

**Biotecnologia\_privado\_Antitruste**  
**#Lei Antitruste, transferência de Tecnologia, licenciamento e direitos**

**DIRETRIZES BÁSICAS PARA O EXAME DE CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E LICENCIAMENTO DE DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB UMA PERSPECTIVA DO DIREITO ANTITRUSTE**

**GRUPO DE TRABALHO – “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**

Participantes:

- 1) Gustavo Leonardos
- 2) Cláudio Barbosa
- 3) José Carlos Vaz e Dias
- 4) João Assafim
- 5) Mariangela Vassallo
- 6) Daniela Silva

**CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

1. Constitui fato indiscutível que, nos 10 anos de vigência da Lei 8.884/94 e nos 15 anos de encerramento da política de substituição de importação, o mercado brasileiro adquiriu contornos mais liberais. Assim, os agentes econômicos passaram a atuar livremente, em um ambiente concorrencial para a conquista de clientela, e exercitar os seus instrumentos de mercado, principalmente o preço, sem que viessem infringir necessariamente a ordem econômica e o ditame da livre concorrência preconizado pela Constituição Federal.
2. Concomitantemente, o Acordo TRIPS foi inserido no ordenamento brasileiro, por meio do Decreto n. 1.355/94, e a nova lei de propriedade industrial (Lei 9.279/96) foi promulgada em maio de 1996, sendo que ambas reforçaram a propriedade sobre as criações intelectuais e os direitos e obrigações de seus titulares.
3. Essa nova realidade mercadológica vem sendo acompanhada pelo fortalecimento gradual dos órgãos da concorrência (CADE, SDE e SEAE), que julgam a cada ano um número crescente de fusões e incorporações,

procedimentos administrativos para averiguação da legalidade de condutas comerciais<sup>1</sup>, bem como determinam políticas específicas para o combate de infrações concorrenciais, tal como a repressão declarada aos cartéis.

4. Não obstante, foram pouquíssimos os casos examinados pelos órgãos da concorrência, especialmente o CADE e a SDE, envolvendo a exploração dos direitos da propriedade intelectual e os contratos comerciais de transferência de tecnologia e licenciamento de direitos da propriedade intelectual. Ainda, observa-se que enquanto o CADE apresentou decisões fundamentadas e coerentes, como o da Consulta Prévia sobre licença compulsória<sup>2</sup>, este mesmo órgão demonstrou um notório desconhecimento sobre a matéria, na decisão sobre a legalidade do proposto contrato de franquia da Monsanto<sup>3</sup>.
5. Ainda, o INPI vem surpreendendo com incursões freqüentes nesse ramo do direito e alertando as partes sobre a possibilidade de algumas cláusulas presentes nos contratos de transferência de tecnologia causarem danos à concorrência. Pelo fato de o INPI ter sido um órgão investido dos poderes de análise e julgamento das condutas contratuais, sob uma perspectiva concorrencial (durante a vigência do ato Normativo n. 15/75), esse tipo de pronunciamento vem causando apreensão e insegurança nas partes contratantes e em outros agentes econômicos que adotam ou desejam adotar cláusulas semelhantes em seus contratos.
6. Por outro lado, é reconhecida a importância dos direitos da propriedade intelectual e dos contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos para a formação de um mercado competitivo<sup>4</sup>. Esses contratos comerciais promovem uma dinâmica competitiva, pois dão ao titular dos direitos da propriedade intelectual uma chance para recuperar o investimento em pesquisa e desenvolvimento e obter lucratividade para a sua atividade empresária. Ainda, esses contratos permitem uma disseminação de conhecimentos tecnológicos, bem como um aprimoramento da produção com a utilização da tecnologia do licenciante na unidade industrial da licenciada. Como se não bastasse, o licenciamento

---

<sup>1</sup> Relatórios anuais do CADE entre 1996 a 2003. Vide também o “Relatório de Gestão (Exercício 2003)”, publicado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

<sup>2</sup> Consulta n. 031/99, emitida pelo CADE em 31/03/1999. Relator: Conselheiro Mércio Felsky.:

<sup>3</sup> Consulta no. 039/99, emitida pelo CADE em 19/01/2000. Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano.

