualquer outro estabelecimento Pronuptia no território abrangido pelo contrato (artigo 1.°, n.° 2);

— a não fornecer qualquer produto ou serviço a terceiros nesse território (artigo 1.°, n.° 2);

— a assistir a licenciada no que respeita aos aspectos comerciais e publicitários do seu comércio, ao arranjo e existências do estabelecimento, à formação do pessoal, às técnicas de venda, à moda e aos produtos, às compras, ao «marketing» e, de forma geral, a ajudar a licenciada a aumentar o seu volume de negócios e a sua rendibilidade (artigo 3.°, n.° 1).

A licenciada (a qual, em virtude do artigo 3.°, n.° 5, permanece única proprietária do seu comércio, assume isoladamente os respectivos riscos e também aufere isoladamente a totalidade dos lucros) deve, designadamente:

— vender os produtos mencionados no contrato, utilizando a denominação social e a marca Pronuptia de Paris, exclusivamente no estabelecimento referido

no artigo 1.°, que deve ser arranjado principalmente para a venda de artigos de casamento, em conformidade com a imagem de marca da Pronuptia de Paris (artigos 3.°, n.° 3, e 4.°, n.° 1);

— comprar à licenciante 80% dos vestidos de noiva e acessórios de casamento, bem como uma parte, a determinar pela própria licenciante, dos vestidos de «cocktail» e de recepção (artigo 3.°, n.° 6);

— comprar os outros vestidos de noiva e acessórios de casamento, vestidos de «cocktail» e de recepção unicamente aos vendedores autorizados pela licenciante (artigo 3.°, n.° 6);

— pagar à licenciante, enquanto vigorar o contrato, uma quantia igual a 10% da totalidade do seu volume de negócios (incluindo o volume de negócios referente aos produtos fornecidos por terceiros) (artigo 5.°, n.° 1);

— abster-se de qualquer acto de concorrência com um estabelecimento da Pronuptia, e em especial não se dedicar à distribuição especializada de vestidos de casamento e acessórios, enquanto vigorar o contrato e durante o ano seguinte ao termo deste, na República Federal da Alemanha, em Berlim-Oeste ou em qualquer território onde a Pronuptia já esteja representada (artigos 6.°, n.° 6, e 9.°);

— fixar como objectivo principal a venda dos artigos mencionados no contrato (artigo 6.°, n.° 6);

— exercer o seu comércio num estabelecimento situado numa determinada localização e arranjar esse estabelecimento essencialmente para a venda de artigos de casamento, em conformidade com a imagem de marca da Pronuptia de Paris e segundo as indicações desta (artigos 1.°, n.° 3, e n.°, n.° 3, e 4.°, n.° 1);

— exercer o seu comércio e, designadamente, a venda dos produtos mencionados no contrato, utilizando unicamente a marca e a denominação social da Pronuptia de Paris (artigos 3.°, n.° 3, e 4.°, n.° 1);

— não fazer publicidade com a marca Pronuptia de Paris sem o acordo prévio da licenciante, não organizar a sua publicidade senão de acordo com a publicidade da Pronuptia e utilizar o material publicitário colocado à sua disposição pela Pronuptia, contendo os preços indicativos (artigos 1.°, n.° 1, e 6.°, n.° 1);

— fazer publicidade, distribuir o mais conscienciosamente possível o material publicitário e, de modo geral, aplicar os métodos comerciais da licenciante (artigo 6.°, n.° 5);

— observar escrupulosamente todos os direitos de propriedade industrial ou comercial da Pronuptia e informar imediatamente a Pronuptia de qualquer infracção aos seus direitos por terceiros, da qual venha a ter conhecimento (artigo 14.°).

Nos termos do artigo 6.°, n.° 1, a Pronuptia recomenda à licenciada preços indicativos adequados e (sem prejuízo da liberdade da licenciada de fixar ela própria os preços) as duas partes consideram estes preços indicativos como directivas para a venda ao público.

1.3. *Plano das conclusões*

Conforme já observámos, a resposta do Tribunal às questões colocadas poderá também ter consequências, quer no que respeita à validade jurídica de outros contratos de licenciamento, quer quanto à política a aplicar pela Comissão nesta matéria. Por conseguinte, na segunda parte das presentes conclusões começaremos por expor algumas observações de carácter geral sobre este sistema de distribuição relativamente novo na Comunidade. Em particular, propomo-nos examinar em que medida existe já no direito positivo, na jurisprudência e na doutrina, e em especial no âmbito das organizações

profissionais interessadas, um grau de certeza suficiente, no que respeita ao conteúdo e à natureza jurídica dos contratos de licenciamento relativos à venda de produtos, que permita ao Tribunal de Justiça pronunciar-se com um alcance mais geral. Em nossa opinião, os termos em que estão formuladas as questões do Bundesgerichtshof, por si sós, não impediriam o Tribunal de decidir nesse sentido. Essa formulação exclui unicamente que o Tribunal de Justiça se pronuncie também com referência aos contratos de licenciamento que já existem desde há muito na Comunidade (por exemplo, no sector da hotelaria, dos restaurantes e da distribuição de bebidas), no que refere às prestações de serviços ou aos contratos de licenciamento de produção.

Na terceira parte das nossas conclusões examinaremos as semelhanças e as diferenças que existem entre os contratos de licenciamento em geral, particularmente os contratos de licenciamento como os que ora estão em causa e outros sistemas de distribuição dos quais já se ocupou a prática jurídica comunitária, em especial a jurisprudência do Tribunal de Justiça, como os contratos de representação comercial, os contratos de venda ou de compra exclusiva, os sistemas de distribuição selectiva e os contratos de fornecimento de cerveja, bem como os contratos de concessão de licenças. A este respeito, examinaremos também as conclusões que, para o presente caso, podem extrair-se da jurisprudência do Tribunal nesta matéria.

Na quarta parte das nossas conclusões, proporemos as respostas que, em nossa opinião, poderão dar-se às perguntas colocadas neste processo.

2. Observações sobre os contratos de licenciamento relativos à venda de produtos em geral

2.1. *O desenvolvimento do sistema de contratos de licenciamento como um novo sistema de distribuição*

Extrai-se da doutrina, já relativamente abundante, que o sistema de contratos de licenciamento, baseado na antiga experiência americana, só se desenvolveu como um novo sistema de distribuição na CEE a partir de 1970. Desde este ano, porém, o seu desenvolvimento tem sido muito rápido. Assim, em 1969, só existia na República Federal da Alemanha um pequeno número de contratos de licenciamento no sector da distribuição. Em 1978, o número total de sistemas baseados em contratos de licenciamento (inclusive no sector da prestação de serviços) passara já a 85 (com 11 000 licenciados) e, em Maio de 1982, a 200 (com 120 000 licenciados), com um volume de vendas total de 100 mil milhões de DM, dos quais 65 a 75 mil milhões de DM no sector do comércio a retalho. Em França (onde também só começaram a desenvolver-se a partir de 1970), o número de sistemas de licenciamento elevava-se em 1981 a mais de 300 e, em 1985, a 500 (com 25 000 lojas filiadas e 8% do volume de vendas total do comércio a retalho). Nos Países Baixos, em 1983, existiam 280 sistemas baseados em contratos de licenciamento. Desde 1970, a evolução tem sido similar noutros Estados-membros.

