

LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS, NECESARIAS Y PROPORCIONADAS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA¹

JAUME MARTÍ MIRAVALLS

Becario de investigación «*V Segles*» del Departamento de Derecho Mercantil
«*Manuel Broseta Pont*» de la *Universitat de València*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.- III. DOBLE ENFOQUE DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES.- IV. EL ANÁLISIS UNITARIO DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS.- V. LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS, NECESARIAS Y PROPORCIONADAS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA. 1. Cláusulas de no competencia durante la vigencia del contrato. 2. Cláusulas de confidencialidad. 3. Cláusulas de retrocesión. 4. Cláusulas derivadas de la violación de los dpi por terceros. 5. Cláusulas de restricciones de uso. 6. cláusulas respecto a la transmisibilidad del contrato. 7. Cláusulas relativas al mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red. VI- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia se justifica, entre otras cuestiones², por la modernización de soluciones producida en los últimos años por las normas de competencia comunitarias³, su incidencia directa en la renovación de los sistemas nacionales⁴, el mantenimiento de soluciones específicas en materia de franquicia y la judicialización de la aplicación del artículo 81 TCE⁵.

El presente trabajo analiza la doctrina de las restricciones accesorias - *ancillary restraints of trade*- en el contrato de franquicia desde el ámbito

¹ El presente trabajo es resultado del Proyecto de Investigación SEJ 2006-14815 del Ministerio de Educación y Ciencia «Sistemas de redes empresariales: Transparencia, contratación y concurso».

² Obvia apuntar la importancia del contrato en el tráfico económico actual, calificado como «rey de la distribución». VICENT CHULIÀ, F. *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo blanch, 2003, pág. 687.

³ Respecto a la situación anterior, en particular, sobre el Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, ver, por todos, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, 1991.

⁴ La reciente Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia -BOE de 4 julio 2007, núm. 159, [pág. 28848]- es claro ejemplo de ello. El análisis antitrust comunitario de las restricciones a la competencia incide directamente en la nueva redacción del artículo 1 LDC. Especialmente, por lo que al análisis antitrust de las conductas se refiere, destaca la incorporación a nuestro ordenamiento nacional del correlativo apartado tercero del artículo 81 TCE con la nueva redacción del artículo 1.3 LDC.

⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J. «El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario: acuerdos verticales», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 18, 2007, 54.

comunitario. No obstante, ésta también es aplicable a nuestro derecho nacional⁶. De modo que el estudio relativo al juego de las restricciones accesorias con el artículo 81 TCE –especialmente apartados primero y tercero– es trasladable al que debe realizarse con el nuevo artículo 1 LDC –más aún después del recién incorporado apartado tercero⁷–.

II. LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La teoría de las restricciones accesorias emerge en la práctica *antitrust* estadounidense de finales del siglo XIX⁸. Concretamente, caso *Addyston Pipe and Steele Co.* (85, fed. rep. 271, 282 6th cir. 1898). En el mismo se afirmaba que una restricción contractual era legal cuando la cláusula que la contenía

⁶ En igual sentido, ZURIMENDI ISLA, A. Las restricciones verticales a la libre competencia, Thompson-Civitas, 2006, pág. 130; MASSAGUER FUENTES, J. «El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de know-how tras la reforma del derecho español de defensa de la competencia», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1992.

⁷ Por su importancia, estimamos conveniente reproducirlo por si el lector estima oportuno consultarlo en cualquier momento: «Artículo 1. Conductas colusorias:

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia»

⁸ Un excelente análisis de los orígenes, cimientos y fundamentos de las restricciones accesorias y prácticas colusorias, tanto en la experiencia estadounidense como europea, ver, MIRANDA SERRANO, L.M. «Restricciones accesorias y prácticas colusorias», DN, nº 122, 2000, pág. 1 a 50.

era simplemente accesoria en relación al objetivo principal del contrato, que era en sí mismo legal, y cuando era necesaria para garantizar al acreedor de la obligación el goce de los frutos legítimos del contrato, o para protegerlo contra un uso injusto de estos frutos por la otra parte⁹. La teoría empieza a consagrarse en los Estados Unidos tras el caso *Whitwell v. Continental Tobacco Co.* (125 F. 459 8th. Cir. 1903)¹⁰.

La doctrina de las restricciones accesorias resulta aplicable en la experiencia norteamericana si se cumplen cuatro presupuestos o condiciones. Tres de ellos tienen sus raíces en los planteamientos del caso *Addyston Pipe* – que se restrinja la libertad de competir; que la restricción sea accesoria: subordinada y necesaria; y que la restricción sea proporcionada o razonable-, mientras que el cuarto deriva de los desarrollos experimentaos por la *rule of reason* moderna que, sin llegar a negar y hacer desaparecer la doctrina de las *ancillary restraints*, ha venido a absorberla, imprimiéndole un nuevo contenido y significado –que el acuerdo principal sea procompetitivo-¹¹.

En Europa, por su parte, la teoría será importada en la segunda mitad del siglo XX¹². Su tratamiento se cimienta sobre la no sujeción de la restricción al artículo 81.1 TCE –prohibición de prácticas colusorias- por tratarse de acuerdos «jurídicamente inherentes» a la operación –contrato- o económicamente «necesarios e imprescindibles» para la existencia de la misma¹³.

Cuando atendiendo a los aspectos fundamentales de un contrato éste no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 TCE a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma, tal y como tiene expresamente reconocido la jurisprudencia del TJCE¹⁴ y la Comisión¹⁵.

De este modo, en tanto que el objeto principal de un acuerdo de no restrinja la competencia y, por tanto, no se incardine en el supuesto del artículo 81.1 TCE, tampoco se aplica este precepto a las restricciones necesarias para la correcta ejecución del mismo, aunque –en abstracto- se tratasen de restricciones a la competencia –con el límite de la necesidad y la proporcionalidad-.

Así, el concepto de «restricciones accesorias» comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada

⁹ «No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract and necessary to protect the covenanted in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party».

¹⁰ Ver, MIRANDA SERRANO, L.M. Las Concentraciones económicas. Derecho Europeo y Español, La Ley, 1994, pág. 483 y 484.

¹¹ MIRANDA SERRANO, L.M. Restricciones accesorias..., cit., pág. 8.

¹² MIRANDA SERRANO, L.M. Las Concentraciones..., cit., pág. 484.

¹³ MARTÍ MIRAVALLS, J. El contrato de franquicia..., cit., pág. 63; ZURIMENDI ISLA, A. Las restricciones..., cit., pág. 124; KORAN, V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice, Ed. Pórtland, 2004, pág. 70; WHISH, R. Competition Law, Fifth Edition, 2005, pág. 119 y ss; IMMENGA/MESTMÄCKER. GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3 Auflage, Beck-Verlag, 2001, pág. 152 y 350.

¹⁴ Véase, por ejemplo, el asunto C-399/93, Luttikhuis, apartados 12 al 14.

¹⁵ Ver, punto 29 de las Directrices art. 81.3.

con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma¹⁶.

Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. Esto es, cuando entre la operación principal y la restricción exista una vinculación no incidental sino sustancial, de modo que, aunque la restricción sea separable de la operación principal -al poseer un contenido distinto del de ésta, susceptible de constituir *per se* el objeto único de un acuerdo restrictivo de la competencia-, el fin último que con ella se persiga no sea otro que contribuir a hacer posible la realización de la operación principal¹⁷.

El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Esto es, cuando en caso de no existir la restricción la operación principal no podría realizarse o, pudiéndose realizar sin ella, lo haría con evidentes riesgos de que no se alcancen plenamente los fines que mediante su celebración persiguen lograrse. En otras palabras, en condiciones más inciertas, con un coste o periodo de tiempo sustancialmente superior o con una posibilidad de éxito mucho menor¹⁸.

Por su parte, el carácter proporcional exige un cierto ajuste entre la causa y el efecto que habitualmente se materializa en el factor inversiones-tiempo. Como se ha dejado entrever, esta exigencia deriva del propio carácter necesario de la restricción. La necesidad de la restricción para la realización de la operación principal justifica la presencia de la cláusula restrictiva pero, al mismo tiempo, limita su alcance al requerir que sea lo menos restrictiva de la competencia posible, sin merma de la finalidad económico-jurídica que le es propia¹⁹.

Por ejemplo, en el asunto *TPS* (DO L 90 de 2 de abril de 1999) la Comisión concluyó que la obligación de que las partes no participaran en empresas activas en la distribución y comercialización de programas de televisión por satélite era auxiliar a la creación de la empresa en participación durante la fase inicial. Por consiguiente, se consideró que la restricción quedaba fuera del apartado 1 del artículo 81 durante un período de tres años. Para alcanzar esta conclusión la Comisión atendió a las grandes inversiones y a los riesgos comerciales que comportaba incorporarse al mercado de la televisión de pago.

¹⁶ Véase el apartado 104 de la sentencia *Métropole télévision*, asunto T-112/99.

¹⁷ MIRANDA SERRANO, L.M. *Restricciones accesorias...*, cit., pág. 13.

¹⁸ MIRANDA SERRANO, L.M. *Restricciones accesorias...*, cit., pág. 13. Para determinar si una restricción es económicamente imprescindible para la perfección del acuerdo principal no debemos atender a apreciaciones o circunstancias subjetivas de las partes, sino a factores objetivos que hacen concluir que nadie en esas circunstancias hubiera realizado una operación idéntica sin la restricción y que ésta sea proporcional a la consecución del fin perseguido. Ver, ZURIMENDI ISLA, A. *Las restricciones...*, cit., pág. 124 y 125; KJOLBYE, L. «The New Commission Guidelines on the Application of Article 81 (3): An Economic Approach to Article 81», *European Competition Law Review*, nº 25, 2004, pág. 569.

¹⁹ MIRANDA SERRANO, L.M. *Restricciones accesorias...*, cit., pág. 13.

