

# LOS CONTRATOS DE «FRANCHISING» ANTE EL DERECHO COMUNITARIO PROTECTOR DE LA LIBRE COMPETENCIA

(Comentario a la Sentencia  
del Tribunal de Justicia  
de las Comunidades Europeas  
de 28 de enero de 1986)

por Eduardo GALAN CORONA (\*)

## 1. INTRODUCCION

El pronunciamiento realizado el 28 de enero de 1986 (1) por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la cuestión prejudicial suscitada por el *Bundesgerichtshof* con motivo de la demanda interpuesta por la filial alemana de «Pronuptia de París» contra la Sra. Schillgalis, en relación a un contrato de **franchising** (2), ha sido objeto de una notable atención en los círculos comunitarios. Efectivamente, por primera vez, el Tribunal comunitario se ha enfrentado con las implicaciones que esta figura contractual presenta cara al Derecho de la competencia y la transcendencia de este hecho aparece evidente si se considera la creciente difusión en la Comunidad de este contrato que, prácticamente desconocido antes de 1970, ha conocido un notable desarrollo en los últimos años (3).

La sentencia de 28 de enero de 1986 presenta, pues, un incuestionable interés por la clarificación que ofrece a los sectores económicos afectados, pero además los razonamientos del Tribunal suscitan importantes consideraciones desde la perspectiva del Derecho comunitario protector de la libre competencia.

Los hechos que dieron lugar a la citada sentencia pueden sintetizarse en los siguientes términos: El 24 de febrero de 1980, la sociedad **Pronuptia de París GmbH (franchisor)** concluyó con la Sra. Schillgalis de Hamburgo (**franchisee**) tres contratos de contenido prácticamente idéntico, que otorgaban a ésta la posición de

---

(\*) Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca.

(1) El texto de la sentencia (161/84), conocida como caso **Pronuptia**, puede consultarse en NJW 1986, pp. 1415 y ss.; RTDE 1986, pp. 298 y ss.; WuW 1986, pp. 523 y ss.

(2) No resulta fácil la traducción al castellano de la voz **franchising**. La expresión franquicia ha tenido un relativo éxito, habiendo sido acogida en los estudios referentes a técnicas comerciales (Vid., IRESCO, **La franquicia**, Madrid, 1977); sin embargo, en la doctrina mercantilista predomina la utilización de la voz inglesa **franchising**, así como las expresiones de **franchisor** y **franchisee** para designar respectivamente al empresario concedente y al concesionario.

(3) Según datos recogidos en las conclusiones emitidas por el Abogado General Pieter Verloren Van Themaat con motivo del caso objeto de este comentario, en la República Federal de Alemania se ha pasado de 85 sistemas de **franchising** (con 11.000 empresarios adheridos) en 1978 a 200 (con 120.000 empresarios adheridos) en mayo de 1982. En Francia la evolución es similar: mientras en 1981 se contabilizaban 300 sistemas de **franchising** en 1985 la cifra ascendía a 500, suponiendo el 8 % de la cifra de negocios total del comercio al por menor.

**franchisee** en las demarcaciones de Hamburgo, Oldenburg y Hannover. Dos años después la Sra. Schillgalls es demandada por **Pronuptia** en reclamación del pago de cuotas atrasadas, demanda que es estimada en primera instancia. Contra esta sentencia recurre la **franchisee** ante el **Oberlandesgericht** de Frankfurt, alegando que los contratos en cuestión violan el artículo 85-1 del Tratado de Roma y, en consecuencia, son nulos conforme al párrafo 2 del citado precepto. Acogiendo este razonamiento, el **Oberlandesgericht** revoca la sentencia de instancia. **Pronuptia** interpone recurso ante el **Bundesgerichtshof**, el cual plantea el TJCE, conforme al artículo 177 del Tratado de Roma, como cuestión prejudicial, las siguientes:

1.º ¿Es aplicable el artículo 85-1 del Tratado creador de la CEE a los contratos de **franchising**, como los concertados entre los litigantes, que tienen por objeto la aplicación de un sistema de distribución en el que el **franchisor** cede al **franchisee** no sólo mercancías, sino también el nombre comercial, marcas, marcas no registradas sobre mercancías y otras prestaciones de servicios?

2.º En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión ¿es aplicable a tales contratos el Reglamento número 67/67 de la Comisión, referente a la aplicación del artículo 85-3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva?

3.º (Irrelevante para el presente caso.)

En este comentario se aludirá, en primer lugar, a la figura del **franchising**, para atender posteriormente a su valoración ante las normas comunitarias protectoras de la libre competencia. A estos efectos, se hará referencia de modo sucesivo a la declaración del TJCE de que el sistema de distribución (o de explotar financieramente un conjunto de conocimientos, como señala el TJCE) no atenta a la competencia tutelada por el artículo 85-1 del Tratado y a las concretas cláusulas presentes en el contrato de **franchising**, distinguiendo entre las que no incurrir —a juicio del TJCE— en la prohibición contenida en el citado precepto y las que sí son susceptibles de incurrir en ella.

## 2. EL CONTRATO DE «FRANCHISING». DELIMITACION

La figura del **franchising** presenta unos contornos sumamente imprecisos. Con razón se ha escrito (4) que esta denominación se aplica a contratos mercantiles tan dispares entre sí que el **franchising** se resiste a ser encuadrado en una definición congruente. Es significativa a este respecto la experiencia estadounidense, en cuyo seno se gestó el **franchising**, donde una primera consideración, de carácter unitario, del contrato de **franchising** parece ceder el paso a otra que contempla la presencia bajo dicha expresión de diversas modalidades. En efecto, frente a la concepción que situaba la esencia del **franchising** en la

---

(4) Así FERNANDEZ NOVOA (Fundamentos del Derecho de Marcas, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 373) citando manifestaciones de la **Federal Trade Commission**.

licencia de marca (5) —con ecos en nuestra jurisprudencia (6)— o que, superando tal identificación, ve en el **franchising** como elemento nuclear la cesión por el **franchisor** de un método para la explotación de una empresa (7), en fechas más recientes tanto los Tribunales como la **Federal Trade Commission** se decantan por la presencia en el **franchising** de varios tipos o modalidades (8). Más concretamente, se distingue entre el **franchising** de estilo empresarial o **Package Franchise**, en la que el **franchisee** adopta el estilo empresarial establecido por el **franchisor** e identificado por su marca, fabricando productos o prestando servicios bajo la misma con sujeción al control o asistencia del **franchisor**, y el **franchising** de distribución o **Product Franchise**, en el que el **franchisee** distribuye productos fabricados por el **franchisor**, provistos de la marca de éste, y también bajo su control o asistencia (9).