2.2. *Características jurídicas segundo a doutrina*

Resulta da doutrina — e a Comissão confirmou-o em audiência — que não existe qualquer regulamentação legal específica em matéria de contratos de licenciamento em nenhum Estado-membro. Por outro lado, nem a jurisprudência, que já existe nesta matéria, nem a doutrina, permitem dar uma definição precisa dos contratos de licenciamento em geral, ou dos que se referem à distribuição de produtos em particular, com base nestes contratos. Contudo, em todos os Estados-membros examinados os sistemas baseados nos contratos de licenciamento para distribuição de produtos parecem caracterizar-se pelos seguintes elementos principais: 1) os licenciados, embora permaneçam autónomos e assumam os riscos do negócio, integram-se, em medida considerável, na rede de distribuição do licenciante; 2) a estratégia comercial baseia-se num efeito em cadeia, obtido mediante a concessão, contra retribuição, de uma denominação social, de

uma marca social, de uma sigla ou de um símbolo e, frequentemente, pelo arranjo idêntico dos estabelecimentos; e 3) o licenciado goza do direito de exclusividade numa determinada zona territorial, relativamente a determinados produtos, e o licenciante de direitos de exclusividade mais ou menos amplos no que respeita ao fornecimento e à selecção dos produtos comercializados pelo licenciado. A doutrina parece admitir também, unanimemente, que o conceito europeu de «contrato de *franchise*» deve entender-se num sentido muito mais restrito do que o conceito original americano, que incluía muitos mais sistemas de distribuição. Ora, como adiante se verá, a doutrina americana mais recente dá também uma definição restrita dos contratos de *franchise.*

Num recente artigo publicado no *Bijblad Industriële Eigendom* (1984, n.° 10, p. 251 e segs.), E. M. Kneppers-Heynert resumiu os resultados da sua análise de direito comparado na definição seguinte, que nos parece bastante expressiva:

«O licenciamento (*franchise*) é uma forma de colaboração comercial entre empresários independentes, regulada mediante contrato, na qual uma das partes, o licenciante, concede a um ou vários terceiros, o(s) licenciado(s), contra retribuição, o direito de utilizar a sua denominação social e/ou a sua marca, e eventualmente outros símbolos distintivos, na venda de produtos ou na prestação de serviços efectuados com base num conceito (ou sistema, ou forma) exclusivo de «marketing» desenvolvido pelo licenciante; este controla a utilização feita pelo licenciado destes direitos, com o objectivo de garantir uma apresentação uniforme ao público e uma qualidade constante dos produtos e/ou das prestações de serviços.»

O Código Europeu de Deontologia do Licenciamento, elaborado pela Federação Europeia de Franchising e pelas oito associações que dela fazem parte (seis das quais pertencem à CEE) e apresentado na audiência, indica, entre outras, as seis características seguintes do contrato de licenciamento:

«1) A propriedade de uma denominação social, de uma designação comercial, de insígnias distintivas ou de símbolos, e eventualmente de uma marca de fábrica, de comércio ou de serviços e de um «know-how» colocados à disposição de uma ou várias empresas licenciadas, bem como o controlo por parte da licenciante de uma série de produtos e/ou de serviços prestados de forma original e específica, que devem ser adoptados e utilizados obrigatoriamente pelo licenciado, baseando-se esta forma num conjunto de técnicas comerciais específicas experimentadas previamente e continuamente aperfeiçoadas e controladas no que se refere ao seu valor e eficácia;

2) Todo o contrato de licenciamento implica um pagamento efectuado sob qualquer forma pelo licenciado ao licenciante, em reconhecimento do serviço prestado por este que fornece o seu nome, a sua fórmula, a sua tecnologia e o seu «know-how»;

3) O licenciamento é, assim, mais do que um contrato de venda ou de concessão ou do que um contrato de licença, no qual ambas as partes aceitam obrigações importantes, uma em relação à outra, que excedem as estabelecidas numa relação comercial convencional;

4) O licenciante garantirá a validade dos seus direitos sobre a marca, a insígnia, o símbolo, o «slogan», etc., e assegurará às empresas licenciadas o gozo incondi-

cional dos direitos que coloca à sua disposição;

5) O licenciante seleccionará e aceitará apenas os candidatos a licenciados que possuam as qualificações exigidas pela licença. Qualquer discriminação por razões de política, raça, língua, religião ou sexo, será excluída das qualificações;

6) O contrato de licenciamento especificará, em especial, os pontos adiante mencionados, entendendo-se que as disposições adoptadas serão compatíveis com o direito nacional ou comunitário:

— as formas e condições de pagamento dos direitos e «royalties»;

— a duração do contrato e a forma de renovação, o momento e a antecedência do pré-aviso;

— os direitos do licenciante antes da cessão ao licenciado;

— a definição dos «direitos territoriais abertos» concedidos ao licenciado, incluindo opções (se concedidas) sobre territórios limítrofes;

— uma base para repartição dos activos afectados pelo contrato, se este cessar;

— as disposições de repartição relativas ao fornecimento das mercadorias, incluindo a responsabilidade e os custos do transporte;

— as condições de pagamento;

— os serviços fornecidos pelo licenciante: assistência na comercialização, promoção, publicidade, tecnologia e «know-how», assessoria da direcção, da administração, comercial, financeira e fiscal, condições em que estes serviços serão prestados e encargos respectivos, formação;

— obrigações do licenciado: facultar os dados contabilísticos e de funcionamento, receber uma formação e aceitar procedimentos de inspecção.»

No que respeita à formação e à assistência, o código de deontologia contém ainda um grande número de regras particulares, das quais, porém, só as seguintes nos parecem ter um certo interesse para a apreciação de um contrato de licenciamento, na acepção do código deontológico, face ao artigo 85.° do Tratado CEE:

«— o licenciante assistirá o licenciado, aconselhando-o sobre os encargos de funcionamento e margens de comercialização, de forma a que em momento algum deixe de ter êxito na sua actividade;

— qualquer cláusula de proibição de concorrência aplicável após o incumprimento ou a extinção do contrato deverá ser especificada e definida no contrato em termos precisos no que se refere à sua duração e aos seus limites territoriais».