El sistema así instaurado no está exento de detractores²⁰. No debe desconocerse el intento de flexibilización del concepto «ancillary restraints» llevado a cabo por la Escuela de Chicago y sus adeptos²¹. Entienden que el concepto de «necesidad» de la restricción es, valga la redundancia, demasiado «restrictivo». Proponen un criterio más dúctil como es el de la «utilidad». De modo que debería ser considerado «restricción accesoria» cualquier pacto que sea útil, aunque no necesario, para la consecución de la finalidad perseguida por las partes en el contrato²², so pena de quebrantar el principio de libertad contractual.

A nuestro juicio, como mayoritariamente entienden doctrina²³ y jurisprudencia²⁴, la solución está también en el propio principio de libertad contractual invocado por los partidarios de los postulados de la Escuela de Chicago, si bien, en los límites que éste presenta, recogidos en el artículo 1255 Cc.

III. DOBLE ENFOQUE DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

En el Derecho de la competencia comunitario puede distinguirse una doble perspectiva de análisis respecto a las restricciones verticales contenidas en determinados contratos²⁵. La primera propugna que las soluciones para

²⁰ Entre nosotros, especialmente, ALFARO, J. «Autorizar lo que está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales», GJ, nº 229, 2004, pág. 63 y ss; y «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia», Indret, 253, 2004, pág. 15 y ss.

²¹ Ver, por todos, ZURIMENDI ISLA, A. Las restricciones..., cit., pág. 129.

²² Así, ALFARO, J. La prohibición... cit., pág. 18.

²³ Entre otros, ZURIMENDI ISLA, A. Las restricciones..., cit., pág. 130; y COSTAS COMESAÑA, J. Los cárteles de crisis: crisis económica y defensa de la competencia, Marcial Pons, 1997, pág. 82.

²⁴ Ver, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 1 de marzo de 2005.

²⁵ Los acuerdos verticales son aquellos celebrados entre dos o más empresas, situadas en diferentes fases o niveles de la cadena de producción o comercialización, que tienen por finalidad llevar a cabo la distribución de un producto o servicio. Por todos, ALONSO SOTO, R. «Distribución comercial y derecho de la competencia», Distribución y consumo, nº 12, 1993, pág. 33. Las restricciones verticales unen a operadores que ejercen actividades en mercados distintos (por ejemplo, industrial y mayorista o prestador de servicio de una compañía de seguros y mediador de servicios, esto es, agente o corredor de seguros que no presta él mismo el servicio. Pese a que el Tratado no se refiere expresamente a ellas, el carácter restrictivo de los acuerdos verticales, en Europa y en el ámbito de la distribución, se reconoció, por primera vez, en la sentencia *Société Technique Minière versus Maschinenbau Ulm*, de 30 de junio de 1966, asunto C-56/65, donde el TJCE estableció que no sólo los acuerdos entre competidores, esto es los acuerdos horizontales, sino también aquellos entre empresas no competidoras que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, es decir, los acuerdos verticales, pueden entrar en el ámbito de la prohibición del artículo 81.1 CE. Poco después la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, caso *Consten y Grunding*, reafirmó expresamente que los acuerdos verticales –entre los que se encuentra la franquicia–, y las restricciones inherentes a los mismos, podían falsear la competencia y estar, por tanto, sujetos a la prohibición del actual artículo 81.1 TCE. A partir de estas declaraciones las posturas del TJCE, por una parte, y de la Comisión, por otra, respecto al análisis de los acuerdos verticales han sido marcadamente opuestos. El TJCE subrayó desde un primer momento que a efectos de determinar si un acuerdo vertical es contrario o no al artículo 81.1 CE, debe analizarse en su contexto económico y jurídico teniendo en cuenta aspectos como la importancia y la posición de las partes en el mercado, la naturaleza y cantidad del producto en cuestión, las oportunidades disponibles para los competidores, el efecto del acuerdo sobre

cada tipo de restricción sean uniformes independientemente del contrato en el que la restricción se incardine. Fruto de la misma es el intento de unificación de soluciones respecto a los acuerdos restrictivos de la competencia que representa el Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas²⁶ -en adelante Reglamento 2790/99-.

La segunda modaliza las soluciones atendiendo al tipo de contrato en que se encuentre incardinada la restricción. Ejemplos son la conocida sentencia del TJCE, de 28 de enero de 1986, caso *Pronuptia*²⁷, las reglas especiales relativas a la distribución selectiva presentes en el propio

las importaciones paralelas, etc. Este enfoque económico se encuentra actualmente presente en el análisis de las restricciones verticales que realiza la Comisión y los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales.

²⁶ Diario Oficial nº L 336 de 29/12/1999 p. 0021 - 0025. Sobre la misma, MENDELSON/ROSE. *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, Aspen publishers, 2002; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. «Acuerdos verticales», *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)* -coord. VELASCO SAN PEDRO-, Lex nova, 2005, pág. 103 y ss; ORTUÑO BAEZA, M.T. «Acuerdos verticales y derecho de la competencia: Comentarios al Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de Diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 de l Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», *Noticias de la Unión Europea*, nº 204, 2002, pág. 15 y ss; WHISH, R. «Regulation 2790/99: The Commission's «new style» block exemption for vertical agreements», *Common market law review*, vol. 37, nº 4, 2000, pág. 887 y ss; MORENO-TAPIA RIVAS/FERNÁNDEZ VICIÉN. «La nueva regulación comunitaria de las Restricciones Verticales», *DN*, nº 125, 2001, pág. 28 y ss; y PASCUAL VICENTE, J. «La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia», *Anuario de la competencia*, nº 1, 2002, pág. 241 y ss.

²⁷ Sentencia del TJCE de 28 de enero de 1986, caso *Pronuptia*, asunto 161/84, que tuvo por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia en aplicación del artículo 177 del Tratado CEE, por el Bundesgerichtshof, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre *Pronuptia de París GmbH*, Frankfurt am Main, y *Pronuptia de París Irmgard Scinllogalis Hamburg*, una decisión prejudicial sobre la interpretación que debía darse al artículo 85 de Tratado CEE en relación a un contrato de franquicia y al Reglamento número 67/67 de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva.

El Tribunal declaró, por una parte, que la compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 81, apartado 1, estaba en función de las cláusulas que contengan dichos contratos y del contexto económico en el que se inserten; y, por otra, que el Reglamento número 67/67 no era aplicable a los contratos de franquicia en materia de distribución como el que han sido examinado en el marco del procedimiento.

En su análisis, el Tribunal, definió los elementos esenciales del acuerdo de franquicia, identificó las condiciones necesarias para que éste funcionase correctamente y, finalmente, excluyó del artículo 81.1 aquellas cláusulas del acuerdo indispensables para la consecución de las citadas condiciones. Con ello las franquicias se beneficiaron de una *rule of reason* particular, o *sui generis*, en la que se valoró que las cláusulas necesarias para la salvaguardia de la imagen y del know-how del franquiciador eran esenciales y no entraban en el ámbito del artículo 81.1, mientras que el resto de condiciones de la comercialización fueron analizadas desde la perspectiva del artículo 81.3, y declaradas -mayoritariamente- beneficiosas, al crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, permitiendo a los pequeños comerciantes el acceso a fórmulas de comercialización testadas y «exitosas». Sobre la misma, ver, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 58 y ss; y VENIT, J.S. «*Pronuptia: the doctrine and discipline of ancillary restraints - or unholy alliances: the marriage of per se and reason*», *ELR*, nº 11, 1986, pág. 217. Por su parte, sobre la no necesidad de una *rule of reason* en el derecho europeo de la competencia, dada la existencia de un precepto como el 81.3 TCE, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 57 y ss.

Reglamento 2790/99 y, sobre todo, la doctrina específica para las restricciones presentes en cada tipo de contrato en la Comunicación de la Comisión, de 13 de octubre de 2000²⁸, Directrices relativas a las restricciones verticales -en adelante Directrices 2000-.

Estas Directrices, precisamente, recogen un conjunto de especialidades en materia de franquicia que resultan relevantes desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia, en general, y de las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas al contrato, en particular.

De otra parte, la descentralización de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia operada por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE²⁹, ha dado lugar a la atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales nacionales -en nuestro caso a los juzgados de lo mercantil ex art. 87 ter LOPJ- para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, incluido el artículo 81.3 TCE que establece, como excepción legal, las condiciones en que un acuerdo que cae dentro del ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 81.1 TCE puede considerarse «autorizado»³⁰.

²⁸ Diario Oficial nº C 291 de 13/10/2000 P. 0001 - 0044 . Sobre las mismas, QUINTÁNS EIRAS, M.R. «Las directrices sobre restricciones verticales, complementarias del reglamento 2790/99», *ADI*, nº 21, 2000, pág. 1297 a 1317.

²⁹ Diario Oficial nº L 001 de 04/01/2003 p. 0001 - 0025. El nuevo Reglamento, adoptado por el Consejo el 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE, sustituyó al Reglamento (CEE) nº 17/62, desde el 1 de mayo de 2004, fecha de su aplicación.

El Reglamento nº 17/62 establecía un sistema de control centralizado según el cual los acuerdos susceptibles de limitar y afectar el comercio entre Estados miembros debían notificarse a la Comisión para poder beneficiarse de una exención. Esta competencia exclusiva de la Comisión para autorizar acuerdos restrictivos de la competencia que cumplieran las condiciones del apartado 3 de artículo 81 TCE, condujo a las sociedades a notificar una multitud de acuerdos, lo que minó los esfuerzos de promover una aplicación rigurosa y descentralizada de las normas de competencia.

Con el fin de simplificar los trámites administrativos a las empresas y permitir a la Comisión realizar a largo plazo una acción más eficaz contra infracciones graves de las normas de competencia, la Comisión emprendió, con la publicación del Libro Blanco de 1999, un largo proceso de reforma que ha desembocado en la publicación del Reglamento 1/2003.

El reglamento establece un sistema de excepción legal que tiene como efecto directo hacer responsables a las empresas que, al no estar ya obligadas a notificar previamente a la Comisión, deberán de buena fe garantizar que estos acuerdos no afectan a la libre competencia y no infringen las normas comunitarias en esta materia. No obstante, con el fin de evitar todo abuso, las autoridades europeas de competencia -incluida la Comisión- y los órganos jurisdiccionales nacionales adquieren una mayor responsabilidad en cuanto a la vigilancia del respeto de las normas de competencia garantizando al mismo tiempo la coordinación de sus acciones.