Aunque elaborada la citada distinción para clarificar las relaciones entre **franchising** y licencia de marca, es obvio que refleja la diversidad de realidades que se ocultan bajo tal denominación, con sus propias peculiaridades. En este sentido más que de **franchising** se habla de la existencia de diferentes categorías de **franchising** y el TJCE en la sentencia que motiva estas páginas acoge esta idea, al señalar la «gran diversidad» que presentan los contratos de **franchising**, distinguiendo entre **franchising** de servicios, **franchising** de producción y **franchising** de distribución. En los primeros «el **franchisee** ofrece un servicio bajo los distintivos y el nombre comercial, incluso la marca, del **franchisor** y conforme a las directrices de éste»; en los de producción «el **franchisee** fabrica, de acuerdo a las indicaciones del **franchisor**, productos que vende bajo la marca de éste»; y en los de distribución «el **franchisee** se limita a vender ciertos productos en un establecimiento dotado de los distintivos del **franchisor**» (10).

Sin perjuicio de que en todas estas figuras pueda percibirse una nota común, centrada en la sujeción del **franchisee** a las instrucciones del **franchisor**, sujeción que se explica en base a la cesión por éste de métodos empresariales —más o menos completos— que persiguen una identificación cara al exterior de

(5) Sentencia del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de 23 de marzo de 1971 (**Stiegel v. Chicken Delight Inc.**).

(6) Vid., la STS (Sala 1.ª) de 15 de mayo de 1985 (AJ 1985, 2393) en la que el T.S. afirma que el contrato de licencia de marca «guarda práctica identidad con el contrato denominado de **franchising**, caracterizado por la autorización que el concedente da al concesionario para utilizar su marca, generalmente Internacional, integrándolo en su red de comercialización». Sobre esta sentencia, vid. el interesante comentario de FERNANDEZ NOVOA: **Dos cuestiones candentes del Derecho de Marcas**. *La Ley*, año VI, núm. 1.310, 23 de octubre de 1985.

(7) Sentencia de 26 de septiembre de 1980 (caso **Príncipe v. McDonald's Corporation**) del Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito, reseñada por FERNANDEZ NOVOA en *La Jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del «franchising»*, ADI, 7, 1981, pp. 495-496. Sobre la citada sentencia puede consultarse, asimismo, el trabajo de BORN, W.: **Príncipe v. McDonald's neue Kriterien für Franchising in den USA?**, GRUR Int. 1981, pp. 213 y ss.

(8) FERNANDEZ NOVOA: **Fundamentos...**, cit., pp. 375 y ss.

(9) Vid. FERNANDEZ NOVOA: **Dos cuestiones...**, cit., p. 4.

(10) Cdo. 13 del TJCE en el caso **Pronuptia**. Respecto a los distintos tipos de **franchising** considerados en esta sentencia, vid. SKAUPY: **Pronuptia und die Folgen**, WuW 1986, pp. 447-448. Estos mismos tipos son contemplados por ELIAS-OSTUA: **El «franchising»: tratamiento mercantil y fiscal**, HPE, 1985, núm. 94 pp. 243-245.

las empresas de **franchisor** y **franchisee** (11), el Tribunal comunitario limita sus consideraciones al **franchising** de distribución, calificación que corresponde al contrato motivo del litigio que suscitó el planteamiento de la cuestión prejudicial resuelta por la presente sentencia. A este respecto, el Tribunal describe la franquicia de distribución afirmando que en ella «una empresa, que se ha instalado en un mercado como distribuidor y que así ha podido poner a punto un conjunto de métodos comerciales, concede a comerciantes independientes, a cambio de una remuneración, la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando sus distintivos y los métodos comerciales que han dado lugar a su éxito» (12).

Para el Tribunal el **franchising** en cuestión, «más que un modo de distribución es una manera de explotar financieramente un conjunto de conocimientos, sin comprometer capitales propios» afirmación que fundamenta señalando que «los contratos de **franchising** de distribución se diferencian de los de concesión de venta o de los que vinculan a los distribuidores autorizados (**agrées**) en un sistema de distribución selectiva en que éstos no conllevan la utilización de un mismo distintivo, ni la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni el pago de un canon en contrapartida de ello» (13). Estas manifestaciones del Tribunal comunitario merecen algún comentario. Y es que el **franchising**, en su concreta modalidad de distribución, es perfectamente encuadrable en la categoría de los contratos de distribución (14). La finalidad perseguida por los contratantes es la comercialización de unos determinados bienes procedentes del **franchisor**; ahora bien, esta finalidad de comercialización se encuentra modalizada, ya que ha de llevarse a cabo mediante la utilización por el **franchisee** de unas concretas técnicas comerciales proporcionadas por el **franchisor** y empleando la marca y otros distintivos de éste. Ello conduce a que esta figura contractual presente una causa compleja (15), integrada no sólo por la comercialización, sino porque ésta se realiza en la forma y conforme a las técnicas comerciales comunicadas por el **franchisor**, produciéndose así una fuerte integración vertical de los **franchisés** —jurídicamente empresarios independientes— con el **franchisor** (16).

(11) Como señala BLAUROCK (*Kartellrechtliche Grenzen von Franchise-Systemen en Festschrift für Winfried WERNER*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, p. 25) el desarrollo de una imagen de grupo es una de las características económicas de un sistema de **franchising**.

Esta imagen unitaria, posibilitada por el empleo de técnicas empresariales comunes y de unos mismos signos distintivos, fundamenta el control del **franchisor** sobre la actividad de los **franchisees**, que de este modo ven fuertemente limitada su libertad empresarial, si bien con la ventaja de poder gozar de unos conocimientos (**Know-how**) y una experiencia empresarial cuyo éxito ha sido constatado.

(12) Cdo. 15 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

(13) Cdo. 15 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

(14) En nuestra doctrina así se manifiesta IGLESIAS PRADA (Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo URÍA*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 253-255), SANCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, p. 409), VICENT CHULIA (*Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo 2, Valencia, 1982, p. 314). Más recientemente, DOMINGUEZ GARCIA, M. (*Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, RDM, 1985, pp. 418 y ss., en especial 426 y ss.).

(15) FRIGNANI: *Factoring, Leasing, franchising, concorrenza*, G. Giappichelli, Torino, 1983, pp. 80-81.

(16) FRIGNANI, *op. cit.*, p. 86.

de modo que cara al exterior se muestran uniformemente ofreciendo una imagen unitaria.

Pues bien, el TJCE pone el acento en la transmisión de conocimientos comerciales al *franchisee*, instrumento necesario para la consecución de esa imagen de red única. Es cierto que quizás la nota común a toda modalidad de *franchising* sea la cesión de una «fórmula» con la que un empresario ofrece a otra persona la posibilidad de convertirse a su vez en empresario con notables posibilidades de éxito; pero no cabe duda de que, descendiendo a la franquicia de distribución, la finalidad de comercialización no puede ser marginada, máxime cuando con frecuencia no es fácil discriminar el *franchising* de distribución de la figura de la concesión mercantil (17).