2.3. *Jurisprudência*

Só em França é que as definições estabelecidas pelas organizações profissionais foram acolhidas, em maior ou menor medida, pela jurisprudência — ver tribunal de grande instance de Bressuire, 19 de Junho de 1973 (SVPNAS/Billy); tribunal correctionnel de Paris, 4 de Março de 1974 (Maje Distribution); cour d'appel de Paris (cinquième chambre), 28 de Abril de 1978 (Morvan/Intercontinents); cour d'appel de Paris, 10 de Maio de 1978 (Téléfleurs/Interflora, *Cahiers de droit de l'entreprise*, Junho de 1978); cour d'appel de Douai, 22 de Abril de 1982 (*Gazette du Palais*, 1982, *doutrina*, p. 565); cour d'appel de Colmar (première chambre civile), 9 de Junho de 1982 (Felicitas/Geor-

ges, «Dalloz» 1982, *Recueil*, p. 553). A característica desta jurisprudência é de que os direitos de exclusividade não são sempre considerados essenciais (cour d'appel de Colmar e cour d'appel de Douai), ao passo que já o são a concessão de uma denominação social, de insígnias e de símbolos, assim como a garantia de um método uniforme de vendas. A ausência de definição legal faz com que os contratos de licenciamento sejam sempre apreciados, em concreto, exclusivamente com base nas suas cláusulas.

No âmbito comunitário, só encontramos uma decisão jurisdicional sobre práticas concertadas em contratos de licenciamento num acórdão do Bundesgerichtshof de 23 de Março de 1982 (Meierei-Zentrale, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1982, p. 781). No referido acórdão, a proibição dos preços impostos verticalmente, estabelecida pelo artigo 15.° da lei alemã sobre as práticas concertadas (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — lei contra as restrições da concorrência), foi considerada aplicável a um contrato de licenciamento que fixava preços de venda ao público. No seu relatório *Full-Line Forcing & Tie-In-Sales*, de 1981, a «Monopolies and Mergers Commission» britânica considerou que as obrigações de compra exclusiva eram igualmente relevantes, em determinadas circunstâncias, relativamente às normas que regulam as práticas concertadas.

Nos Estados Unidos, como já atrás observámos, o conceito de contrato de «franchise» foi utilizado, originalmente, numa acepção muito larga. Ora, segundo a interpretação mais restrita deste conceito, que surgiu recentemente (e que serviu de exemplo principal para o desenvolvimento do licenciamento na Europa), o licenciamento é definido como uma concessão do proprietário de uma marca comercial ou de uma denominação social, pela qual a venda de um produto ou de uma prestação de serviço é concedida a um terceiro sob essa marca ou denominação social (*Black's Law Dictionary*, 5.ª edição, 1979, e von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, 2.° volume, parágrafo 6H.01/suplemento 1981).

Tal como no Reino Unido, as obrigações de exclusividade de compra, previstas nos contratos de licenciamento, não são consideradas nos Estados Unidos, por si sós, como «tying-arrangements», proibidos pelas normas que regulam os acordos entre empresas. Ora, essas obrigações podem ser consideradas como tal, em determinadas condições de mercado. Desde o acórdão Sylvania de 1977, a «rule of reason» aplica-se às cláusulas de restrição territorial vertical para verificar se existe uma restrição (em especial, horizontal) do mecanismo da concorrência. As cláusulas relativas aos preços de venda ao público praticados pelo licenciado são consideradas como proibidas quando se verifica que não se trata de preços simplesmente recomendados, mas que o licenciante tenta obrigar, seja de que forma for, o licenciado a aplicar também as suas sugestões ou recomendações. No acórdão Sylvania, as restrições de território e, em especial, as «restrições de estabelecimento» que também existem no caso Pronuptia foram igualmente submetidas à «rule of reason», apesar das restrições que implicavam, em termos de concorrência, entre os revendedores da Sylvania. As restrições «verticais» do mecanismo da concorrência, tais como as que se verificavam no caso Sylvania, foram consideradas favoráveis à concorrência *entre* as marcas, apesar das restrições que implicavam no referente à concorrência *no interior* da marca. As restrições verticais do mecanismo da concorrência, tais como as que se verificam neste processo, só em certos casos e com base nos seus reais efeitos económicos poderiam ser consideradas abrangidas pela proibição geral prevista pela legislação americana sobre os acordos entre empresas. Levando igualmente em conta a prática jurídica ulterior nos Estados Unidos, a existência ou a inexistência de uma efectiva concorrência com outros produtos no mercado dos produtos em causa parece, a este respeito, ter uma importância determinante. No que se refere a essa prática jurídica americana, observaremos aqui desde já que o problema, especificamente comunitário, dos mercados distintos, caracterizados por pre-

ços geralmente muito divergentes, não existe nos Estados Unidos. Um mercado interior único já aí existe há muito tempo, pelo que se não coloca o problema do obstáculo às importações paralelas.

2.4. *Observações finais*

Tendo em conta a doutrina e a jurisprudência na Comunidade, os princípios da Federação Europeia das Associações de Franchise, que atrás reproduzimos, e as definições americanas mais recentes dos contratos de licenciamento, tais como aqueles de que se trata no processo, consideramos que, além do carácter autónomo das empresas abrangidas, o elemento que consiste, numa licença, em utilizar uma denominação social, uma designação comercial, uma insígnia ou outros símbolos, bem como um «know-how» em sentido amplo, aliado a um modo de apresentação uniforme, tendo por contrapartida característica uma retribuição a pagar pelo licenciado em troca das licenças concedidas, são elementos determinantes da natureza de um contrato de licenciamento de distribuição de produtos. Para uma apreciação na perspectiva das normas que regulam as práticas concertadas, são sobretudo a posição no mercado das empresas em causa e a distinção entre a relação vertical licenciante/licenciado e a relação horizontal entre ambos e com os seus concorrentes que importam, na jurisprudência americana. Em especial, é a existência ou a inexistência de uma concorrência entre as marcas que (salvo em condições particulares do mercado) parece ser considerada como mais importante para a preservação de uma efectiva concorrência do que a concorrência no âmbito da marca. Tanto nos Estados Unidos como na República Federal da Alemanha, o facto de os licenciados estarem obrigados pelos licenciantes a respeitar os preços verticalmente impostos parece ser considerado contrário, em si, à proibição de acordos sobre preços, estabelecida pelas normas relativas às práticas concertadas. Quanto ao mais, tanto a jurisprudência dos Estados Unidos como a dos três maiores Estados-membros da CEE parecem apreciar cada contrato pelos seus méritos próprios, incluindo as suas cláusulas específicas, e (na medida em que a apreciação incide sobre aspectos das normas que regulam as práticas concertadas) com base nas circunstâncias específicas do mercado. Este último ponto, em especial, parece servir para apreciação das diferentes cláusulas de exclusividade que podem figurar nos contratos de licenciamento.

3. Semelhanças e diferenças entre os contratos de licenciamento e outros sistemas de distribuição referidos na jurisprudência do Tribunal

3.1. *Representantes comerciais exclusivos*

Dado que a qualidade de empresário independente ou o facto de o licenciado agir por sua conta e risco é sempre considerado como uma característica essencial na doutrina e na jurisprudência relativa aos contratos de licenciamento, pensamos, ao contrário da Pronuptia, que uma comparação entre esta nova espécie de contratos e os contratos de representação comercial, na acepção da comunicação da Comissão de 24 de Dezembro de 1972 (JO 1962, p. 2921), não interessa para a resposta às questões do Bundesgerichtshof. Conforme resulta do citado artigo 3.°, n.° 5, dos contratos em causa, estes também não se afastam, a este respeito, da estrutura geral.