Esta reforma supone el paso de un sistema de autorización centralizado de notificación previa a un sistema de excepción legal que, basado en la aplicación descentralizada de las normas de competencia y en el refuerzo del control a posteriori, permite por una parte reducir el trabajo de la Comisión y por otra aumentar el papel de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del derecho de competencia garantizando al mismo tiempo su aplicación uniforme.

³⁰ Ponemos el término autorizaciones entre comillas porque desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 las autorizaciones ya no son necesarias. Se han eliminado las notificaciones y solicitudes de declaración individual de exención, dejando en manos de los

Especialmente relevante en este sentido es la Comunicación de la Comisión, de 27 de abril de 2004³¹, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado –Directrices art. 81.3-, que desarrolla el Reglamento 1/2003 y que expresamente recoge la doctrina de las *ancillary restraints*.

IV. EL ANÁLISIS UNITARIO DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS

Son incompatibles con el mercado común, y quedan prohibidos, todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común³², artículo 81.1 TCE.

interesados la apreciación sobre el cumplimiento de las condiciones de exención del artículo 81.3 TCE. Sobre el Reglamento 1/2003, con referencias al sistema anterior en el que existían dudas sobre la aplicación directa del artículo 81.3 por los tribunales jurisdiccionales nacionales, ver, GALÁN CORONA, E. «Notas sobre el Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», *RDCE*, nº 15, 2003, pág. 499 y ss; AA.VV. *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003* (dir. GARRIDO ESPA, L.), Cuadernos de derecho judicial, 2004; ARROYO APARICIO, A. «La aplicación descentralizada de los arts.81 y 82 del tratado CE según el reglamento CE núm. 1/2003», *Estudios de Derecho de la competencia* (coord. FONT GALÁN/PINO Abad), Marcial Pons, 2005, pág. 249 y ss; COSTAS COMESAÑA, J. «El Reglamento CE 1/2003: de la prohibición con autorización previa centralizada a la excepción legal directamente aplicable y descentralizada de artículos 81 y 82 del Tratado CE», *ADI*, Tomo 23, 2003, pág. 1179 y ss; DE BRONET, G. *Kommentar zum europaischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, Luchterhand, 2005; IDOT, I. «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)», *CDE*, vol. 39, nº 3-4, 2003, pág. 283 y ss; ILLESCAS ORTIZ, R. «Capítulo 38: Derecho de la competencia: la libre competencia», *Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, coord.), Ariel, vol. I, 2003; y la reciente monografía, GÓMEZ TRINIDAD, S. *El Reglamento 1/2003 y la finalización del procedimiento de defensa de la competencia seguido ante la Comisión Europea*, Marcial Pons, 2007.

³¹ (2004/C 101/08). Las Directrices art. 81.3 constituyen una especie de recopilación y puesta al día de la jurisprudencia del TJCE, así como una guía metodológica de aplicación del artículo 81 –especialmente respecto al apartado tercero-. Éstas, aun no siendo vinculantes, ofrecen orientación sobre la aplicación del artículo 81 a casos individuales y pretenden servir de orientación a los tribunales y las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado.

³² En particular, a título ejemplificativo, el TCE hace referencia expresa a los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

La más clásica de las prohibiciones es, sin duda, la de fijación de precios. Así, por ejemplo, la fijación de precios de venta, en Estados Unidos, es considerada una *per se violation* y habitualmente es objeto de numerosas resoluciones jurisprudenciales. Centrándonos en los últimos cinco años, pueden consultarse, *Ozark Heartland Electronics Inc. v. Radio Shack*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,256 (8th Cir. Feb. 1, 2002); *First Med Representatives, LLC v. Futura Medical Corp.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,342 (E.D. Mich. Mar. 18, 2002); *Schwartz v. Sun Co., Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,235 (8th Cir. Jan. 16,

El precepto establece la cláusula general prohibitiva de colusiones entre empresas, enunciando tres requisitos para su aplicación³³. Primero, que exista un concierto de voluntades, o un entendimiento, que pueda afectar a la actividad de dos o más empresas; segundo, que ese entendimiento pueda afectar al comercio entre los Estados miembros³⁴; y, tercero, que ese entendimiento pueda producir o produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

La prohibición del artículo 81.1 TCE no es absoluta sino relativa dada la existencia, por un lado, de la doctrina de las restricciones accesorias y, por otro, del apartado tercero del propio artículo 81 TCE³⁵. La primera excluye del ámbito del artículo 81.1 TCE determinadas restricciones a la competencia por ser accesorias, necesarias y proporcionadas a un contrato con objeto lícito -no restrictivo-, sin que sea necesario acudir al artículo 81.3 TCE. La segunda, establece una excepción legal de acuerdos restrictivos de la competencia, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales³⁶, que sólo opera cuando se ha concluido que el acuerdo cae en el ámbito de los artículo 81.1 TCE³⁷.

Dicho régimen de excepción legal consiste en determinar los efectos económicos positivos que pueda tener el acuerdo -compensación- en atención a cuatro condiciones que los acuerdos que pretendan ser exceptuados legalmente deben cumplir -dos positivas y dos negativas-.

De modo que un acuerdo, práctica o decisión de empresas contrario al apartado primero del artículo 81 puede no estar prohibido si se cumplen las condiciones que enumera el apartado tercero. Por tanto, los tres apartados del artículo 81 TCE deben ser analizados como una unidad y aplicarse en bloque³⁸.

2002); *ARCO Products Co. v. Stewart and Young Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,409 (9th Cir. Sep. 5, 2002); *NWS Michigan, Inc. v. General Wine and Liquor Co., Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,511 (6th Cir. Feb. 6, 2003); y *Dagher v. Saudi Refining Inc.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 12,838 (9th Cir. June. 1, 2004; entre otros. Sobre todos estos asuntos puede consultarse, COLEMAN/SCHUMACHER. *Annual Franchise and Distribution Law Developments*, ABA, años 2002, 2003, 2004 y 2005.

³³ Sobre ello, por todos, VELASCO SAN PEDRO, L.A. «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas) -coord. VELASCO SAN PEDRO-, Lex nova, 2005, pág. 55 y ss.

³⁴ Ver, la Comunicación de la Comisión, de 27 de abril de 2004, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado.

³⁵ Que hacen innecesario la existencia de una rule of reason como la estadounidense en Europa y España. Sobre la rule of reason estadounidense, ver, por todos, HARTLEY, J.E. *The rule of reason*, ABA, 1999; AREEDA, P. *The «rule of reason» in antitrust analysis: general issues*, Federal Judicial Center, 1981.

³⁶ En este sentido se ha pronunciado el TJCE en la sentencia de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, *John Deere*, donde expresamente estableció que el apartado 1 del artículo 81 prohíbe los efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales -apartado 77-.

³⁷ Nótese que tras el Reglamento 1/2003 los Reglamentos de exención cumplen ahora una función distinta. Ahora ya no sustituyen a la «autorización», que no es necesaria, sino que dan a las empresas la seguridad jurídica de que si los acuerdos cumplen los requisitos del Reglamento, la colusión puede acogerse a la excepción legal del artículo 81.3 TCE. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 2004, pág. 317.

³⁸ De este modo, en virtud del apartado primero del artículo 81 TCE, son incompatibles con el mercado común y están prohibidos los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Y a tenor de apartado

Ello por cuando, como se desprende de los dos primeros apartados del artículo 1 del Reglamento 1/2003, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 TCE que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, mientras que los que, pese a quedar comprendidos en el apartado primero, reúnan las condiciones del apartado 3 no están prohibidos³⁹ y, por tanto, no podrán ser declarados nulos de pleno derecho.

Según jurisprudencia reiterada del TJCE, las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas⁴⁰ y suficientes⁴¹, esto es, por una parte, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una de las condiciones, de modo que en caso de que una de ellas no se cumpla, la aplicación de la excepción conforme al apartado 3 del artículo 81 debe descartarse. Por otra parte, ello también significará que cuando se cumplen todas las condiciones, la excepción es aplicable y no puede supeditarse a ninguna otra condición.

El artículo 81.3 TCE establece que las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 podrán ser declaradas «inaplicables» a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y a cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que (1) contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico⁴², (2) reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante⁴³, (3) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos⁴⁴, (4) ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la

segundo, tales acuerdos son nulos de pleno derecho salvo si, conforme al apartado tercero, puede ser consideradas legales al cumplir las condiciones que se enumeran. Ver, GALÁN CORONA, E. Notas sobre el Reglamento (CE) Nº 1/2003..., cit., pág. 504; ARROYO APARICIO, A. La aplicación descentralizada..., cit., pág. 252; y KAMANN/BERGMANN. «Die neue EG-Kartellverfahrensordnung - Auswirkungen auf die unternehmerische Vertragspraxis», Betriebs Berater, nº 15, 2003, pág. 1744.

³⁹ Sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto en ningún caso. Ver, cualquier artículo de AA.VV. La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003 -(dir. GARRIDO ESPA, L.), Cuadernos de derecho judicial, 2004.

⁴⁰ Por ejemplo, el asunto T-112/99, Métropole télévision SA, apartado 86; el asunto T-17/93, MATRA, apartado 85; y los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, VBVB y VBBB, apartado 61.

⁴¹ Ello se deduce implícitamente del apartado 139 de la sentencia Matra, asunto T-17/93, y el asunto 26/76, Metro (I), apartado 43.

⁴² Para el examen de esta condición es necesario determinar qué beneficios objetivos genera el acuerdo y cuál es la importancia económica de las eficiencias, dado que, para que el apartado 3 del artículo 81 sea aplicable, necesariamente los efectos procompetitivos derivados del acuerdo deben superar a los anticompetitivos.

⁴³ El concepto de «participación equitativa» supone que la participación en los beneficios debe, al menos, compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia observada con arreglo al apartado 1 del artículo 81, pues si para dichos consumidores la situación empeora como consecuencia del acuerdo, la segunda condición del artículo 81.3 TCE no se cumple.