Si bien es preciso convenir que las manifestaciones del Tribunal anteriormente señalado no son esenciales para el fallo de la cuestión prejudicial planteada, parece claro el interés de las mismas en cuanto antecedente de la posición que va a adoptar el TJCE en su valoración a la luz del Derecho protector de la libre competencia, alejando su régimen del de los contratos de distribución y aproximándolo al de los que recaen sobre las diversas modalidades de la propiedad industrial.

### 3. LA COMPATIBILIDAD DEL «FRANCHISING» CON EL ARTICULO 85-1 DEL TRATADO DE ROMA

En el considerando número 15 el Tribunal de Justicia de las Comunidades, tras haber descrito la figura del *franchising* de distribución y haber resaltado que es distinto de otros contratos como la concesión o la distribución autorizada, afirma que «tal sistema, que permite al *franchisor* sacar partido de su éxito, no atenta a la competencia». Ciertamente, se ha producido un cambio —calificado por la doctrina de metodológico (18)— en el planteamiento de la cuestión. La competencia en su vertiente dinámica o de conducta se traduce en la actuación autónoma y libre de los empresarios en el mercado, poniendo en práctica sus parámetros de acción para la consecución de sus objetivos (19). Esta actuación libre y autónoma se ve restringida en el caso de que convencionalmente se limite tal libertad de actuación empresarial y de ahí que el artículo 85-1 del Tratado de Roma, el artículo 1 de nuestra Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963, el parágrafo 1 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), entre otros, prohíban tales concertos

(17) Así se manifiesta nuestra doctrina (Vid. autores citados en nota 14), que contempla el *franchising* como un desarrollo de la figura de la concesión mercantil. En la doctrina francesa es, asimismo, habitual considerar el *franchising* como una modalidad de la concesión (Vid. GUYENOT: *Franchising et concessions commerciales*, París, 1973, p. 38).

En todo caso son claras las diferencias entre *franchising* y concesión, pese a ser ambos contratos de distribución. Vid., al respecto, FRIGNANI, *op. cit.*, p. 78.

(18) BOUTARD-LABARDE, *Note* a la sentencia del TJCE de 26 de enero de 1986 («Pronuptia») en RTDE 1986, p. 307; BUNTE: *Franchising und EG-Kartellrecht*, NJW, 1986, p. 1407.

(19) Vid. GALAN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, p. 42.

entre empresas (empresarios). Pues bien, tradicionalmente los órganos comunitarios han considerado que las limitaciones a la libertad de actuación empresarial presentes en los contratos de distribución atentaban a la competencia y, consecuentemente, incurrían en la prohibición del párrafo 1 del artículo 85 del Tratado creador de la CEE (20); por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de que, conforme al párrafo 3 de dicho precepto, puedan ser eximidos de tal prohibición en base a que los inconvenientes de la restricción de la competencia son compensados por otros beneficios que se generan. La exención global concedida a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y compra exclusiva contenida en los Reglamentos de la Comisión 1983/83 y 1984/83, así como a los acuerdos de distribución y servicio postventa de vehículos automóviles (Reglamento de la Comisión 123/85), son una clara prueba de lo que antecede.

Sin embargo, en la sentencia que motiva estas páginas el planteamiento es distinto. El **franchising** de distribución —dice el Tribunal— «no atenta a la competencia», porque las presuntas restricciones no lo son, dado que son indispensables para el propio funcionamiento de tal sistema de comercialización (21). Ya no se trata, pues, de examinar si las limitaciones o restricciones a la libertad de actuación empresarial (restricciones de la competencia, en suma) son compensadas por la presencia de efectos benéficos conforme al artículo 85-3, sino de otra cuestión, cual es la de determinar cuál es la competencia protegida por el artículo 85-1 (22). La respuesta no es en absoluto fácil, pues está —y así lo señala el propio Tribunal (23)— en función del «contexto económico». Quizá hubieran sido deseables mayores precisiones del Tribunal a este respecto, precisiones que podían haberse visto facilitadas por las puntualizaciones realizadas por el Abogado General en sus conclusiones al aludir a la posición en el mercado de las empresas afectadas y a la presencia o no de una competencia entre marcas, considerada «más importante para el mantenimiento de una competencia efectiva que la competencia en el interior de la marca» (24).

En cualquier caso, es evidente que el Derecho **antitrust** comunitario se aproxima con este fallo relativo al **franchising**, al planteamiento vigente al respecto en el Derecho estadounidense. En el denominado caso **Sylvania** (25) el Tribunal Supremo norteamericano abandonó el principio de la *per se condemnation* sentado en el caso **Arnold, Schwinn and Co.**, volviendo a la *rule of reason* en la valoración de las limitaciones a la libertad de actuación empresarial presentes en el **franchising**. Punto central de la argumentación es la distinción entre la

(20) Así, entre otras, sentencias del TJCE de 13 de julio de 1966 (caso **Grundig-Consten**; RTDE, 1966, pp. 559 y ss. = WuW 1966, pp. 823 y ss. = GRUR Int. 1966, pp. 580 y ss.) y 12 de diciembre de 1967 (**Haecht II**; WuW 1968, pp. 203 y ss.); decisiones de la Comisión de las Comunidades de 19 de diciembre de 1974 (caso **Duro Dyne Europair**; WuW 1975, pp. 599 y ss.) y de 23 de diciembre de 1977 (caso **Campari**, WuW 1979, pp. 75 y ss.).

(21) Cdos. 16 y 17 del TJCE en el caso **Pronuptia**.

(22) BOUTARD-LABARDE, *ob. cit.*, p. 311.

(23) Cdo. 27, núm. 1 del TJCE en el caso **Pronuptia**.

(24) Conclusiones del Abogado General Pieter VERLOREN VAN THEMAAT en el asunto 161/84 (**Pronuptia**), pp. 16-17.

(25) Sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América de 23 de junio de 1977 (GRUR Int. 1978, pp. 300 y ss.).

**intra-brand competition** y la **inter-brand competition**. Si bien es cierto que en el **franchising** la primera es lesionada, toda vez que los parámetros de acción empresarial de los diversos **franchisees** son en gran medida unificados, no lo es menos que tal sistema de distribución comercial potencia la competencia entre marcas (**inter-brand competition**), aumentando las ventas y facilitando al consumidor la accesibilidad de los productos (26); circunstancias todas ellas que hacen razonable su no sanción por el Derecho **antitrust**, sin perjuicio de la oportuna represión de los abusos que, no exigidos por esta técnica comercial, puedan generarse y entre las que destaca la imposición de precios.