3.2. *Contratos de exclusividade de venda*

Os contratos em litígio apresentam mais semelhanças com os contratos de exclusividade de venda. Os direitos de exclusividade de compra do licenciado, constantes no citado artigo 1.°, n.^{os} 1 e 2, e os direitos (limitados) de exclusividade de fornecimento do licenciante, previstos no artigo 3.°, n.° 6, apresentam, à primeira vista, uma semelhança evidente com as características que, por força do artigo 1.°, n.° 1, são determinantes para a aplicabilidade do Regu-

lamento n.° 67/67/CEE, de 22 de Março de 1967, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos de exclusividade de venda. Assim, é compreensível que o órgão jurisdicional *a quo* tenha colocado, no caso vertente, questões separadas sobre a aplicabilidade do citado regulamento.

No que respeita à primeira questão do tribunal *a quo*, referente à aplicabilidade, em princípio, do artigo 85.° aos contratos de licenciamento, é sobretudo a sua analogia com o problema enunciado pelo Tribunal no processo 32/65 (Itália/Comissão, acórdão de 13 de Julho de 1966, Recueil 1966, p. 563) que se nos afigura importante. O considerando 2, que figura na página 592 deste acórdão, prestar-se-ia eventualmente, em particular — e sem prejuízo das diferenças entre os contratos de licenciamento e os contratos de exclusividade de venda «clássicos», dos quais adiante falaremos —, a uma aplicação por analogia, por ocasião da resposta à primeira questão prejudicial.

Este considerando é do seguinte teor:

«considerando, por outro lado, que não se pode afastar a eventual aplicação do artigo 85.° a um acordo de concessão exclusiva, pelo facto de o concedente e o concessionário não serem concorrentes entre si;

que, com efeito, a concorrência em questão no artigo 85.°, n.° 1, não é apenas aquela que poderiam fazer, entre si, as partes no acordo, mas também aquela que poderia verificar-se entre uma delas e terceiros;

que deve ser assim, tanto mais que, por tal acordo, as partes podiam procurar, impedindo ou limitando a concorrência de terceiros em relação ao produto, instituir ou garantir em seu benefício uma vantagem injustificada, em detrimento do consumidor ou do utente, contrária aos objectivos gerais do artigo 85.°;

que, portanto, é possível que, sem ocasionar um abuso de posição dominante, um acordo entre operadores económicos situados em estádios diferentes seja susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros e, simultaneamente, tenha por finalidade ou por efeito impedir, restringir ou falsear o mecanismo da concorrência, caindo assim sob a proibição do artigo 85.°, n.° 1;

que, na medida em que os artigos 85.° e 86.° visam, cada um, objectivos próprios, são indiferentemente aplicáveis a diversos tipos de acordos, desde que estejam reunidas as condições especiais de um ou outro destes artigos».

O considerando seguinte afasta também uma comparação com os representantes comerciais e outras formas de integração, nas quais uma única e mesma empresa integra em si a sua rede de distribuição (e, portanto, onde não existem acordos entre várias empresas independentes).

Afigura-se-nos que a importância do primeiro dos considerandos citados reside no facto de ele parecer aplicar-se *mutatis mutandis* a todos os acordos bilaterais verticais. Em seguida, ao contrário da jurisprudência americana, este considerando parece entender como determinante para a aplicabilidade do artigo 85.°, n.° 1, mais particularmente a possibilidade de restrições horizontais no mecanismo da concorrência e não tanto as restrições mútuas da liberdade de acção das partes ligadas verticalmente entre si no mercado.

Esta conclusão também não é modificada pelo facto de, no acórdão Grundig-Consten (nos processos apensos 56 e 58/64, Recueil 1966, p. 429 e 496), o Tribunal ter considerado (no que respeita ao argumento de que o acordo favoreceria a concorrência de pro-

dutos similares de marcas diferentes) «que, se a concorrência entre produtores é geralmente mais evidente do que entre distribuidores da mesma marca, nem por isso um acordo tendente a restringir esta última deverá escapar à proibição do artigo 85.°, n.° 1, pelo simples facto de que poderia reforçar a primeira». O Tribunal considera, em seguida, no mesmo acórdão, «que, para os efeitos da aplicação do artigo 85.°, n.° 1, é desnecessário tomar em conta os efeitos concretos de um acordo, desde que este tenha por objecto restringir, impedir ou falsear o mecanismo da concorrência».

Se examinarmos mais atentamente o acórdão Grundig-Consten, no seu conjunto, verifica-se, em nossa opinião, que efectivamente o Tribunal também neste caso tinha concretamente em vista as restrições do mecanismo da concorrência entre o vendedor exclusivo e terceiros (no caso concreto, importadores paralelos de produtos de uma mesma marca); por outras palavras, restrições horizontais da concorrência. A este respeito, remetemos especialmente para o último considerando da página 496 do acórdão. Ora, sobre este ponto, o Tribunal considera que a concorrência horizontal no âmbito de uma marca é, em maior medida do que a recente jurisprudência americana, também importante, especialmente quando se trata da protecção dos mercados nacionais contra importações paralelas.

No acórdão prejudicial de 30 de Junho de 1966, no processo 56/65 (Société technique minière/Maschinenbau Ulm, Recueil 1966, p. 337), o Tribunal considerou ainda, com oportunidade, na página 360, «que, portanto, para apreciar se um contrato que insere uma cláusula que concede um direito exclusivo de venda deve ser considerado proibido devido ao seu objecto ou ao seu efeito, há que tomar em consideração, nomeadamente, a natureza e a quantidade, limitada ou não, dos produtos que constituem o objecto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo em litígio ou, pelo contrário, o lugar deste num conjunto de acordos, o rigor das cláusulas destinadas a proteger a exclusividade ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outras correntes comerciais relativas aos mesmos produtos por meio de reexportações ou de exportações paralelas».

3.3. *Contratos de fornecimento de cerveja*

Os contratos de exclusividade de venda examinados na jurisprudência do Tribunal diziam respeito, na sua maior parte, aos importadores exclusivos e, tal como resulta das informações da Comissão na audiência, o mesmo se passava, de forma geral, com os contratos de exclusividade de venda que lhe tinham sido notificados. Ao contrário do que se passa no presente processo, nesses casos não havia dezenas de retalhistas directamente abrangidos. Contudo, a jurisprudência do Tribunal relativa àquilo que se convencionou chamar «contrats de brasserie» (contratos de fornecimento de cerveja) é justamente importante sobre este ponto. Com base numa passagem extraída do considerando que acabámos de citar do acórdão STM/Maschinenbau Ulm, o Tribunal já afirmara, no primeiro acórdão Haecht (no processo 23/67, Recueil 1967, p. 525 e 537), no que respeita aos contratos de fornecimento de cerveja (com obrigação de abastecimento exclusivo por uma única fábrica de cerveja) como aquele de que se tratava nesse processo:

«que, para apreciar se é abrangida pelo artigo 85.°, n.° 1, uma convenção não pode, pois, ser isolada deste contexto, isto é, das circunstâncias de facto ou de direito que a levem a ter o efeito de impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência;

que, relativamente a este objectivo, a existência de contratos similares pode ser tomada em consideração, na medida em que o conjunto dos contratos deste género for de molde a restringir a liberdade do comércio».