⁴⁴ Lo decisivo es si el acuerdo es restrictivo y si cada una de las restricciones permite probablemente realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. Es decir, la cuestión no es si de no haber restricción no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos. Para comprobar el cumplimiento de esta condición es preciso un doble examen tomando en consideración el contexto real en el que se aplica el acuerdo y el factor tiempo.

competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate⁴⁵.

La evaluación de cualquier restricción de la competencia con respecto al artículo 81, por tanto, constará de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales, restrictivo de la competencia y no reviste la condición de accesorio, necesario y proporcional -doctrina de la restricción accesorio-, esto es, si se inserta en el artículo 81.1 TCE. La segunda, que tan sólo es procedente cuando se ha determinado que un acuerdo restringe el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia⁴⁶, esto es, un examen a la luz del artículo 81.3 TCE.

Sólo cuando finalizado este análisis se concluye que el acuerdo restrictivo de la competencia no cumple las cuatro condiciones legales, a tenor de apartado segundo del artículo 81 TCE, tales acuerdos podrán serán «nulos de pleno derecho»⁴⁷.

⁴⁵ Ello supone que la protección de la rivalidad y del proceso de la competencia goza de prioridad con respecto a las mejoras de eficiencia posiblemente beneficiosas para la competencia que se deriven de acuerdos restrictivos. Si se elimina o no la competencia a efectos de la última condición del apartado 3 del artículo 81 es cuestión que depende del grado de competencia que existiera antes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo restrictivo sobre la competencia, esto es, de la reducción de la competencia debida al acuerdo. Cuanto más debilitada se encuentre la competencia en el mercado de referencia, menor será la reducción ulterior necesaria para eliminarla a efectos del apartado 3 del artículo 81. Asimismo, cuanto mayor sea la reducción de la competencia ocasionada por el acuerdo, mayor será la probabilidad de que se elimine la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia.

⁴⁶ Tomando en consideración que, como ha reconocido el Tribunal de Primera Instancia (asunto T-65/98, *Van den Bergh Foods* y asunto T-112/99, *Métropole télévision*), sólo en el marco preciso del apartado 3 del artículo 81 se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean procompetitivos o anticompetitivos.

⁴⁷ La nulidad prevista en el apartado segundo del artículo 81 TCE impide que los acuerdos incompatibles con el artículo 81 TCE produzcan los efectos jurídicos contemplados por los participantes. Tales acuerdos no vinculan ni a las partes ni a los miembros de la asociación de empresas, y tampoco se pueden hacer valer frente a terceros -apartado 29 de la sentencia del TJCE *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71-. No existen, por tanto, recursos jurídicos que permitan invocar su validez.

La nulidad derivada del ilícito antitrust se produce automáticamente y con efectos *ex tunc* desde el momento en que se concluye el acuerdo contrario al artículo 81 TCE -sentencia del TJCE -*SA Brasserie de Haecht contra Wilkin-Janssen*-, de 6 de febrero de 1973, asunto *Haecht II*-, es decir, produce efectos retroactivos, presentes y futuros y puede afectar, por ello, a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo que se trate, sin que sea necesaria, como establece el artículo 1.1 del Reglamento 1/2003, la previa declaración judicial de nulidad. Por lo tanto, no puede prescribir y el derecho a acogerse a ella también es imprescriptible.

El alcance de la nulidad no puede ser más amplio que la prohibición a la que se aplica. En consecuencia, sólo afecta a los aspectos del acuerdo o decisión cuyo objeto o efecto estriba en limitar la competencia en el mercado común -ver, casos *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*, asunto 56/65; *Consten y Grundig*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64; *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71; y *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*, asunto 319/82-, y ello con la condición suplementaria de que el acuerdo pueda afectar el comercio entre Estados miembros. Esta última condición no debe ser cumplida por cada una de las cláusulas restrictivas de competencia - apartados 95 a 97,

La aplicación del concepto «restricción accesoria» debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81, que se refiere a las ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia. La aplicación del concepto de restricción accesoria no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia, pues ello se reserva al apartado 3 del artículo 81⁴⁸. Que una restricción sea accesoria, necesaria y proporcionada al objeto no anticoncurrencial de una operación principal -el contrato- implica que dicha restricción, aun cuando pueda tipificarse en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE, se le dispensa de someterse al régimen antitrust del artículo 81 TCE.

De este modo en tanto que el principal objeto de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones necesarias para el «buen funcionamiento del acuerdo», tales como las obligaciones destinadas a proteger los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciador -en adelante DPI- y/o la uniformidad y la reputación del sistema de franquicia.

V. LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS, NECESARIAS Y PROPORCIONADAS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia tiene por objeto la transmisión temporal de un modelo de empresa. La principal operación contemplada en el acuerdo no es, por ende, restrictiva de la competencia. Ahora bien, que el objeto del contrato no sea anticoncurrencial no significa que no pueda contener restricciones incompatibles con el apartado 1 del artículo 81 TCE. De hecho, el contrato de franquicia habitualmente incorpora cláusulas restrictivas de la competencia, algunas de las cuales tendrán la condición de «accesorias, necesarias y proporcionadas» y, por tanto, no entrarán en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE -por ejemplo, las necesarias para la tutela de

Windsurfing International/Comisión, asunto 193/83; y *Erauw-Jacquery/ La Hesbignonne*, asunto 27/87, apartado 16-

Los contratos están incluidos íntegramente en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE cuando su parte prohibida y, por consiguiente, nula, forma junto con las otras una entidad indisociable -*Société technique minière/Maschinenbau Ulm*, asunto 56/65; y, *Consten y Grundig*, asuntos acumulados 56/64-. A este respecto, no se trata de preguntarse sobre la capacidad de supervivencia de las partes del contrato que, consideradas aisladamente, no suscitan reservas, sino sobre su relación con las partes del acuerdo o de la decisión que limitan la competencia. Cuando, con arreglo al apartado 2 del artículo 81 TCE, una determinada parte de un acuerdo es nula, las consecuencias civiles para las otras partes disociables dependen del derecho de los Estados miembros. En este punto son determinantes las disposiciones nacionales relativas a la nulidad parcial de los actos jurídicos -Ver, *VAG France/Magne*, asunto 10/86; *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*; y *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*-.

Por todo ello, como conclusión, puede afirmarse que la nulidad fijada por el apartado segundo del artículo 81 equivale a una invalidez pura y simple, de carácter absoluto y a la que todo el mundo puede acogerse a ella -así, apartado 11 de la sentencia del TJCE *Société de vente de ciments et béton/Kerpen y Kerpen*, asunto 319/82; la anteriormente citada sentencia *Béguelin/S.A.G.L. Import Export*; y, más recientemente, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, asunto C- 453/99, apartado 22-.

⁴⁸ Apartado 107 de la sentencia *Métropole télévision*, asunto T-112/99.

los derechos de propiedad intelectual-, mientras que otras, al no ser consideradas «ni accesorias, necesarias y/o proporcionadas», si caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE y, por tanto, para que no sea declaradas nulas de pleno derecho la restricción que se impone deberá cumplir con las condiciones del artículo 81.3 TCE.

Las Directrices 2000 proporcionan una guía útil respecto a la interpretación del carácter accesorio, necesario y proporcionado de las cláusulas restrictivas de la competencia en el contrato de franquicia. Las Directrices parten de que los contratos de franquicia constan de licencias de derechos de propiedad industrial e intelectual relativas a marcas o signos registrados y «conocimientos técnicos» para el uso y la distribución de bienes o la prestación de servicios, las cuales ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el franquiciador o un proveedor designado por éste o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes⁴⁹.

Dada la importancia de los DPI en el seno de los acuerdos de franquicia, las Directrices 2000 reconocen la licitud concurrencial de una serie de obligaciones que, en otro marco, podrían reputarse anticoncurrenciales. Ello por ser consideradas accesorias al contrato de franquicia, así como necesarias y proporcionadas para su correcta ejecución, en tanto se entiende que, por lo general, protegen o tutelan los DPI.

Se trata de las cláusulas de no competencia durante la vigencia del contrato, las cláusulas de confidencialidad, las cláusulas de recesión, las cláusulas derivadas de la violación de los DPI por terceros, las cláusulas de restricciones de uso y las cláusulas respecto a la transmisibilidad del contrato⁵⁰.

⁴⁹ Además reconocen que, durante la vigencia del acuerdo, el franquiciador suele prestar al franquiciado asistencia comercial o técnica, como pueden ser servicios de contratación, formación, asesoría sobre propiedades inmobiliarias, planificación financiera, etc. Tanto la licencia de los DPI como la asistencia forman parte integrante del método comercial que se otorga en régimen de franquicia.

⁵⁰ Apartado 44 de las Directrices 2000: «Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con DPI son necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, están amparadas por el Reglamento de Exención por Categorías: (a) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar; (b) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; (c) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público; (d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; (e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; (f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia; (g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador».

En cambio, no se refiere a otras cláusulas que, tradicionalmente, han venido siendo consideradas «necesarias» para el mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red⁵¹ -ver *infra*-.

1. CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

La imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar -letra a)-, y la de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa -letra b)-, implican de una obligación negativa o de «no hacer» que limita la libertad del franquiciado a acceder al mercado y a competir en él⁵².

La prohibición afecta tanto a competencia directa, esto es, aquella en la que el franquiciado se involucra de forma personal en el ejercicio de un comercio idéntico o similar a aquel que es objeto de la franquicia⁵³; como a la indirecta, es decir, aquella en la que aparece el franquiciado por medio de una persona interpuesta, normalmente una sociedad de capital, y con una participación significativa en la misma o en la que su participación en ésta se produce a través de personas concertadas o testaferros⁵⁴, para el ejercicio de un comercio idéntico o similar a aquel que es objeto de la franquicia⁵⁵.

Las estipulaciones que restringen la libertad del franquiciado de tomar participación en otras sociedades se justifican en la medida en que con ello se tratará de impedir que a través de estas inversiones se burle la prohibición de competencia necesaria para la protección de los DPI del franquiciador, gracias a la aparición de una nueva persona jurídica distinta a la del franquiciado, pero controlada por éste.