En el Derecho alemán el tratamiento del **franchising** ante el Derecho protector de la libre competencia no difiere sustancialmente del enunciado planteamiento estadounidense. La regulación contenida en el párrafo 18 GWB hace entrar en juego la prohibición —aplicable al **franchising** (27)— cuando la restricción de la competencia es injustificada (**unbillig**) o cuando por su entidad cuantitativa (**Ausmass**) la competencia en el mercado para unas determinadas mercancías o servicios es afectada de modo esencial (**Wesentlich**). En último término, no cabe desconocer que el bien objeto de protección por este precepto es, en primer lugar, la competencia como institución básica del sistema de economía de mercado, y es evidente que el modelo de competencia que se persigue potenciar no es el —inexistente en la realidad— de competencia perfecta, sino una competencia efectiva (**workable competition**), donde se realizan de la mejor manera las funciones dinámicas de la competencia (28).

El planteamiento adoptado en el caso **Pronuptia** por el Tribunal de Justicia comunitario no es absolutamente innovador, sino que existen significativos precedentes, entre los que sobresale la sentencia del Tribunal de 25 de octubre de 1977 en el caso **Metro-Saba** (29) y la de 25 de octubre de 1983 (caso **AEG**) (30). En ellas se afirma que «la realización de los fines del Tratado permite que la forma e intensidad de la competencia puedan ser diferentes en función de las mercancías y servicios que vengan en consideración y de la estructura económica del sector de mercado afectado»; en este sentido «en el sector de la producción de bienes de consumo duraderos y de alta tecnología... la estructura de mercado no se opone a la existencia de distintos canales de distribución adaptados a las características de los diferentes productores y a las necesidades de las distintas categorías de consumidores» de modo que «sistemas de distribución selectiva

(26) GRUR Int. 1978, p. 302. Al respecto pueden verse también las consideraciones de FRIG-NANI, ob. cit., p. 93.

(27) BLAUROCK: *Kartellrechtliche Grenzen...*, cit., pp. 26 y ss.; EMMERICH en INMENGA-MEST-MACKER: *GWB. Kommentar zum Kartellgesetz*, C.H. Beck München 1981, nota 96 al párrafo 18 GWB.

(28) El mantenimiento de una competencia efectiva es una constante en el Derecho **antitrust** alemán, sobre todo desde 1968. Vid., sobre ello, MARKERT: *Las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho alemán de la competencia*, RDM 1969, pp. 251 y ss.; GALAN CORONA, ob. cit., pp. 36-37 y *La reforma de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia*, de 4 de agosto de 1973, RDM, 1974, pp. 258-259; MULLER-HENNEBERG: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Gemeinschaftskommentar*, 4 Aufl. Carl Heymanns Verlag. Köln-Berlin - Bonn-München, 1980, nota 41 al párrafo 1 GWB.

(29) WuW 1978, pp. 176 y ss. = GRUR Int. 1978, pp. 254 y ss.

(30) WuW 1984, pp. 342 y ss. = GRUR Int. 1984, pp. 28 y ss.

constituyen un elemento de competencia entre otros de acuerdo con el artículo 85-1» (31).

Estas manifestaciones, aún no constituyendo *ratio decidendi*, no dejan de ser significativas para el caso *Pronuptia*, en que indudablemente subyacen. La competencia protegida por el artículo 85-1 es la denominada competencia efectiva, funcional, que permite promover y realizar la máxima eficiencia económica y social, atendida la concreta situación (32) y en este sentido las técnicas o estructuras de distribución son —o pueden ser— un instrumento más de competencia. Consecuencia de ello será que, una vez constatada la conformidad del mismo con la competencia —cuestión con frecuencia problemática, ya que se vincula necesariamente a opciones de política económica—, han de reputarse válidas todas las cláusulas contractuales necesarias para que sea posible el funcionamiento del sistema de distribución.

No obstante, el Tribunal no utiliza en sus fundamentos jurídicos expresamente esta argumentación. Cabe pensar que, aún no siendo ajeno a su fallo el razonamiento apuntado, la caracterización del *franchising*, antes apuntada, como «una manera de explotar financieramente un conjunto de conocimientos, sin comprometer capitales propios» ofrece a la Corte comunitaria el cauce para declarar que el *franchising* no atenta a la competencia. En efecto, en este contrato, sin perjuicio de su innegable carácter de contrato de distribución, el *franchisor* aporta al *franchisee* *Know-How* y asistencia para poner en práctica sus métodos empresariales; es decir, en el *franchising* se transmite una «fórmula» empresarial que se pone en práctica mediante la comunicación de secretos comerciales y la autorización para usar signos distintivos del *franchisor*, de tal modo que la empresa del *franchisee* se integra en la red constituida por todos los *franchisees* e identificada a través de los distintivos del *franchisor* (marca, rótulo, nombre comercial). Pues bien, en materia de propiedad industrial los acuerdos referentes a sus distintas modalidades no infringen la prohibición del artículo 85-1 en cuanto las posibles restricciones a la competencia sean consecuencia necesaria del contenido esencial de la concreta modalidad (33). Estas consideraciones taten sin duda en el caso *Pronuptia*: el *franchisee* recibe secretos comerciales, recibe el derecho a utilizar signos distintivos del *franchisor* y, consecuentemente, no son contrarios a las normas de competencia los pactos dirigidos a mantener tales conocimientos en la esfera de éste, impidiendo su explotación por los competidores (34), así como tampoco lo son aquéllos que tienen por objeto mantener la identidad y reputación de la empresa del *franchisee* como perteneciente a la red de distribución del *franchisor*, dada la evidente función identifi-

(31) Cdo. 20 de la sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1977 (WuW 1978, p. 180).

(32) En nuestra doctrina vid. FONT GALAN: *La libre competencia en la Comunidad Económica Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 43.

(33) GLEISS-HIRSCH (*Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3 Aufl. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH. Heidelberg, 1978, nota 371 al art. 85-1 del Tratado) estiman que será el Derecho nacional el que en cada caso determinará el contenido del Derecho de propiedad industrial y su ámbito exento de prohibición por el artículo 85-1. Ante las desigualdades que pueden generarse en la aplicación de éste, vid. la llamada teoría de la aplicación uniforme en FIRGNANI-WAELBROECK (*Disciplina della concorrenza nella CEE*, Jovene Editore, Napoli, 1978, pp. 254-255).

(34) Así FRIGNANI-WAELBROECK (*ob. cit.*, p. 296) en referencia al *Know-how*.



cadora y condensadora del prestigio empresarial que realizan los signos distintivos (35).