Aplicado por analogia aos contratos de licenciamento, este considerando, conjugado com o considerando seguinte, parece-nos determinar que o artigo 85.°, n.° 1, seja aplicável quando um licenciante de um Estado-membro A ocupa uma posição tal no mercado de um Estado-membro B, que pode tornar sensivelmente mais difícil o acesso ao mercado do Estado-membro B por parte de outros produtores ou grossistas, por meio (das suas próprias filiais e) de um certo número de contratos de licenciamento com comerciantes independentes.

Resulta do considerando 5 do acórdão do Tribunal no processo Bilger/Jehle (no processo 43/69, Recueil 1970, p. 127) que, se se tomarem em conta outros contratos similares, haverá que considerar não apenas os contratos celebrados por um grande número de comerciantes a retalho com o mesmo fabricante (ou grossista), mas também nos contratos similares de compra em exclusividade celebrado com outros fabricantes do mesmo Estado. No caso dos contratos de fornecimento de cerveja, poderá efectivamente resultar, em especial, do conjunto destes contratos entre comerciantes retalhistas de um Estado-membro e fabricantes no mesmo Estado-membro um efeito global semelhante a uma compartimentação do mercado. Tanto quanto pudemos comprová-lo, o Tribunal só examinou, até à data, contratos de fornecimento de cerveja deste tipo, celebrados entre um fabricante de cerveja e compradores profissionais de um só e único Estado-membro. Ora, em nossa opinião, no caso dos contratos de licenciamento, um efeito de compartimentação do mercado (ou qualquer outra restrição horizontal no mecanismo da concorrência) poderá resultar também do efeito global de contratos de licenciamento relativos a produtos similares, independentemente do local em que o fabricante ou grossista tenha o seu estabelecimento.

No que se refere aos contratos de fornecimento de cerveja, parece-nos que, para a resposta à segunda questão colocada pelo Bundesgerichtshof no processo Pronuptia, reveste uma certa importância o acórdão de 1 de Fevereiro de 1977, no processo 47/76 (A. de Norre e H. de Clercq/NV Brouwerij Concordia, Recueil 1977, p. 65). Neste acórdão, o Tribunal declarou, designadamente, que, apesar de certas diferenças, por ele reconhecidas, em relação aos contratos de exclusividade de venda tradicionais, previstos no Regulamento n.° 67/67, este regulamento aplica-se também aos contratos de fornecimento de cerveja, isto é, «aos acordos em que só participam duas empresas nacionais de um só e único Estado-membro, nos quais uma se compromete a só comprar certos produtos a outra, com objectivo de revenda, e que não apresentam as características assinaladas no artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67 da Comissão, pois, em caso contrário, não beneficiando de isenção, seriam abrangidas pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE». Conforme resulta do considerando 13 do mesmo acórdão, este basear-se-ia, em especial, no reconhecimento de «que os acordos de que se trata preenchem as condições enunciadas no artigo 1.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 67/67», bem como (o que se resulta dos considerandos n.os 16 a 33) no acórdão do Tribunal no processo Roubaix Wattrelos (no processo 63/75, Recueil 1976, p. 111).

Estamos em crer que, em princípio, também no que respeita a este acórdão, é necessário sustentar que, para apreciação da possibilidade de uma aplicação por analogia no processo Pronuptia, não é essencial que este acórdão se limite aos contratos em que são partes apenas duas empresas nacionais do mesmo Estado-membro. Pensamos que

nada, nos considerandos do acórdão, indica que o Tribunal teria entendido que o Regulamento n.° 67/67 não é aplicável aos contratos de fornecimento de cerveja entre um retalhista estabelecido no Estado-membro A e uma fábrica de cerveja situada no Estado-membro B.

Contudo, como é evidente, o acórdão deixa inteiramente em aberto a questão de saber se outras características dos contratos de licenciamento, tais como aqueles de que se trata no presente processo, se opõem à aplicabilidade do Regulamento n.° 67/67. Em nossa opinião, como exporemos mais em pormenor na parte seguinte das nossas conclusões, efectivamente é esse o caso.

3.4. *Sistemas de distribuição selectiva*

No presente processo, a Pronuptia invocou também o acórdão Metro (no processo 26/76, Recueil 1977, p. 1875). No considerando 20 deste acórdão, o Tribunal declarou, designadamente,

«que, em especial no sector de produção de bens de consumo duradouros, de alta qualidade e tecnicismo, no qual um número relativamente reduzido de produtores, grandes e médios, oferece uma gama variada de aparelhos facilmente intercambiáveis, pelo menos aos olhos dos consumidores, a estrutura do mercado não se opõe à existência de canais de distribuição diferenciados, adaptados às características próprias dos diferentes produtores e às necessidades das diferentes categorias de consumidores;

que, nessa perspectiva, a Comissão reconheceu justamente que os sistemas de distribuição selectiva constituíam, entre outros, um elemento de concorrência, conforme ao artigo 85.°, n.° 1, sob condição de a escolha dos revendedores se operar em função de critérios objectivos de natureza qualitativa, relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações, que estas condições sejam fixadas de maneira uniforme em relação a todos os potenciais revendedores e aplicadas de forma não discriminatória».

Ora, em nossa opinião, o último parágrafo citado não permite já uma aplicação por analogia no presente processo, visto que, nos contratos de licenciamento em causa, a par de critérios quantitativos rigorosos, se utilizam critérios qualitativos.

Uma certa importância indirecta para o presente processo resulta mais do parágrafo precedente do considerando 20, atràs citado, bem como do penúltimo parágrafo do considerando 21, do seguinte teor:

«que a preocupação, no caso de grossistas e retalhistas especializados, de manter um certo nível de preços correspondente à preocupação em manter, no interesse do consumidor, a possibilidade de que o referido canal de distribuição subsista a par de novas formas de distribuição baseadas numa política de concorrência de diferente natureza, entra no âmbito dos objectivos que podem prosseguir-se sem cair necessariamente na proibição do artigo 85.°, n.° 1, e, se tal for o caso, totalmente ou em parte, no âmbito do artigo 85.°, n.° 3».

O segundo parágrafo do considerando 22 parece-nos igualmente importante para o processo Pronuptia. Nele se afirma

«que, no entanto, compete à Comissão velar para que a rigidez (alguma verificada no primeiro parágrafo) desta estrutura (de preços) não seja reforçada, o que poderia verificar-se na hipótese de uma multiplicação de canais de distribuição selectiva para a comercialização do mesmo produto» (as anotações entre parêntesis foram acrescentadas por nós).