No obstante esta limitación no significa necesariamente una prohibición completa de inversión en una entidad competidora, sino que la limitación se refiere a la prohibición de adquirir intereses financieros en el capital de una

⁵¹ Apartados e), f), g), h), e i) del artículo 3.2 del Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

⁵² La licitud concurrencial de este tipo de cláusulas fue admitida ya en el Considerando 16 de la sentencia *Pronuptia* y en el artículo 3.1.c) y d) del Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia. Ver, RUIZ PERIS, J.I. *El contrato...*, cit., pág. 125.

⁵³ Sobre la cláusula de competencia directa se pronunció la Comisión en el caso *Campari*, considerando que tal medida contribuía a mejorar la distribución del producto, evitando la dispersión de los esfuerzos de venta, favoreciendo la constitución de stocks y acortando los tiempos de entrega. Ver, ORTUÑO BAEZA, M.T. *La licencia de Marca*, Marcial Pons, 2000, pág. 466 y 467.

⁵⁴ Sobre ello, RUIZ PERIS, J.I. *La responsabilidad de la dominada en Derecho de Defensa de la Competencia*, Tirant lo blanch, 2004.

⁵⁵ Como se afirma, cuando el franquiciado sea una persona física -tal obligación- puede ser equivalente en la práctica a una obligación de no ejercer ninguna otra actividad. DE COCKBORNE, J.E. «Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence», *Revue Trimestrielle de Droit Communautaire*, 1989, pág. 210. Sobre ello se ha pronunciado, en alguna ocasión, nuestra jurisprudencia. Así, Sentencia de la AP de Navarra de 11 de noviembre de 1999. En nuestra doctrina, ver, GALLEGO SÁNCHEZ, E. *La franquicia*, Trivium, 1991, pág. 147 y 151.

empresa competidora cuando esta adquisición le confiera al franquiciado-inversor la posibilidad de influir en el comportamiento económico de la empresa competidora. Una cláusula más limitativa para el franquiciado podría reputarse contraria al Derecho de la Competencia, pues la imposibilidad de repercutir en el comportamiento económico de la sociedad deja vacío de contenido el peligro que se pretende tutelar.

Toda conducta debida puede provocar importantes perjuicios al franquiciado, por lo que habrá que entender, para evitar situaciones de abuso, que durante el plazo de la prohibición el franquiciado no podrá ejercer ni participar significativamente en sociedades de capital que ejerzan una actividad idéntica a la franquiciada, si bien parece conveniente revisar el concepto de «comercio similar», pues habrá que matizarlo o limitarlo a aquellas actividades en las que se pueda probar que el franquiciado puede utilizar, sin autorización del franquiciador, el *know-how* al que ha tenido acceso por la transmisión del modelo de empresa franquiciada⁵⁶.

2. CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD

La cláusula de confidencialidad⁵⁷, también llamada de prohibición de divulgar u obligación de secreto⁵⁸, es aquella en virtud de la cual el franquiciado se obliga respecto al franquiciador a no revelar a terceros los DPI puestos en su conocimiento tras la celebración del contrato de franquicia, en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público⁵⁹.

La importancia de esta cláusula en el ámbito de la franquicia es tal que parece razonable concluir, dado el carácter reservado del *know-how* -esencial por naturaleza en el mismo⁶⁰-, que esta obligación sería exigible, fuera del

⁵⁶ Similar posición parecen adoptar GALLEGO SÁNCHEZ, E. La franquicia..., cit., pág. 148; y HERNANDO GIMÉNEZ, A. El contrato de franquicia de empresa, Civitas, 2000, pág. 305, nota 104.

⁵⁷ Sobre ello, ver, MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, 1989, pág. 214 y ss; FARRANDO MIGUEL, I. *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, 2001, pág.42 y siguientes; y para la franquicia en concreto, GALLEGO SÁNCHEZ, E. La franquicia..., cit., pág. 143 y 144; y KENFACK, H. *La franchise international*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse I, 1996, pág. 59 y siguientes.

⁵⁸ Es la «*confidentiality clause or provision*» de los países anglosajones.

⁵⁹ La obligación de secreto fue justificada, desde la perspectiva anticoncurrencial, por la Comisión, ya en sus Decisiones de 9 de junio de 1972, caso «*Davidson Rubber*», argumentando el interés de su propietario en que sus conocimientos y experiencia no sean comunicados a otra empresa distinta de la autorizada por él; y caso «*Delta Chemie/DDD*» en el que se considera que la obligación de secreto forma parte del derecho del titular del *know-how* a disponer libremente del mismo, lo que confirma la esencialidad del secreto en el *know-how*. Concretamente, en el ámbito de la franquicia la cláusula de confidencialidad, fue admitida tanto por la Comisión, en sus Decisiones *Yves Rocher*, *Compueterland*, *Servimaster* y *Campari* -las dos primeras para el ámbito de la franquicia de distribución, la tercera para la franquicia de servicios y la cuarta para la franquicia industrial-, como el propio TJCE, aunque de manera indirecta, en la sentencia *Pronuptia*. Igualmente, artículo 3.2.a) del Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

⁶⁰ Así, GÓMEZ-SEGADE, J. A. *El secreto industrial -know-how-. Concepto y protección*, Tecnos, 1974, pág. 148 y 149; GÓMEZ-SEGADE, J.A. «Algunos aspectos de la licencia de Know-how», *ADI*, 1981, pág. 217; MASSAGUER FUENTES, J. El contrato..., cit., pág. 181. En el

ámbito concurrencial, incluso en el supuesto de que no se hubiera recogido expresamente la cláusula en el contrato⁶¹ en virtud de la obligación general de buena fe⁶².

La obligación de secreto no sólo exige al franquiciado que no revele el secreto sino, también, que adopte cuantas medidas fueran necesarias para evitar que terceros puedan apoderarse del mismo⁶³. Para asegurar el respeto a los «conocimientos técnicos» del franquiciador que transmite el franquiciado a sus empleados o asociados suele imponérsele en el propio contrato la obligación de hacer firmar a todas las personas que entren en contacto con la utilización *know-how* transmitido un acuerdo de confidencialidad⁶⁴.

Por ello, el franquiciado también es responsable de la divulgación del *know-how* que pueda haber sido realizada por un miembro de su personal o de sus asociados, tanto durante la vigencia de su relación, como incluso después, siempre y cuando éste siga manteniendo su condición de reservado.

Sólo tiene sentido establecer obligación de confidencialidad respecto a las cuestiones cubiertas por el secreto empresarial, pero no respecto a aquellos extremos relativos a la actividad objeto de la franquicia que, como cualquier otra actividad empresarial no tutelada específicamente por el ordenamiento, deben estar sometidas a la regla de libre imitación en beneficio de una rápida difusión de iniciativas eficientes en el mercado en beneficio de los consumidores y de la economía en general⁶⁵.

sector concreto de la franquicia, HERNANDO GIMÉNEZ, A. El contrato..., cit., pág. 245 y siguientes. No obstante no debe desconocerse la existencia de una corriente doctrinal extranjera contraria a la condición esencial del secreto en el *know-how*, ver doctrina en GÓMEZ-SEGADE, J.A. Entorno al concepto..., cit., pág. 426, nota 66.

⁶¹ Teniendo en cuenta que el carácter expreso no se limita a la plasmación por escrito del mismo sino que será posible la existencia de acuerdos de confidencialidad verbales. En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I. El deber de..., cit. pág. 49, nota 115. El autor sigue la jurisprudencia inglesa que emana de la sentencia «*Portal versus Hine*» de 1887, 4 TLR 330.

⁶² Por todos, MASSAGUER FUENTES, J. El contrato..., cit., pág. 214; y GÓMEZ-SEGADE, J.A. Algunos aspectos de la..., cit., pág. 217. En contra, BIANCHI, A. «Riflesiguientesione preliminar in tema di contratti di *know-how*», en *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale* (dir. VERRUCOLI), 1978, pág. 309 a 314.

⁶³ MASSAGUER FUENTES, J. El contrato..., cit., pág. 215. Sobre las medidas prácticas que las empresas pueden adoptar su consecución, DELEUZE, J.M. *Le contrat de transfert de processus technologique*, Paris, 1979, pág. 63 y ss.

⁶⁴ No obstante, conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, por una parte, la obligación de guardar de secreto de los trabajadores se incluye dentro de los deberes de los trabajadores que establece el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; y, por otra, la existencia de una norma que se encarga de declarar como acto de competencia desleal la violación de secretos, artículo 13 de la Ley de competencia desleal, en virtud del cual se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto o cuando haya mediado inducción a la infracción contractual. Asimismo tendrán la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

⁶⁵ La Comisión ha reconocido como límite implícito al deber de secreto del *know-how* el hecho de que éste todavía conserve tal condición. En este sentido ver las Decisiones «*Rich Products/Jus-rol*» y «*Delta Chemie/DDD*».

3. CLÁUSULAS DE RETROCESIÓN

Otra cláusula a la que se le reconoce el carácter accesorio, necesario y proporcional dentro del seno de un contrato de franquicia es la relativa a la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia⁶⁶.

La cláusula de retrocesión esta relacionada con las mejoras o perfeccionamientos técnicos que un franquiciado puede realizar en el *know-how* transmitido por el franquiciador⁶⁷, obligando a éste a transmitir a aquel las mejoras que ha obtenido respecto del *know-how* durante la explotación de la franquicia⁶⁸.

Esta es una cuestión de vital importancia, pues permitirá a todos los miembros de la red adaptarse más rápidamente, por la experiencia vivida por alguno de ellos, a las nuevas necesidades del mercado, dada la globalización del consumo, aumentando lógicamente su competitividad⁶⁹.

La cláusula de retorno puede adoptar varias modalidades. La *assignment-back*, que obliga al franquiciado a «ceder» al franquiciador el derecho de propiedad industrial sobre las innovaciones, invenciones o mejoras conseguidas a partir del *know-how* franquiciado; o la de *license-back*, que obliga al franquiciado a conceder al franquiciador una licencia para la explotación del *know-how* o de los derechos de propiedad intelectual sobre las innovaciones, invenciones o mejoras conseguidas a partir del *know-how* franquiciado.