En cualquier caso, la posición adoptada por el Tribunal de Justicia comunitario al considerar que el **franchising** no atenta a la competencia, acarrea importantes consecuencias. En primer lugar, que para la determinación de si un contrato de **franchising** incurre o no en la prohibición del artículo 85-1 del Tratado de Roma, serán competentes tanto la Comisión de las Comunidades como las autoridades nacionales, si bien éstas deberán abstenerse de proceder en caso de que la Comisión incoe procedimiento (art. 9-3 del Reglamento 17/62 del Consejo de 6 de febrero de 1962). Ello evidentemente puede dar lugar a resoluciones contradictorias, con la consiguiente falta de seguridad jurídica, que se puede ver acrecentada ante el hecho de que —a título incidental— los tribunales nacionales, dirimiendo controversias jurídico-privadas, puedan verse llevados a aplicar las normas de competencia comunitarias, sin que tengan a los efectos contemplados en el citado artículo 9-3 del Reglamento 17/62 el carácter de «autoridad nacional» (36). Cierto es que en este caso tales Tribunales tienen siempre abierta la vía (art. 177 del Tratado de Roma) para solicitar del Tribunal una decisión a título prejudicial, ahora bien no es menos cierto que, dado su carácter facultativo, el riesgo de resoluciones contradictorias se mantiene (37).

En segundo lugar, si el **franchising** no incurre en la prohibición contenida en el artículo 85-1 del Tratado, carece de sentido plantearse la elaboración de un Reglamento de exención global. Como es sabido, la exención —ya de acuerdos concretos, ya de categorías de acuerdos— prevista en el párrafo 3 del artículo 85 requiere que el acuerdo, la decisión o la práctica concertada se encuentre con carácter previo incurso en la prohibición del párrafo 1 (38). Consecuentemente, si no ha lugar a la prohibición, no hay razón para la exención. No obstante, se ha expresado por autoridades comunitarias la intención de elaborar un reglamento de exención global para el **franchising** (39), pretensión que ha sido criticada (40). A este respecto cabe apuntar, por una parte, que en este tipo de contratos pueden aparecer cláusulas que no se justifican por la necesidad de proteger la comunicación de conocimientos que tiene lugar en el **franchising** y la identidad y prestigio de la red comercial, cuya admisibilidad habrá de juzgarse a la luz del párrafo 3 del artículo 85 (41). Por otra parte, no cabe desconocer que por la vía de las exenciones globales se está procediendo de alguna manera a una

(35) Respecto a las marcas, el signo distinto de mayor relevancia, vid. FERNANDEZ NOVOA: *Fundamentos...*, cit., pp. 56 y ss.

(36) FERNANDEZ LERGA: *Aplicación en España del derecho de la competencia de la Comunidad Económica Europea*, Documentación Administrativa núm. 202, octubre-diciembre 1984, pp. 124 y ss.; FRIGNANI-WAELBROECK, *ob. cit.*, pp. 180-183.

(37) Así BOUTARD-LABARDE, *ob. cit.*, p. 309.

(38) Así se deduce del propio tenor del artículo 85-3 del Tratado de Roma, artículo 9, párrafo 3 del Reglamento 17/62 y de los pronunciamientos del propio TJCE (Vid. sentencia de 13 de julio de 1966, cit.).

(39) SKAUPY (*ob. cit.*, pp. 452-453) alude a las manifestaciones de Mr. Sutherland, comisario de las Comunidades. Vid. asimismo IIC 17, 1986, pp. 446-447.

(40) BOUTARD-LABARDE, *ob. cit.*, p. 310.

(41) Cdo. 24 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

«reglamentación» de la competencia, incluyéndose en tales reglamentos la referencia a cláusulas «generalmente no restrictivas de la competencia» (42), a fin de dar seguridad jurídica a los agentes económicos.

#### 4. REFERENCIA A LAS CONCRETAS CLAUSULAS PRESENTES EN EL CONTRATO DE FRANCHISING

En su sentencia el TJCE contempla una serie de cláusulas presentes en los contratos de **franchising** de **Pronuptia**. A tal efecto, cabe distinguir dos grandes bloques; en primer lugar, cláusulas que se explican en razón de la propia naturaleza del contrato y, en segundo lugar, cláusulas que no exigidas por el **franchising** para su adecuado funcionamiento son o pueden ser contrarias a la prohibición recogida en el párrafo 1 del artículo 85 del Tratado de Roma, por lo que su eventual admisibilidad sólo podrá tener lugar a través de la vía del párrafo 3 de tal precepto. A ambos bloques se hará seguidamente alusión.

##### A) Cláusulas no restrictivas de la competencia

Para el correcto funcionamiento del **franchising** —sistema que, según declara el TJCE, «no atenta a la competencia»— es preciso que el **franchisor** pueda comunicar al **franchisee** las técnicas comerciales y prestarle la asistencia precisa para su puesta en práctica, evitando que las mismas beneficien a sus competidores; además, el **franchisor** faculta al **franchisee** a utilizar signos distintivos, debe por tanto velar por el mantenimiento de la reputación y prestigio que van asociados a los mismos, ya que el consumidor constata en el establecimiento del **franchisee**, dotado de tales signos distintivos, las cualidades que a los mismos —creados y prestigiados por el **franchisor**— atribuye. Es, pues, lógico que las estipulaciones contractuales indispensables para evitar el aprovechamiento por los competidores de los conocimientos aportados por el **franchisor** y las que estructuran el control indispensable para mantener el prestigio y la identidad de la red comercial representada por los signos distintivos del **franchisor** no son restricciones de la competencia prohibidas por el artículo 85-1 (43).

En este sentido, el TJCE cita la cláusula que prohíbe al **franchisee** la cesión de su establecimiento a un tercero sin el consentimiento del **franchisor**. La razón es evidente; se trata de evitar el aprovechamiento por un competidor de los conocimientos y asistencia aportada (44).

(42) Es significativo en este sentido el Reglamento de la Comisión de las Comunidades 2349/84, de 23 de julio, relativo a la aplicación del artículo 85-3 del Tratado de Roma a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes, en cuyo artículo 2 se recogen cláusulas que no suponen una violación el artículo 85-1 del Tratado. Vid., al respecto, FONT GALAN, *ob. cit.*, p. 241; GOMEZ SEGADE: *El Reglamento de la CEE sobre licencias de patentes*, ADI, 9, 1983, pp. 514 y ss.; GOLDMAN: *Présentation générale du Règlement d'exemption du 23 juillet 1984 en Les licences de brevets et le Droit communautaire*, Librairies Techniques, París, 1985, pp. 5 y ss.

(43) Cdos. 16 y 17 del TJCE en el caso **Pronuptia**.

(44) Cdo. 16 «in fine» del TJCE en el caso **Pronuptia**.