Finalmente, o considerando 24 indica as disposições que a Comissão não considera restritivas no mecanismo da concorrência.

No processo 31/80 (L'Oréal, Recueil 1980, p. 3775), o Tribunal considerou (n.° 17) que:

«Quando o acesso a uma rede de distribuição selectiva esteja subordinado a condições que vão além de uma simples selecção objectiva de carácter qualitativo, em especial quando se funda em critérios quantitativos, o sistema de distribuição é abrangido, em princípio, pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, sempre que, como o Tribunal observou no seu acórdão de 30 de Junho de 1966 (STM, no processo 56/65, Recueil 1966, p. 337), o acordo preencha diversas condições que dependem menos da sua natureza jurídica que das suas relações, por um lado, com o «comércio entre os Estados-membros» e, por outro lado, com «o mecanismo da concorrência».»

Os dois considerandos seguintes explicitam estas condições (o n.° 18 indica que é necessário sobretudo tomar em conta a responsabilidade do acordo em causa no que respeita às possibilidades de importação paralela, ao passo que o n.° 19 remete, designadamente, para os considerandos atrás citados do primeiro acórdão Haecht). No processo Lancôme (no processo 99/79, Recueil 1980, p. 2511), o Tribunal adoptara já um ponto de vista semelhante ao contido no n.° 17. Os considerandos atrás citados têm igualmente uma certa importância para o processo pendente.

No que respeita à natureza proibida de uma «cláusula relativa ao estabelecimento», referida no artigo 4.° dos contratos em litígio, a Comissão invocou ainda o n.° 51 do acórdão de 21 de Fevereiro de 1984 no processo 86/82 (Hasselblad, Recueil 1984, p. 883). Depois de ter confirmado a proibição dos critérios de selecção quantitativos, este considerando afirma que «por meio da cláusula 28, a recorrente estava em condições de restringir de facto a liberdade dos comerciantes, ou até dos distribuidores autorizados, de se estabelecerem num sector em que a sua presença podia, segundo a recorrente, afectar a concorrência». O n.° 52 confirma, em seguida, a proibição desta cláusula, entre outras.

3.5. *Contratos de concessão de licença*

Dado que as licenças desempenham também um papel determinante nos contratos de licenciamento, os acórdãos do Tribunal nos processos Nungesser (no processo 258/78, Recueil 1982, p. 2015) e Coditel II (no processo 262/81, Recueil 1982, p. 3381) têm também uma certa importância para o presente processo. No n.° 58 do acórdão Nungesser, o Tribunal conclui, «tendo em conta a especificidade dos produtos em causa», que «num caso como o vertente, a concessão de uma licença de exclusividade aberta, isto é, de uma licença que não visa a situação de terceiros, tais como os importadores paralelos e os licenciados para outros territórios não é, em si, incompatível com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado». Pelo contrário, no n.° 61 do mesmo acórdão, o Tribunal lembrou que, segundo a sua jurisprudência constante, «a protecção territorial absoluta a favor de um licenciado destinada a permitir o controlo e a dificultar as importações paralelas conduz à manutenção artificial de mercados nacionais separados, contrária ao Tratado». O carácter determinante deste ponto de vista é confirmado pelo n.° 78 do acórdão.

No processo Coditel II, o Tribunal decidiu que «um contrato que concede um direito exclusivo de exibição de um filme por um período determinado, no território de um

Estado-membro, pelo titular do direito de autor desta obra, não é abrangido, por si só, pelas proibições previstas no artigo 85.° do Tratado, mas, se for caso disso, compete à jurisdição nacional verificar se, num caso como o vertente, as regras do exercício do direito exclusivo concedido por este contrato se situam num contexto económico ou jurídico cujo objecto ou efeito seria o de impedir ou restringir a distribuição de filmes ou de falsear a concorrência no mercado cinematográfico, tendo em consideração as particularidades deste». Ora, resulta do n.° 19 do acórdão que o exercício do direito exclusivo de representação de um filme cinematográfico não pode dar origem, designadamente, «à possibilidade de retribuições que excedam uma justa remuneração dos investimentos realizados ou a uma exclusividade de duração excessiva em relação a essas exigências». Este considerando, em particular, reveste uma certa importância para o presente processo, dado que o litígio principal diz respeito, mais precisamente, às retribuições.

4. Respostas as questões colocadas

4.1. *Observações gerais*

Todos os acórdãos que citámos contêm, em nossa opinião, elementos que revestem uma certa importância para as respostas às questões colocadas.

A natureza dos contratos de licenciamento, como os referidos nas questões formuladas pelo tribunal *a quo*, corresponde, em nossa opinião, às características dos contratos de licenciamento definidas pela doutrina e pela jurisprudência e que atrás indicámos, na medida em que o direito de utilizar a denominação social e a marca ou a insígnia Pronuptia de Paris, a transmissão do «know-how» em sentido amplo e a obrigação de arranjar o estabelecimento de certa maneira, em conformidade com a imagem de marca e segundo as indicações da licenciante constituem elementos essenciais dos contratos de licenciamento (artigos 1.°, n.° 3; 3.°, n.os 1 e 3; 4.°, n.os 1 e 14). Esta característica essencial resulta também das retribuições acordadas como preço da concessão da licença e fixadas em 10% da totalidade do volume de negócios da licenciada (artigo 5.°, n.° 1). Ora, por força do artigo 3.°, n.° 5, do contrato, a licenciada assume, em princípio sozinha, os riscos do seu comércio. Sob o ponto de vista económico, são também, em nossa opinião, sobretudo estas características que tornam os contratos de licenciamento, como novo método de distribuição, particularmente atraentes para os licenciantes. Visto do exterior, um estabelecimento arranjado e gerido em conformidade com o contrato dá a impressão de ser uma filial. Ora, contrariamente a uma filial, o licenciante não tem de assumir os encargos do investimento. Também não tem de efectuar um estudo de mercado na zona de implantação porque, caso o negócio corra mal (em especial, no caso de uma relação desfavorável entre as despesas e os lucros referentes ao estabelecimento em questão), não assume qualquer risco mas, em contrapartida, tem direito a retribuições apreciáveis, fixadas em 10% da totalidade do volume de negócios.

Como testemunha o seu desenvolvimento fulgurante, o novo sistema revela-se também vantajoso para o licenciado, provavelmente porque lhe fornece, em especial, um acesso (geralmente exclusivo) a produtos de qualidade cujo valor comercial já está estabelecido. Este valor comercial verifica-se especialmente quando — como ocorre neste caso e, segundo a licenciada, também ocorre em outros sistemas de contratos de licenciamento — o licenciante tem filiais próprias noutros mercados regionais ou lo-

cais no Estado-membro em questão e o sistema de contratos de licenciamento constitui, consequentemente, uma extensão do sistema de filiais do licenciante, já experimentado no mercado dos produtos em causa.