Las Directrices 2000 reconocen la licitud concurrencial de la *license-back*, siempre que no sea exclusiva, pero no de la *license-back* exclusiva ni de la *assignment-back*, que en el ámbito comunitario, aunque fuera del sistema

⁶⁶ Su carácter accesorio también venía reconocido por el artículo 3.2.b) del Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

⁶⁷ Esta cláusula también es conocida como cláusula de retorno, *grant-back*, de *feed-back*, de *perfectionnement*, de *remontée d'informaions*, o d'innovations. Sobre ella ver, MASSAGUER FUENTES, J. El contrato..., cit., pág. 284 y siguientes. En el concreto ámbito de la franquicia, GALLEGO SÁNCHEZ, E. La franquicia., cit., pág. 144 y ss.

⁶⁸ Sobre su justificación anticoncurrencial se pronunció la Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1972, caso *Raymond Nagoya*, entendiéndose que la cláusula de retorno de conocimientos constituye una exigencia de la explotación del *know-how* a través de negocios jurídicos, pues siendo el *know-how* tecnología por naturaleza en continua evolución, el contrato de comunicación debe originar el establecimiento de un flujo de tecnología entre las partes que asegure el acceso a las innovaciones referidas al *know-how* y en el que ambas están interesadas.

⁶⁹ Si bien, no existe ninguna disposición legal en la que, a falta de pacto expreso, pueda fundamentarse esta obligación, de ahí la importancia de incluir la cláusula específica en el contrato. Ver, MASSAGUER FUENTES, J. El contrato..., cit., pág. 284, nota 578. El autor analiza las dos posiciones existentes sobre la no existencia de un pacto expreso de retorno de las mejoras en el ámbito de las patentes.

de franquicia, han sido consideradas también como cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia⁷⁰.

No hay duda que los perfeccionamientos no dissociables no pueden ser explotados por el franquiciado sin permiso del franquiciador, pues ello violaría los derechos del titular de la red, supondría un incumplimiento contractual y constituiría un acto de competencia desleal. En cambio no ocurre lo mismo en el caso de mejoras o perfeccionamientos dissociables o independientes.

Un perfeccionamiento o una mejora se considera dissociable o independiente cuando puede explotarse sin transgredir la tecnología o know-how transmitido. Si se obliga al franquiciado a conceder al franquiciador una licencia exclusiva referente a los perfeccionamientos dissociables o a cederle tales perfeccionamientos, es probable que aquel se muestre menos proclive a innovar y desarrollar nuevas técnicas que contribuyan al avance de la ciencia y el mercado, es decir, reduciría considerablemente sus incentivos, ya que tal obligación le impedirá explotar sus perfeccionamientos, entre otras maneras, concediendo licencias a terceros distintos del franquiciador.

La Comunicación considera restricciones accesorias las obligaciones de retorno no exclusivas de los derechos sobre perfeccionamientos dissociables. Cabe preguntarse si ello es así incluso en el caso de que estas obligaciones no sean recíprocas, es decir, sólo afectan al franquiciado y no al franquiciador, quién se reservará el derecho a transmitir los perfeccionamientos dissociables a terceros externos a la red.

Tal proceder es admitido por la Comisión en materia de transferencia de tecnología⁷¹, y su justificación gira en torno a la misma idea: los incentivos o motivaciones, en este caso, del franquiciador. Una obligación de retrocesión no recíproca de los derechos sobre perfeccionamientos o nuevas aplicaciones del know-how del franquiciador puede favorecer la innovación y la difusión de la nueva tecnología permitiendo al franquiciador decidir libremente en qué medida transfiere sus propios perfeccionamientos a sus franquiciados.

4. CLÁUSULAS DERIVADAS DE LA VIOLACIÓN DE LOS DPI POR TERCEROS

La imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores,

⁷⁰ Así se pronunció la Comisión en un asunto de licencia de derechos de obtenciones vegetales, caso «Rosas» de 31 de diciembre de 1985. En el mismo sentido se han pronunciado, MASSAGUER FUENTES, J. El contrato..., cit., pág. 288; y para la franquicia en concreto, KENFACK, H. La franchise..., cit., pág. 52, nota 214. La misma posición se adopta en el Reglamento 772/2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología -artículo 5.1- y en sus Directrices -puntos 108 y ss-.

⁷¹ Punto 109 de las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología [Diario Oficial C 101 de 27 de abril de 2004].

es otra cláusula tradicionalmente calificada como «accesoria, necesaria y proporcionada» en el contrato de franquicia⁷².

Su justificación radica en que franquiciador y franquiciado comparten el interés de que los DPI, propios del primero y explotados por el segundo, sean protegidos de modo tal que resulten inaccesibles para terceros. Por ello, en tanto que es posible que el franquiciador que transmite los DPI al franquiciado no tenga capacidad suficiente para conocer cualquier violación de sus derechos, que perjudique tanto a éste como a terceros integrantes de la red, en el territorio del franquiciado, es necesario que se obligue a éste a informar de las infracciones –que conociera– de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia y, en su caso, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores⁷³.

5. CLÁUSULAS DE RESTRICCIONES DE USO

Las cláusulas de restricciones de uso se plasman en la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia. Su finalidad es evitar que el franquiciado use el *know-how* del franquiciador en cualquier actividad comercial sin compensar económicamente a éste.

Se trata de una cláusula más genérica que la de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar, pues no se limita a actividades que entren en competencia con la actividad franquiciada, sino a cualquier actividad en general en la que sea posible obtener una ventaja competitiva respecto de los demás competidores gracias al uso ilegítimo del *know-how* del franquiciador⁷⁴.

⁷² Artículo 3.2.c) del Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

⁷³ Esta obligación, clásica del derecho antitrust, fue analizada por la Comisión en la Decisión de 23 de diciembre de 1977, caso Campari. En el mismo, los franquiciados se obligaban a informar al franquiciador de todas las violaciones del derecho de arca de las que tuvieran conocimiento y el franquiciador se reservaba el derecho de ordenar a los licenciarios el ejercicio de las correspondientes acciones frente a terceros infractores del derecho, otorgándoles a tal fin los poderes correspondientes. La Comisión estimaba que esta cláusula no integraba el supuesto del artículo 81.1, tomando en consideración que, según la información ofrecida por el propio franquiciador, la obligación de los franquiciados de comunicar todas las infracciones de las que tuvieran conocimiento no comprendía las importaciones en los territorios bajo licencia del producto original italiano o de los productos fabricados bajo licencia en otro Estado miembro.

⁷⁴ El carácter accesorio de este tipo de estipulaciones ya venía recogido por el artículo 3.2.d) del Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, que –además– justificaba la posibilidad de mantener dicha obligación con posterioridad a la extinción del contrato. Con ello la Comisión seguía la línea iniciada en los «Considerando» 25.ii) de la Decisión *Pronuptia*, 40 de la *Yves Rocher* y 13 de la *Service Master*. La doctrina ha apuntado el problema que esta cláusula plantea en el supuesto de que el franquicia fuera comerciante del sector antes de la incorporación a la red de franquicia y parte del *know-how*

6. CLÁUSULAS RESPECTO A LA TRANSMISIBILIDAD DEL CONTRATO

En último lugar, la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador es -probablemente- la más conflictiva de las obligaciones reconocidas como accesorias, necesarias y proporcionadas al contrato de franquicia.

El contrato de franquicia ha sido considerado tradicionalmente como un contrato *intuitu personae* en base a la relación de confianza que debe de existir entre el franquiciador y el franquiciado, o entre aquellos sujetos socios de la sociedad franquiciada cuando sea una persona jurídica⁷⁵. Ello se apoya en la cuidadosa selección que realizan el franquiciador y el franquiciado a la hora de decidir contratar con unos u otros, atendiendo a criterios no sólo económicos sino también personales.

Así, los contratos de franquicia suelen contener limitaciones a la libre transmisibilidad de los derechos derivados de los mismos, que impiden al franquiciado en muchas ocasiones ceder *inter vivos* la franquicia a terceros sin el consentimiento del franquiciador, aun cuando el potencial nuevo franquiciado que sustituyese al anterior cumpliera las características que el franquiciador viene exigiendo a los potenciales franquiciados con los que habitualmente contrata⁷⁶.

La justificación tradicional del derecho antitrust respecto al carácter accesorio, necesario y proporcional de dicha limitación estriba en su consideración como «absolutamente indispensable para proteger los conocimientos técnicos y la ayuda prestada por el cedente». Así se reconoció expresamente por la Comisión en el Considerando 12 de la Decisión *Servimaster*, de 14 de noviembre de 1988.

El sistema de franquicia es, por naturaleza, un sistema *intuitu personae*, esto es, atiende a las cualidades del potencial franquiciado, pero no es un contrato personalísimo, esto es, el franquiciador no contrata con A

transmitido ya ferra dominado por éste antes de la comunicación. Ver, RUIZ PERIS, J.I. El contrato..., cit., pág. 132.

⁷⁵ En nuestro ordenamiento jurídico, ver, sentencias de la AP de Barcelona de 12 de febrero de 2003, de Huesca de 20 de noviembre de 1998, y de La Rioja de 13 de julio de 1992, entre otras.