La misma justificación es la que valida, a juicio del Tribunal, la obligación de *no competir que se impone al franchisee*, mediante la «prohibición de abrir, vigente el contrato o durante un período razonable posterior a su terminación, un establecimiento con un objeto idéntico o similar y en una zona en la que pudiera entrar en competencia con alguno de los integrantes de la red» (45). Sin embargo, este pronunciamiento requiere algún comentario más, que debe distinguir entre la prohibición de competencia durante la vigencia del contrato y la misma una vez extinguido éste.

Respecto a la primera es evidente su corrección. El carácter de contrato de colaboración y el fuerte peso de la buena fe, presente en el **franchising** como en otros contratos de distribución, justifica la prohibición de competencia durante la vigencia del contrato (46). Es, pues, correcto estimar la validez de esta obligación también a la luz del Derecho de la Competencia, bien eximiéndolas de la prohibición del artículo 85-1 (47), bien declarando que no vulneran el citado párrafo 1 del artículo 85, como en esta sentencia se apunta.

Mayores dificultades suscita la prohibición de competencia una vez extinguido el contrato. Desde el punto de vista del Derecho de contratos es lugar común su admisión con las debidas limitaciones espaciales y temporales (48); ahora bien en el ámbito de los contratos de distribución hay que tener presente la fuerte dependencia del distribuidor respecto a su contraparte (fabricante/mayorista) lo que ha llevado a la doctrina a plantearse el tema de la tutela del distribuidor de buena fe una vez extinguido el contrato, y a cuestionar la licitud de las cláusulas de no competir, salvo que sean compensadas mediante la pertinente indemnización (49). Desde la perspectiva del Derecho protector de la libre competencia, el tratamiento del tema acogido en el Reglamento de exención de acuerdos de distribución exclusiva es claramente restrictivo (50). Sin embargo, en el caso **Pronuptia** el Tribunal admite la compatibilidad con el artículo 85-1 de una prohibición de competir «durante un período **razonable**» posterior a la terminación del contrato y «en una zona en la que pudiera entrar en competencia con alguno de los integrantes de la red». Se trata evidentemente de una desviación de la regla imperante en materia de distribución, desviación que puede explicarse en razón de la doctrina elaborada respecto a prohibiciones de competir en la transmisión de empresa (51), ya que, en definitiva, en el **franchising** el **franchisor**

(45) Cdo. 16 del TJCE en el caso **Pronuptia**.

(46) Vid., al respecto, IGLESIAS PRADA (ob. cit., pp. 264-265) cuyas consideraciones, relativas al contrato de concesión mercantil, son aplicables también al **franchising**.

(47) Así, artículo 2.2a) Reglamento 1983/83 de la Comisión de las Comunidades, de 22 de junio de 1983.

(48) En este sentido, se pronuncia el artículo 2.596 del **Código civil** y una respuesta similar acoge nuestra doctrina cuando se plantea el tema, sobre todo, en relación a la transmisión de empresa. Por todos, vid. BROSETA: **Manual...**, cit., p. 101.

(49) En nuestra doctrina vid., de modo específico, DOMINGUEZ GARCIA: **Aproximación...**, cit., pp. 464 y ss. En la doctrina italiana son muy sugestivas las consideraciones de PARDOLESI: **I contratti di distribuzione**, Jovené, Napoli, 1979, pp. 339 y ss.

(50) Compárese el tenor del Reglamento núm. 67/67 de la Comisión de la CEE, de 22 de marzo de 1967 (art. 2.1a) con el artículo 2.2a) del Reglamento 1983/83 (cit. en nota 47).

(51) Así, sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985 (caso **Nutricia**, WuW 1986, pp. 236 y ss.).

comunica al **franchisee** una fórmula, una empresa en la concepción espiritualizada de la misma (52) y, consiguientemente, al concluir el contrato, el **franchisee** debe proceder de forma que el **franchisor** pueda recuperar las relaciones de hecho que la clientela ha establecido con esa empresa en base a una determinada forma de actuación empresarial, unos signos distintivos y —aunque quizá en menor medida— unas cualidades personales del empresario (53).

El TJCE declara que no incurren en la prohibición del artículo 85-1 otras cláusulas contractuales que se justifican en base a la facultad del **franchisor** de controlar la reputación e identidad de la red comercial constituida por todos los **franchisees** y distinguida por unos signos comunes.

En base a ello se declaran inobjetable desde el punto de vista del Derecho de la competencia:

- La obligación del **franchisee** de aplicar los métodos comerciales desarrollados por el **franchisor** y de utilizar el **Know-How** transmitido (54).
- La obligación del **franchisee** de no vender los productos contemplados en el contrato sino en un local montado y decorado conforme a las indicaciones del **franchisor** y sito en un emplazamiento fijado por éste, lo que conlleva, asimismo, la prohibición de alterarlo sin su consentimiento (55).
- La obligación de **franchisee** de no realizar publicidad sino con el consentimiento del **franchisor** (56).

Todas estas obligaciones se explican por el derecho del **franchisor** a velar por el mantenimiento de la identidad e imagen de la red comercial creada, y en cuanto sean indispensables a tal fin. Pero para ello no sólo se ha de prestar atención al establecimiento y actuación del **franchisee**, sino que son relevantes, además, la persona de éste y la determinación de los productos cuya comercialización realiza.

En este sentido, el TJCE reconoce el derecho del **franchisor** de «escoger libremente a los **franchisees** cuya cualificación profesional es una condición para establecer y preservar la reputación de la red» (57). Evidentemente en los sistemas de distribución selectiva la Comisión y el TJCE ha reconocido el derecho

---

[52] Vid. FERNANDEZ NOVOA: *Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*, RDM núm. 95, 1965, pp. 21 y ss.

[53] BOUTARD-LABARDE, *ob. cit.*, p. 317. Si no fuera así, con independencia de las posibles repercusiones de carácter contractual, cabría plantearse si no se generaría una conducta susceptible de incurrir en la prohibición de la competencia desleal.

[54] Cdo. 18 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

[55] Cdo. 19 del TJCE en el caso *Pronuptia*. Respecto a la ubicación, la Comisión de las Comunidades no mantiene una línea clara; mientras que en la decisión de 28 de octubre de 1970 (caso *Omega*, WuW 1971, pp. 141 y ss.) admitió la exigencia de un establecimiento bien situado, en la de 16 de diciembre de 1985 (caso *Villeroi*, WuW 1986, pp. 754 y ss.) requirió la supresión de una cláusula similar.

[56] Cdo. 22 del TJCE en el caso *Pronuptia*. El TJCE introduce una limitación en cuanto que puntualiza que la necesidad del asentimiento del **franchisor** no puede referirse sino a la naturaleza de la publicidad, lo que excluiría Instrucciones relativas a publicidad que supusieran indirectamente, por ejemplo, una fijación de precios.