Finalmente, a existência de um sistema de licenciamento, a par de outros sistemas de distribuição, poderá revelar-se atraente para os consumidores por razões similares, mas também sob condições similares às indicadas no n.° 20 do acórdão Metro relativo aos sistemas de distribuição selectiva. Se a concessão das licenças for submetida a restrições quantitativas (por exemplo, sob a forma de uma autorização para um único licenciado numa região determinada, como é o caso), pensamos, com base nos citados acórdãos do Tribunal nos processos l'Oréal, Lancôme e Hasselblad, que o artigo 85.°, n. 1, deve em princípio ser considerado aplicável ao contrato em litígio, se estiverem preenchidas as condições gerais indicadas nos citados acórdãos dos processos 32/65, 56 e 68/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 e 258/78.

Em nosso entender, destes acórdãos podem deduzir-se especialmente os seguintes critérios, que importam para a apreciação dos contratos de licenciamento tais como os que estão em causa neste processo:

a) Dado que, como se extrai do conjunto dos acórdãos do Tribunal atrás citados, a aplicabilidade do artigo 85.°, n.° 1, depende dos efeitos horizontais dos contratos verticais (por exemplo, a exclusão de determinados concorrentes, como os importadores paralelos), a questão de saber se um contrato de licenciamento implica, ou não, uma repartição equitativa dos direitos e obrigações entre o licenciante e o licenciado não nos parece, em si, importante para determinar se se aplica, ou não, o n.° 1 do artigo 85.° Em princípio, o mesmo se passa no que respeita às diferentes obrigações do licenciado relativamente ao licenciante, tais como as obrigações relativas à especialização (artigos 3.°, n.° 3; 4.°, n.° 1, e 6.°, n.° 6), à publicidade (artigos 1.°, n.° 1, e 6.°, n.^{os} 4 e 5) e ao arranjo e gestão do estabelecimento (artigos 3.°, n.° 3, e 4.°, n.° 1). No que se refere a semelhantes obrigações verticais, consideramos que o n.° 1 do artigo 85.° apenas poderá ser aplicado quando possa demonstrar-se, nos casos concretos, que as referidas obrigações têm efeitos prejudiciais para terceiros (concorrentes, fornecedores ou compradores), o que raramente ocorrerá quando existir um número suficiente de outros canais de distribuição relativos a produtos similares.

b) Quando se trata mais especialmente dos efeitos «horizontais», ou, em termos mais precisos, dos efeitos do contrato em relação a terceiros, será necessário, tal como se extrai da jurisprudência do Tribunal, inquirir se continuam a ser possíveis as importações paralelas (ver, por exemplo, as sentenças Grundig-Consten, Bilger/Jehle e Nungesser), se o acesso ao mercado é restringido para outros fornecedores ou comerciantes, tendo em conta a posição dos fornecedores interessados no mercado dos produtos em causa (ver as passagens citadas dos acórdãos 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 e 31/80), e se o contrato de licenciamento não tem como efeito uma alta dos preços (acórdão Metro e processo Coditel II), ou até a instauração de preços verticalmente impostos por meio de obrigações contratuais ou de práticas concertadas de facto entre o licenciante, as suas filiais e os seus diferentes licenciados.

Contudo, no que respeita a este último critério, e contrariamente à jurisprudência americana e alemã que citámos sobre esta matéria, pensamos que a jurisprudência geral do Tribunal relativa ao sistema de preços

verticalmente impostos e aos outros sistemas de práticas concertadas relativas aos preços não deve ser aplicada senão quando existir uma posição económica dominante sobre os mercados locais em questão ou um sistema de preços verticalmente impostos que seja igualmente aplicado por concorrentes. O efeito de alta de preços que resulta das cláusulas em litígio relativas às retribuições e que é quase sem dúvida muito importante, também não nos parece que justifique, em si, à luz dos n.os 21 e 22 do acórdão Metro, a aplicabilidade do artigo 85.°, n.° 1, senão quando um licenciante de um Estado-membro A desempenhar um papel determinante na formação dos preços num número considerável de mercados locais do Estado-membro B ou ocupar neste, a outro título, uma posição económica dominante.

Com base nos critérios atrás mencionados, parece-nos possível responder em termos suficientemente claros à primeira questão do tribunal *a quo* para lhe permitir decidir no caso concreto. A este respeito, parece-nos certamente desejável dar a esta questão uma resposta mais concreta do que a sugerida pela Comissão.

Dado que consideramos, por razões que adiante explicaremos, que o Regulamento n.° 67/67/CEE não é aplicável aos contratos de licenciamento tais como aqueles de que se trata neste processo, não é necessário, em nosso entender, responder à terceira questão do tribunal *a quo*. Contudo, o Tribunal poderia eventualmente especificar, nos considerandos do seu acórdão, que as obrigações visadas na terceira questão, nas alíneas b), d) e e), não podem ser consideradas, salvo em circunstâncias excepcionais, como restrições à concorrência, na acepção do artigo 85.°, n.° 1.

4.2. *Resposta à primeira questão*

Para responder à primeira questão, à luz dos critérios que deduzimos da jurisprudência do Tribunal e que atrás resumimos, pensamos, em especial, que são importantes os artigos 1.°, n.os 1 e 2; 3.°, n.° 3; 4.°, n.° 1; 5.°, n.° 1, e 6.°, n.os 1 e 6, dos contratos juntos aos autos. Dada a natureza indefinida dos contratos de licenciamento, tal como resulta da doutrina e da jurisprudência, deixamos à vossa apreciação o cuidado de limitar efectivamente a resposta do Tribunal à primeira questão do Bundesgerichtshof aos contratos de licenciamento com um conteúdo semelhante ao dos contratos celebrados pelas partes no caso vertente. Sendo assim, evidentemente, é muito importante para a prática jurídica que o Tribunal resuma esse conteúdo no seu acórdão.

Em nosso entender, a resposta do Tribunal à primeira questão poderia ser do seguinte teor:

«O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE é aplicável aos contratos de licenciamento, tais como nos concluídos no caso vertente entre as partes, desde que, designadamente:

a) tenham sido celebrados entre um licenciante de um Estado-membro ou uma filial totalmente dependente dele, tal como se refere na terceira questão, alínea a), e um ou mais licenciados estabelecidos em um ou mais Estados-membros, sendo que

b) o licenciante domina, por intermédio das suas filiais e licenciados, uma parte significativa do mercado dos produtos em questão em um ou vários desses Estados-membros ou numa parte importante do seu território e, por outro lado, que

c) os contratos impeçam, restrinjam ou visem impedir ou restringir as importações paralelas dos produtos mencionados nos contratos para o território contratual ou as exportações dos produtos mencionados nos contratos pelo licenciado com destino a outros Estados-membros, ou que

d) os contratos, em especial mediante a criação de monopólios locais ou regionais relativos aos produtos neles mencionados, mediante cláusulas relativas às retribuições e mediante cláusulas contratuais ou práticas concertadas sobre a fixação dos preços, assim como mediante a ausência de concorrência efectiva relativamente a produtos similares, conduzam à fixação de preços demasiado elevados de venda ao público, ou seja, preços que, apesar de uma qualidade eventualmente superior dos produtos mencionados nos contratos, não seria possível manter se existisse uma concorrência efectiva.»