⁷⁶ La imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia, sin el consentimiento del franquiciador, es un clásico del derecho antitrust europeo. Aunque en el considerando 20 de la sentencia «*Pronuptia*» la obligación venía justificada exclusivamente en función del derecho del franquiciado a escoger libremente sus franquiciados -como también se había pronunciado sobre ello el sistema norteamericano «*Klor's, Inc. versus Broadway-Hale Stores Inc.*» 339 US 207, 79 S. Ct. 705, 3 L. Ed. 2d 741 (1959). El supuesto fue analizado como una negativa de venta o negativa a contratar, considerando que sólo en aquellos casos en que la negativa es parte de una práctica conscientemente paralela o de un grupo de boicot, que tengan como finalidad excluir una firma del mercado, estarán prohibidas por la normas *antitrust*- esta cláusula, en su contenido actual, fue posteriormente admitida por la Comisión, en el Considerando 12 de la Decisión «*Servimaster*», calificándola como «absolutamente indispensable para proteger los conocimientos técnicos y la ayuda prestados por el cedente» y equiparándola a la cláusula que prohíbe al franquiciado vender el negocio sin el consentimiento del franquicia.

por ser A sino por la cualidades que *a priori*, y tras un largo proceso de negociación, considera que posee *-intuitu personae-*. Ello hasta el punto de que, habitualmente, los franquiciadores poseen circulares internas en las que se describen las cualidades que debe poseer un potencial franquiciado de su red –especialmente útil cuando la red posee subfranquiciadores⁷⁷⁻.

El problema que la legitimación antitrust de dicha limitación acontece en los ordenamientos europeos radica en que, a diferencia de algunos Estados de Norteamérica, no existen reglas fuera del Derecho antitrust que corrijan las posibles situaciones de abuso por parte de los franquiciadores.

La necesidad de que un franquiciador deba prestar su consentimiento a la transmisibilidad de un contrato de franquicia tiene sentido por la especial naturaleza del contrato, pero presenta un efecto perverso que debería ser contrareestado por normas específicas aplicables a los mismos.

Un sistema como el actual, sin regulación de la negativa del franquiciador a la cesión de la franquicia, supone un problema para el franquiciado que, por determinadas razones –por ejemplo, un cambio de residencia justificado-, desea abandonar la relación comercial, sin tener que asumir las consecuencias de la extinción del contrato. Ello por cuanto, aunque procediera a la búsqueda de un candidato que reuniese una serie de condiciones que, *a priori*, considera que serán admitidas por el franquiciador, con la finalidad de que se proceda a la sub-entrada del tercero en el contrato de franquicia, en última instancia será necesario el consentimiento de éste.

La falta de medidas destinadas a regular este concreto problema de los contratos de distribución de larga duración conlleva que, salvo supuestos claramente contrarios a la regla de la buena fe, el franquiciador pueda negarse a prestar su consentimiento sin necesidad de justificar su decisión, limitando el derecho del franquiciado a disponer del negocio objeto de franquicia y, por ende, de su negocio.

En algunos Estados norteamericanos existen reglas específicas para contravenir el efecto perverso que la legitimidad antitrust de la cláusula conlleva, exigiendo –como regla general- que la negativa del franquiciador a prestar su consentimiento debe tener «justa causa»⁷⁸. Este es el caso de Estados como *Iowa, Arkansa, Nebraska, New Jersey, Michigan o Hawaii*, entre otros⁷⁹.

⁷⁷ También denominado franquiciado principal, franquiciador maestro o, directamente, *master franchise*. Sobre el mismo, UNIDROIT. *Guide to international master franchise*, Roma, 1991; ALBARIC, C. *La franchise principale*, These de l'Universite Montpellier 1, 1998; ZWISLER, C. *Master franchising*, CCH Incorporated, 1999; y MENDELSON/ RUDNICK. *Negotiating an International Master Franchise Agreement*, Sweet & Maxwell, 2002.

⁷⁸ Sobre estas cuestiones, entre otros, SIEGEL/PLATTNER. «Saying no: franchisor exposure for franchisee transfer restrictions», *Franchise Law Journal*, v. 16, nº 4, 1997, pág. 131y ss; HERSHMAN/CAFFEY. «Structuring a unit franchise relationship», *Fundamentals of franchising* (dir. BARKOFF/SELDEN), ABA, 2004, pág. 85 y ss; PENDER/COLEMAN. «Termination, non renewal and transfer», *Franchise law compliance manual* (dir. GOLMAN/LOWEL), ABA, 2000, pág. 393 y ss; PITEGOFF, T. «Franchise relationships laws: a minefield for franchisors», *Building franchise relationships* (dir. HURWITZ/BUCHSBAUM), ABA, 1996, pág. 152 y ss.

⁷⁹ Un estudio pormenorizado de las distintas normativas estadounidenses, con secciones dedicadas al análisis de la transferencia del contrato de franquicia en cada Estado

En estos dos últimos Estados, además, se establece una lista abierta de supuestos ejemplificativos de lo que debe entenderse por «causa justa»: que el tercero propuesto por el franquiciado sea un competidor de la red; que el tercero propuesto no reúna las condiciones habitualmente exigidas por el franquiciador para la incorporación a la red; o que, aun cumpliéndolas, sea razonable considerar que dicho tercero no va a poder acarrear con la correcta ejecución del concreto contrato que se desea transmitir, tanto desde la perspectiva de explotación de la red como desde la perspectiva financiera del contrato⁸⁰.

La consecuencia de tal regulación es que el mantenimiento injustificado de la prestación del consentimiento por parte del franquiciador, en relación con la cesión del contrato a un tercero, en supuestos como la transmisión del mismo a un tercero que ya es miembro de la red o a un experimentado empresario del sector que no es, o deja de ser, competidor de la red, entre otros, conlleva un incumplimiento por parte del franquiciador.

El establecimiento de condiciones específicas para la cesión libre de la franquicia es un sistema que puede resultar positivo tanto para el franquiciador como para el franquiciado, y tutela adecuadamente los intereses del primero, evitándose una restricción que puede resultar excesiva de los derechos que al franquiciado le corresponden sobre su empresa, en particular su derecho a disponer de ésta.

La posibilidad de transmitir libremente el objeto del negocio de franquicia no supone, por ejemplo, gravar económicamente al franquiciador debiendo formar nuevamente al tercero, asistiéndolo, etcétera, puesto que los gastos de ello correrán a cargo del franquiciado que desea salirse de la red -lo que sin duda será más rentable para él que la extinción del contrato-; e incluso, será más rentable para el franquiciador en tanto que, por ejemplo, no se procederá al cierre de uno de los establecimientos de su red, con el perjuicio que ello supone para la imagen empresarial de la red, ni tendrá que soportar a un miembro que no desea formar parte de su sistema.

En cambio, exigir inevitablemente el consentimiento del franquiciador puede resultar la eliminación de dicha posibilidad, incluso en supuestos de condiciones plenamente equiparables entre sujetos, restringiendo de manera posiblemente excesiva un derecho característico de todo empresario, como es la posibilidad de disponer del mismo.

Norteamérica, ver, MICHAEL GARNER, W. *Franchise Desk Book: Selected State Laws, Commentary and Annotations*, ABA, 2001.

⁸⁰ Abundante es la jurisprudencia estadounidense sobre la cuestión. Así, ver, en relación a los últimos cinco años, COLEMAN/SCHUMACHER. *Annual Franchise and Distribution Law Developments*, ABA, años 2002, 2003, 2004 y 2005. Por recoger algunos asuntos, *Town and Country Ford, Inc. v. Ford Motor Co.*, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 8660 (N.D. Ga. June 7, 1985) -donde se admitió como causa justa la falta de experiencia empresarial del tercero propuesto-; *In Pioneer Ford Sales, Inc.* 729 F.2d 27, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 8132 (5th Cir. 1982) y *Philadelphia Fast Foods, Inc. v. Popeye's Famous Fried Chicken, Inc.*, 647 F. Supp. 216, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 8584 (E.D. Pa. 1986) -donde la pobre ejecución por parte del tercero propuesto por el franquiciado justificó la negativa del franquiciador; o *Hawkins v. Holiday Inns, Inc.* 634 F.2d 342, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 7568 (6th Cir. 1980) y *Rickel v. Schwinn Bicycle Co.*, 192 Cal. Rptr. 732, Business Franchise Guide (CCH) ¶ 8035 (Cal. Ct. App. 1983) -donde se consideró causa justa la negativa del franquiciador a la transmisión del contrato a un competidor.

Téngase en cuenta que, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico existen algunos casos especiales, que presentan en común con el contrato de franquicia la desigualdad de poder económico, estructural, de información, etcétera, existente entre las partes del contrato, en los que es posible la cesión automática de contratos, como es el caso del artículo 34 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, y el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, de 10 de marzo de 1980.

7. CLÁUSULAS RELATIVAS AL MANTENIMIENTO DE LA IDENTIDAD COMÚN Y LA REPUTACIÓN DE LA RED

Pese a que las Directrices 2000 no se refieren expresamente al carácter accesorio, necesario y proporcionado de las cláusulas relativas al mantenimiento de la identidad común y la reputación, en la medida en que éstas están directamente relacionadas con la operación principal no restrictiva, son objetivamente indefectibles para su realización, y la relación causa-efecto es ajustada, parece que habrá de atribuírseles tal condición a las mismas.

Este es el caso de, entre otras, la obligación del franquiciado de asistir y hacer asistir a su personal a cursos de formación organizados por el franquiciador; de aplicar los métodos comerciales elaborados por el franquiciador, así como sus sucesivas modificaciones y utilizar los derechos de propiedad industrial o intelectual concedidos; cumplir las normas del franquiciador en cuanto al material y a la presentación de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato; permitir al franquiciador que éste efectúe controles en sus locales y/o medios de transporte objeto del contrato; y/o no cambiar la ubicación de los locales objeto del contrato sin el consentimiento del franquiciador.

Uno de los factores más importantes en todo sistema de red, principalmente en el de franquicias, es el mantenimiento de una imagen de marca uniforme. La imagen de marca es reflejo de la conjunción de todos los elementos de la franquicia que permiten ejercer sobre el consumidor un efecto atractivo a través de la identificación de un modelo de empresa concreto que conoce⁸¹, de ahí la necesidad de conseguir y mantener tal efecto.

La obligación que impone a los franquiciados seguir cursos de formación y procurar que sus empleados dominen el sistema propio del franquiciador constituye un medio justificado que permiten garantizar que todo franquiciado de la red gestionará la franquicia de acuerdo con las normas comerciales establecidas por el franquiciador⁸².