[57] Cdo. 20 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

del fabricante/mayorista a seleccionar a sus distribuidores, ahora bien la selección no puede basarse sobre criterios cuantitativos, sino cualitativos (58). En el presente caso, el Tribunal guarda silencio respecto a ello, lo que puede interpretarse en el sentido de que el **franchisor** puede introducir —además— criterios cuantitativos (59), afirmación que se justificaría en razón de la comunicación de secretos y técnicas comerciales y de la autorización para el uso de signos distintivos, circunstancia que introduce en el **franchising** peculiaridades respecto a los supuestos de distribución selectiva (60).

Reconocido el derecho del **franchisor** a la selección del **franchisee**, aparece como lógica consecuencia la consideración como no contraria al artículo 85-1 del Tratado de la prohibición del **franchisee** de «ceder los derechos y obligaciones dimanantes del contrato sin el previo acuerdo del **franchisor**» (61), pues de lo contrario el citado derecho de selección de aquél sería ilusorio.

En relación a los productos comercializados por el **franchisee** el TJCE reconoce, dentro de la facultad del **franchisor** de velar por el mantenimiento de la identidad y prestigio de la red de comercialización creada, la de controlar el abastecimiento de los productos ofrecidos al público por el **franchisee**, ya que de este modo el consumidor podrá encontrar en cada uno de éstos mercancías de la misma calidad. El TJCE reconoce que este control para el mantenimiento de la calidad de los productos ofertados debe suponer normas de calidad objetivas; ahora bien, dadas las peculiaridades de los productos de cuya comercialización se trata —artículos de moda—, es difícil su fijación y sin duda muy costosa la vigilancia a este respecto sobre cada **franchisee**. Por esta razón «una cláusula imponiendo al **franchisee** no vender sino productos provenientes del **franchisor** o de suministradores seleccionados por él debe ser considerado en tales condiciones como necesaria para proteger la reputación de la red» (62).

Parece percibirse en este pronunciamiento relativo a la obligación de aprovisionamiento exclusivo el cambio de orientación —ya apuntado anteriormente con carácter más general— que, de ser juzgada tradicionalmente como lesiva para la competencia protegida por el artículo 85-1 del Tratado, aunque susceptible de excepción (63) ha pasado a ser considerada no restrictiva de la competencia. No obstante, la declaración del TJCE debe ser relativizada, toda vez que la obligación de aprovisionamiento impuesta por el **franchisor** se muestra —dadas las peculiaridades de los productos a comercializar— como instrumento indispensable para el mantenimiento de la identidad e imagen de la red, por lo que la valoración de tal obligación ante el Derecho de la competencia estará en función de las características del **franchising** en cuestión (64). No se trata, pues,

(58) En este sentido sentencia de 25 de octubre de 1977 (caso *Metro-Saba*, cit.).

(59) Así, SCHODERMEIER: *Die «Pronuptia» —Entscheidung des EuGH— «Leading Case» für die Beurteilung von Franchiseverträgen unter europäischen Wettbewerbsrecht*, WuW 1986, p. 675.

(60) SCHODERMEIER, *ob. y loc. cit.*

(61) Cdo. 20 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

(62) Cdo. 21 del TJCE en el caso *Pronuptia*.

(63) Vid., en este sentido, el Reglamento 1984/83.

(64) Vid., al respecto, las consideraciones del Sr. Dubols, Director del Departamento de «contratos de distribución» en la Dirección General de la Competencia de la Comisión de las Comunidades, en SKAUPY, *ob. cit.*, p. 450.

de un cambio radical en el Juicio que merece al Derecho de la competencia la citada obligación de aprovisionamiento —considerada restrictiva de la competencia, sin perjuicio de su posible exención por la vía del art. 85-3—; el criterio del TJCE al respecto permanece invariable. Lo que el TJCE reconoce como inobjetable frente al artículo 85-1 del Tratado es la obligación del **franchisee** de aprovisionarse de artículos que respondan a unas determinadas notas objetivas de calidad; ahora bien, estas notas objetivas sólo pueden garantizarse en determinados contratos de **franchising** mediante la imposición de una obligación de aprovisionamiento exclusivo o de aprovisionamiento obligatorio (en suministradores designados por el **franchisor**), obligación que sólo en tales supuestos es reputada no contraria al artículo 85-1 y con la importante limitación de que no debe excluir al **franchisee** la posibilidad de aprovisionarse en otros **franchisees** (65).

#### B) Cláusulas restrictivas de la competencia

En el caso **Pronuptia** el TJCE señala que el enjuiciamiento del contrato de **franchising** a la luz de las normas comunitarias protectoras de la libre competencia no puede hacerse en abstracto, sino en función de las concretas cláusulas presentes en el mismo (66). En este sentido, el TJCE considera que no incurren en la prohibición contenida en el artículo 85-1 aquellas cláusulas —anteriormente mencionadas— que son indispensables para el adecuado funcionamiento de este sistema de distribución, esto es, las que tienden a evitar que el **Know-How**, los conocimientos comunicados por el **franchisor** al **franchisee** y la asistencia prestada a éste sean utilizados por los competidores de aquél y las que le posibilitan a ejercer un control para mantener la identidad y reputación de la red comercial creada.

Junto a ellas el TJCE contempla la presencia de otras cláusulas cuya valoración frente a las normas de competencia es diferente. En concreto, el TJCE examina dos: las que dan lugar a una división o reparto del mercado y las que restringen la competencia de precios entre los **franchisees** (67).

En relación a estas últimas, señala el TJCE el carácter contrario al artículo 85-1 de las que limitan la facultad del **franchisee** de determinar sus precios con toda libertad, admitiendo por el contrario que no viola el citado precepto la comunicación por el **franchisor** de precios indicativos, a condición de que entre

---

(65) Cdo. 21 «in fine» del TJCE en el caso **Pronuptia**.

Ciertamente, la calidad objetiva de los productos a comercializar está garantizada cuando éstos se adquieren de otros **franchisees**, por lo que no existe razón alguna para excluir tal fuente de aprovisionamiento. Por otra parte, la movilidad de las mercancías dentro del Mercado Común no se ve innecesariamente constreñida.

(66) Cdo. 14 del TJCE en el caso **Pronuptia**.

(67) Cdo. 23 del TJCE en el caso **Pronuptia**. No sólo serían incompatibles con el artículo 85-1 del Tratado de Roma las cláusulas referidas en el citado cdo. 23, sino también otras no mencionadas por el TJCE, como, por ejemplo, la que impusiera el **franchisee** la adquisición de otros productos sin relación alguna con los que son objeto principal del **franchising** (Vid. SKAUPY, *ob. cit.*, p. 451 y analógicamente el art. 3.c) del Reglamento 1984/83 de la Comisión).

**franchisor** y **franchisees** o entre estos últimos no tenga lugar una práctica concertada en vista de su efectiva aplicación (68).