Ao propor esta resposta, quisemos indicar que os critérios c) e d) devem ser considerados como critérios complementares alternativos. No que respeita ao critério c), em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal, acentuou-se o impedimento de uma protecção territorial absoluta dos mercados nacionais, o que só poderá provocar algum efeito horizontal sensível de restrição da concorrência nos casos de quotas de mercado insignificantes. Em contrapartida, no que respeita ao critério d), acentuou-se o impedimento das altas de preços monopolísticas, o que geralmente só será possível nos casos de quotas de mercado consideráveis dos mercados locais ou regionais abrangidos e no caso de ausência de outras formas de distribuição de produtos similares, que provoquem uma baixa dos preços.

4.3. *Respostas à segunda e terceira questões*

A exemplo da Comissão e do Governo francês, pensamos que é desejável uma isenção por categoria para os contratos de licenciamento, especialmente tendo em conta o facto de serem actualmente muito frequentes e de deverem, em geral, ser julgados globalmente positivos, já que as suas finalidades ou efeitos de restrição da concorrência, igualmente indubitáveis, não obstam à isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado CEE, senão em determinadas circunstâncias do mercado (especialmente no caso de ausência de sistemas concorrentes de distribuição) e quando se aplicam determinadas regras destes contratos.

É provável que os contratos de licenciamento contribuam de forma geral, inclusive no interesse dos consumidores, para a melhoria da distribuição dos produtos, dado que permitirão uma penetração rápida de novos produtos ou de produtos de qualidade especial no comércio a retalho, muito descentralizado do ponto de vista territorial. A este respeito, compete à Comissão adquirir, em primeiro lugar, a experiência necessária em matéria de isenções por categorias, mediante um certo número de decisões individuais em casos representativos, e, em seguida, especificar no regulamento sobre as isenções por categorias, em conformidade com as quatro condições previstas no n.° 3 do artigo 85.°, as condições em que pode

efectivamente reconhecer uma maior importância aos efeitos positivos dos contratos de licenciamento do que aos efeitos restritivos da concorrência, que devem considerar-se inevitáveis para que se alcance o seu efeito positivo.

Ora, tal como a Comissão e o Governo francês, também consideramos que o Regulamento n.° 67/67 não pode ser considerado aplicável aos contratos de licenciamento, tais como aqueles de que se trata neste processo. Em nosso entender, esta conclusão baseia-se fundamentalmente nas importantes considerações seguintes.

Em primeiro lugar, já se viu que, no momento da adopção do Regulamento n.° 67/67, ainda praticamente não existiam contratos de licenciamento relativos à distribuição de produtos no interior da Comunidade e, portanto, não era possível ter em conta, quando o regulamento foi elaborado, os problemas muito específicos suscitados por estes contratos. Os problemas que foram examinados por ocasião da elaboração do regulamento e em relação aos quais já fora adquirida a experiência suficiente exigida pelo considerando 4 do Regulamento n.° 19/65/CEE, respeitava unicamente aos importadores exclusivos. Da resposta da Comissão a uma questão que colocámos na audiência resulta que, quando recentemente foram estabelecidas novas isenções por categoria para os contratos de exclusividade de venda e de compra, também não foi mencionada a sua aplicabilidade aos contratos de licenciamento, quer por parte dos interessados, quer por parte dos peritos governamentais.

Em segundo lugar, apoiados na doutrina e na jurisprudência examinadas e nas opiniões das organizações de empresas que trabalham em regime de licenciamento, que atrás reproduzimos, consideramos que o conteúdo dos contratos de licenciamento se determina especialmente pela preocupação de assemelhar, na medida do possível, o arranjo e a gestão do estabelecimento do licenciado com os estabelecimentos do licenciante ou suas filiais, por meio de licenças relativas à denominação social, às marcas, às siglas ou símbolos, ao «know-how» em sentido amplo, e por outras cláusulas. Em contrapartida, o licenciado não só assume todos os riscos inerentes aos resultados da exploração, como deve igualmente pagar uma retribuição — que é considerável, no caso presente — ao licenciante, como preço da licença. As obrigações de exclusividade de fornecimento e de compra, cujo conteúdo não pode ser apreciado do ponto de vista da política das práticas concertadas, senão atendendo à forma de integração muito ampla dos licenciados ao nível do comércio a retalho numa rede de locais de venda do licenciante gerida de maneira uniforme, não desempenham, a este respeito, mais do que um papel acessório. Pelo contrário, no Regulamento n.° 67/67, os contratos de concessão de licença desempenham precisamente, quando muito, um papel acessório.

Em terceiro lugar, os contratos de licenciamento com as características dos contratos em litígio são fundamentalmente diferentes dos contratos de fornecimento de cerveja, aos quais, segundo o Tribunal, o Regulamento n.° 67/67 é aplicável, dado que conduzem à formação de um monopólio local ou regional restrito dos produtos em causa. A este respeito, remetemos em especial para o artigo 1.° dos contratos juntos aos autos. De resto, a diferença com os contratos de exclusividade de venda, que citámos em segundo lugar, vale igualmente para os contratos de fornecimento de cerveja.

Em quarto lugar, consideramos que a aplicação do Regulamento n.° 67/67 não é possível, por força do seu artigo 3.°, alínea b). Os contratos de licenciamento com um conteúdo idêntico ao dos contratos em litígio conferem uma protecção territorial absoluta ao licenciado e tornam difícil, para os comerciantes, a compra dos produtos mencionados no contrato junto de outros comerciantes estabelecidos no mercado comum. A este respeito, remetemos, além do artigo 1.°, atrás citado, também para os artigos 3.°, n.os 3 e 6; e 4.°, n.° 1, dos contratos juntos aos autos.

Por estas quatro razões, propomos ao Tribunal que responda nos seguintes termos à segunda questão do Tribunal *a quo*:

«O Regulamento n.° 67/67/CEE, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos de exclusividade (regulamento sobre as isenções por categorias), não é aplicável aos contratos de licenciamento com um conteúdo idêntico ao dos contratos celebrados entre as partes no caso vertente.»

Nestas condições, não é necessário responder à terceira questão do Tribunal *a quo*. Ora, a resposta que propusemos para a primeira questão, eventualmente relacionada com os considerandos do acórdão que deverão ser consagrados a certas cláusulas do contrato que não limitam a concorrência, poderá permitir ao órgão jurisdicional que procedeu ao reenvio a determinação das disposições do contrato mencionadas na terceira questão que deverão ser julgadas relevantes no que respeita à aplicabilidade do artigo 85.°, n.° 1.