En igual medida, la cláusula que exige la aplicación de los métodos comerciales puestos a punto por el franquiciador y la de utilizar el know-how transmitido, aunque supone obviamente una limitación de la autonomía

⁸¹ Es a lo que la Comisión ha calificado como «*algo que aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad*», punto 116.8 de las Directrices 2000.

⁸² Ver, punto 23.i) de la Decisión Computerland de 13 de julio de 1987.

comercial del franquiciado, es también necesaria para el mantenimiento de la identidad de la red⁸³.

Por su parte, la posibilidad de que el franquiciador pueda obligar a los franquiciados a utilizar una decoración determinada en el establecimiento franquiciado se erige como otra medida tendente a conseguir la homogeneidad de la red.

La identidad de las redes de franquicia no sólo se refleja en el uso por parte de todos los franquiciados de los signos distintivos del franquiciador, sino también en un amoblado, disposición y decoración uniforme de los establecimientos de éstos⁸⁴. Ahora bien, la homogeneidad o unidad a la que se refiere esta medida no debe confundirse con identidad, puesto que para que se produzca la asociación por parte del consumidor de los distintos establecimientos bastará la identidad de los elementos más relevantes de la decoración y de los materiales usados en ella, permitiéndose variaciones autorizadas por el franquiciador relativas a la zona geográfica donde se encuentre el establecimiento o a las circunstancias concretas del local en cuestión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003* (dir. GARRIDO ESPA, L.), Cuadernos de derecho judicial, 2004. ALBARIC, C. *La franchise principale*, These de l'Université Montpellier 1, 1998. ALFARO, J. «Autorizar lo que está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales», *GJ*, nº 229, 2004. ALFARO, J. «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia», *Indret*, 253, 2004. ALONSO SOTO, R. «Distribución comercial y derecho de la competencia», *Distribución y consumo*, nº 12, 1993. ALVAREZ, E. M. «Distribución de automóviles y política de competencia», *Revista de estudios europeos*, nº 36, 2004. AREEDA, P. *The «rule of reason» in antitrust analysis: general issues*, Federal Judicial Center, 1981. ARROYO APARICIO, A. «La aplicación descentralizada de los arts.81 y 82 del tratado CE según el reglamento CE núm. 1/2003», *Estudios de Derecho de la competencia* (coord. FONT GALÁN/PINO Abad), Marcial Pons, 2005. BACHES OPI/RODRÍGUEZ ENCINAS. «El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología», *RDM*, nº 255, 2005. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 2004. BIANCHI, A. «Riflesiguientsione preliminari in tema di contratti di know-how», en *Nuovi tipi contattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale* (dir. VERRUCOLI), 1978. COLEMAN/SCHUMACHER. *Annual Franchise and Distribution Law Developments*, ABA, 2002, 2003, 2004 y 2005. COSTAS COMESAÑA, J. *Los cárteles de crisis: crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, 1997. COSTAS COMESAÑA, J. «El Reglamento CE 1/2003: de la prohibición con autorización previa centralizada a la excepción legal directamente aplicable y descentralizada de artículos 81 y 82 del Tratado CE», *ADI*, Tomo 23, 2003. DE BRONET, G. *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, Luchterhand, 2005. DE COCKBORNE, J.E. «Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrente», *Revue Trimestrielle de Droit Communautaire*, 1989. DELEUZE, J.M. *Le contrat de transfert de processus technologique*, Paris, 1979. DREXL, J. «El nuevo reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología (RECAT) en la tensión entre economización y seguridad jurídica», *ADI*, Tomo 25, 2004. ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. «Acuerdos verticales», *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones*

⁸³ Ver, Considerando 18 de la Sentencia Pronuptia.

⁸⁴ La misma opinión parece mantener las Directrices 2000 cuando en el punto 201 entiende que la decoración de las tiendas es un elemento que conforma la «imagen uniforme de la red».

públicas) -coord. VELASCO SAN PEDRO-, Lex nova, 2005. FARRANDO MIGUEL, I. *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, 2001. FUENTES NÚÑEZ, L. «El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre Restricciones Verticales y el «nuevo enfoque» de la Comisión», *DN*, nº 79, 1997. GALÁN CORONA, E. «Notas sobre el Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», *RDCE*, nº 15, 2003. GALLEGO SÁNCHEZ, E. *La franquicia*, Trivium, 1991. GOEBEL, R.J. «The Uneasy Fate of Franchising Under EEC Antitrust Laws», *ELR*, 1985; GÓMEZ TRINIDAD, S. *El Reglamento 1/2003 y la finalización del procedimiento de defensa de la competencia seguido ante la Comisión Europea*, Marcial Pons, 2007. GÓMEZ-SEGADE, J. A. *El secreto industrial -know-how-. Concepto y protección*, Tecnos, 1974. GÓMEZ-SEGADE, J.A. «Algunos aspectos de la licencia de Know-how», *ADI*, 1981. GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, A. «Proceso de reforma de la política sobre restricciones verticales a la competencia: el libro verde y sus consecuencias», *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (coord. Ortiz Blanco/Cohen/Sequeros), Dykinson, vol. 3, 1999. HARTLEY, J.E. *The rule of reason*, ABA, 1999. HERNANDO GIMÉNEZ, A. El contrato de franquicia de empresa, Civitas, 2000. HERSHMAN/CAFFEY. «Structuring a unit franchise relationship», *Fundamentals of franchising* (dir. BARKOFF/SELDEN), ABA, 2004. IDOT, I. «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)», *CDE*, vol. 39, nº 3-4, 2003. ILLESCAS ORTIZ, R. «Capítulo 38: Derecho de la competencia: la libre competencia», *Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, coord.), Ariel, vol. I, 2003. IMMENGA/MESTMÄCKER. *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 3 Auflage, Beck-Verlag, 2001. KAMANN/BERGMANN. «Die neue EG-Kartellverfahrensordnung - Auswirkungen auf die unternehmerische Vertragspraxis», *Betriebs Berater*, nº 15, 2003. KORAN, V. *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Ed. Pórtland, 2004. KENFACK, H. *La franchise international*, Thèse de doctorat, Université deToulouse I, 1996. KJOLBYE, L. «The New Commission Guidelines on the Application of Article 81 (3): An Economic Approach to Article 81», *European Competition Law Review*, nº 25, 2004. MARTÍ MIRAVALLS, J. «El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario: acuerdos verticales», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 18, 2007. MARTÍN ARESTI, P. «Consideraciones sobre el umbral de cuota de mercado y la relación de competencia entre las partes como condiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 772/2004 sobre los acuerdos de transferencia de tecnología», *ADI*, Tomo 25, 2004. MARTÍN ARESTI, P. «El control sobre acuerdos de transferencia de tecnología: el Reglamento (CE) n.º 772/04», *DN*, nº 184, 2006. MASSAGUER FUENTES, J. El contrato de licencia de know-how, Bosch, 1989. MASSAGUER FUENTES, J. «El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de know-how tras la reforma del derecho español de defensa de la competencia», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1992. MENDELSON/ RUDNICK. *Negotiating an International Master Franchise Agreement*, Sweet & Maxwell, 2002. MENDELSON/ROSE. *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, Aspen publishers, 2002. MICHAEL GARNER, W. *Franchise Desk Book: Selected State Laws, Commentary and Annotations*, ABA, 2001. MIRANDA SERRANO, L.M. «Restricciones accesorias y prácticas colusorias», *DN*, nº 122, 2000. MIRANDA SERRANO, L.M. *Las Concentraciones económicas. Derecho Europeo y Español*, La Ley, 1994. MORENO-TAPIA RIVAS/FERNÁNDEZ VICIÉN. «La nueva regulación comunitaria de las Restricciones Verticales», *DN*, nº 125, 2001. ORTUÑO BAEZA, M.T. «Acuerdos verticales y derecho de la competencia: Comentarios al Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de Diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 de I Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», *Noticias de la Unión Europea*, nº 204, 2002. ORTUÑO BAEZA, M.T. *La licencia de Marca*, Marcial Pons, 2000. PASCUAL VICENTE, J. «La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia», *Anuario de la competencia*, nº 1, 2002. PENDER/COLEMAN. «Termination, non renewal and transfer», *Franchise law compliance manual* (dir. GOLMAN/LOWEL), ABA, 2000. PITEGOFF, T. «Franchise relationships laws: a minefield for franchisors», *Building franchise relationships* (dir. HURWITZ/BUCHSBAUM), ABA, 1996. QUINTÁNS EIRAS, M.R. «Las directrices sobre restricciones verticales, complementarias del reglamento 2790/99», *ADI*, nº 21, 2000. RUIZ PERIS, J.I. *La responsabilidad de la dominada en Derecho de Defensa de la Competencia*, Tirant lo blanch, 2004. RUIZ PERIS, J.I. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, 1991. SABIDO RODRÍGUEZ, M. «Los acuerdos de transferencia de tecnología : el nuevo reglamento 772/04 de exención por categoría», *Cuestiones actuales del*

derecho mercantil internacional (dir. CALVO CARAVACA/AREAL LUDEÑA), Colex, 2005. SIEGEL/PLATTNER. «Saying no: franchisor exposure for franchisee transfer restrictions», *Franchise Law Journal*, v. 16, n° 4, 1997. SOLER MASOTA, P. «Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria», *Revista general de derecho*, n° 658-659, 1999. TOBÍO RIVAS, A.M. «Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?» *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 18, 1997. UNIDROIT. *Guide to international master franchise*, Roma, 1991. VELASCO SAN PEDRO, L.A. «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)* -coord. VELASCO SAN PEDRO-, Lex nova, 2005. VENIT, J.S. «Pronuptia: the doctrine and discipline of ancillary restraints - or unholy alliances: the marriage of per se and reason», *ELR*, n° 11, 1986. VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo blanch, 2003. WHISH, R. «Regulation 2790/99: The Commission's «new style» block exemption for vertical agreements», *Common market law review*, vol. 37, n° 4, 2000. WHISH, R. *Competition Law*, Fifth Edition, 2005. ZURIMENDI ISLA, A. Las restricciones verticales a la libre competencia, Thompson-Civitas, 2006. ZWISLER, C. *Master franchising*, CCH Incorporated, 1999.