La actitud adoptada por el TJCE al respecto parece incuestionable. Como es sabido, el Tratado de Roma —contrariamente a la legislación alemana— no contempla de modo expreso la figura de las recomendaciones; ahora bien, ello no es obstáculo para que incurran en la prohibición del artículo 85-1 si la restricción de la competencia es reconducible a alguna de las formas de concertación prohibidas, en concreto a la figura de las prácticas concertadas (69), pues en el hecho de su observancia por los destinatarios es perceptible el elemento colusorio necesario para la existencia de dicha figura. Igual juicio merecerá el supuesto en que el respeto de la recomendación sea reforzado mediante la instauración de controles o sanciones o el otorgamiento de condiciones más favorables a quienes la observen (70). Evidentemente, si la recomendación no es seguida por sus destinatarios no habrá lugar a prohibición alguna.

Respecto a la posibilidad de que las cláusulas del contrato de **franchising** originen una división o un reparto del mercado, el TJCE se pronuncia en el sentido de que tal restricción de la competencia infringe el artículo 85-1. No cabe duda alguna de que el Tribunal comunitario es extremadamente sensible a toda actuación que pueda originar una división del mercado. Téngase presente que el objetivo del Tratado de Roma es el establecimiento de un mercado común (art. 2) y para su logro el artículo 3 enumera una serie de medios, entre los que se encuentra «el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no será falseada en el mercado común». El Derecho comunitario, pues, y el Derecho protector de la libre competencia están dirigidos a tal objetivo. Prueba de ello lo constituye una de las primeras resoluciones adoptadas por el TJCE, la sentencia de 13 de julio de 1966 (caso **Grundig-Consten**) que declaró «contraria a los objetivos fundamentales de la Comunidad» los acuerdos tendentes a reconstituir los mercados nacionales, idea que es perceptible en una multiplicidad de sentencias, respondiendo a muy diversos supuestos de hecho, donde el dato común es la necesidad de no poner trabas a las importaciones paralelas, a la circulación de productos (71).

La necesidad de que en un sistema de distribución estructurado vía **franchising** se asegure la circulación de los productos es mantenido por el TJCE al afirmar

(68) Cdo. 25 del TJCE en el caso **Pronuptia**.

(69) Así FRIGNANI-WAELBROEK, *ob. cit.*, p. 47; GLEISS-HIRSCH, *ob. cit.*, nota 23 al artículo 85-1 del Tratado de Roma; LANGEN-NIEDERLEITHINGER-RITTER-SCHMIDT: *Kommentar zum Kartellgesetz*, 6 Aufl., Luchterhand, Darmstadt, 1982, nota 54 EG al párrafo 38 GWB. En la doctrina española pueden verse FONT GALAN, *ob. cit.*, p. 134; y GALAN CORONA: *Acuerdos...*, *cit.*, pp. 360 y ss., en especial pp. 365 y ss., cuyas referencias al Derecho español son aplicables en el ámbito comunitario.

(70) LANGEN-NIEDERLEITHINGER-RITTER-SCHMIDT, *ob. cit.*, nota 135 EG al párrafo 38 a GWB; SCHODERMEIER, *ob. cit.*, pp. 674-675.

(71) Dejando al margen los pronunciamientos del TJCE en los que se plantea la compatibilidad de las legislaciones nacionales en materia de propiedad Industrial con el artículo 36 del Tratado de Roma, la libre circulación de mercancías es también tenida en cuenta en la aplicación de las reglas de competencia. Así, sentencia del TJCE de 30 de junio de 1966 (caso **Maschinenbau**, WuW 1966, pp. 745 y ss.), 12 de diciembre de 1967 (caso **Haecht II**, WuW 1968, pp. 203 y ss.), 25 de marzo de 1981 (caso **Lab**, WuW 1981, pp. 756 y ss.), etc...

que no se puede impedir al **franchisee** suministrarse de otros **franchisees** (72). Similar criterio es el que debe informar la valoración de la exclusiva territorial concedida al **franchisee** en la utilización de signos distintivos y métodos comerciales; a este respecto pueden ser de notable interés los planteamientos asumidos en materia de licencia de patentes en el Reglamento de la Comisión 2349/84, planteamientos que en absoluto parecen ajenos al pensamiento del TJCE, como se pone de relieve en el considerando 24 «in fine» de la sentencia **Pronuptia** (73), al prever una posible excepción por el cauce del artículo 85-3 y por motivos similares a los señalados en el citado Reglamento (74), excepción que nunca podrá originar una absoluta tabicación del mercado.

Sin embargo, el TJCE en el caso **Pronuptia** menciona expresamente los efectos que puede generar la denominada cláusula de local (no vender las mercancías objeto del contrato sino en el establecimiento en él designado) con la obligación asumida por **franchisor** y **franchisees** para respetar las zonas territoriales concedidas de no establecerse en las atribuidas a otros. Ciertamente, dada la existencia de una pluralidad de contratos, puede producirse una división del mercado (75), que incurre en la prohibición del artículo 85-1, si bien no cabe desconocer la posibilidad de que, tratándose de acuerdos de importancia menor, sin efectos sensibles sobre el mercado, no se vean afectados por la citada prohibición (76). Si tal no fuera el caso, las consecuencias nocivas para la competencia darían lugar a la aplicación del citado artículo 85-1 en el entendimiento de que su posible excepción nunca procedería si la tabicación o división del mercado es absoluta (77).

---

(72) Cdo. 21 «in fine» del TJCE en el caso **Pronuptia**.

En punto a la exclusiva territorial es constatable un mayor rigor en el Derecho antitrust de la CEE respecto del estadounidense; mayor rigor que se explica por el objetivo comunitario de crear un mercado común, objetivo ya logrado tiempo atrás en los Estados Unidos de Norteamérica.

(73) «Es ciertamente posible que un candidato a **franchisee** no asuma el riesgo de integrarse en la cadena llevando a cabo inversiones, pagando un derecho de entrada relativamente alto y comprometiéndose a abonar anualmente cantidades importantes, si no pudiera esperar que, gracias a una cierta protección contra la competencia del **franchisor** y de los otros **franchisees**, su comercio pudiera ser rentable.»

(74) SCHODERMEIER, *ob. cit.*, p. 673. Vid., al respecto, los artículos 1-5 y 1-6 del citado Reglamento 2349/84.

(75) En este sentido, sentencias del TJCE de 13 de julio de 1966 (caso **Grundig-Consten**, cit.) y de 12 de diciembre de 1967 (caso **Haecht II**, cit.).

(76) Vid., al respecto, la reciente Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la CEE. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 231, de 12 de septiembre de 1986, pp. 2 y ss.

(77) SCHODERMEIER, *ob. cit.*, p. 674; SKAUPY, *ob. cit.*, pp. 453-454.