<sup>4</sup> Os contratos de transferência de tecnologia são acordos de vontade pelo qual uma pessoa, física ou jurídica, se obriga a disponibilizar a outros conhecimentos tecnológicos, protegidos ou não pelos direitos da propriedade industrial, bem como sinais distintivos para a fabricação e comercialização de produtos.

Eles são classificados, conforme o Ato Normativo INPI 135/1997 da seguinte forma: (i) contratos de licença de uso de marcas; (ii) contratos de exploração de patente; (iii) fornecimento de tecnologia; (iv) assistência técnica e os (v) contratos de franquia.

Já os contratos de direito da propriedade intelectual ou licenciamento de direitos incluem, para os fins da presente diretiva, os contratos para exploração de direitos autorais e software.

permite que a demanda de mercado seja suprida mais adequadamente, bem como serve para remover os obstáculos para a exploração da tecnologia do licenciante e, também, dos conhecimentos de titularidade do licenciado e utilizados em sua unidade industrial. Portanto, esses contratos comerciais são pró-competitivos.

7. Diante dessa perspectiva, a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI) entende ser necessário que o CADE passe a compreender melhor o sistema do direito da propriedade intelectual e os efeitos da exploração dos bens intelectuais, por meio dos contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos.
8. A ABPI apresenta, assim, uma proposta de diretiva que compreende sugestões sobre o delineamento de diretrizes básicas para a análise dos referidos contratos e a determinação dos elementos necessários à formação da convicção dos examinadores ou conselheiros dos órgãos de concorrência, para averiguar se algumas cláusulas comumente encontradas nesses contratos violam a lei antitruste. Algumas cláusulas comumente encontradas nesses contratos, que podem modificar a estrutura de mercado e restringir a competição, são ainda especificadas nesse documento.
9. Com isso, objetiva-se conferir às partes contratantes e agentes econômicos uma maior segurança jurídica na adoção dessas cláusulas.

### **INTERSEÇÃO ENTRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A CONCORRÊNCIA**

10. A interseção entre o direito da propriedade intelectual e a concorrência ocorre primariamente na Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 170, que lista como princípios da ordem econômica brasileira a propriedade privada (inclua-se aí a propriedade intelectual), a livre iniciativa e a livre concorrência.
11. Em sendo preceitos condicionadores da atividade econômica, entende-se que a propriedade intelectual e a concorrência promovem a difusão de conhecimentos tecnológicos, a inovação necessária para a eficiência produtiva e o bem estar social, na medida em que ficam asseguradas as faculdades de uso, fruição e disposição da criação intelectual, a exclusão de ingerências alheias e desautorizadas sobre essa propriedade, e a competição entre agentes econômicos no mercado.

12. Sob os auspícios do art. 170 da CF e da liberdade econômica, diversas leis e regulamentos foram aprovados, incluindo a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 (lei antitruste), a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (código do Consumidor), a Lei 9.279, de 16 de maio de 1996 (lei da propriedade industrial) e a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (lei de direito autoral).
13. As leis antitruste e de direitos da propriedade industrial contêm regras básicas que regem o relacionamento entre a livre competição e a proteção das criações intelectuais, sendo importante ressaltar o inciso XVI do Artigo 21 da Lei Antitruste que veda condutas empresariais que açambarquem ou impeçam a livre exploração de direitos da propriedade industrial ou de tecnologia.
14. Aliás, o referido inciso é considerado o ponto mais importante da 'interface' entre a livre concorrência e a propriedade intelectual, pois explicita a possibilidade de o CADE examinar o impacto das práticas dos agentes, incluindo atos e contratos que compreendem a exploração de patentes, marcas, desenho industrial, direito autoral e o know-how, na eficiência do mercado e concorrência de um mercado relevante.
15. Essa regra é complementada pelo Artigo 24 que trata das penalidades a serem aplicadas pelo CADE, quando há infração da ordem econômica. Dentre elas está a outorga de licença compulsória de patentes, quando constatado que o exercício abusivo do agente decorreu de posição dominante derivada da patente.
16. A lei de propriedade industrial também contém regras relativas à interface com o direito antitruste, cabendo lembrar a hipótese de licença compulsória de patente, quando os direitos dela decorrentes forem exercidos por seu titular de maneira abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico.
17. Outrossim, as criações intelectuais protegidas pelo direito da propriedade intelectual são reconhecidas como ativos empresariais, que integram o patrimônio das sociedades empresárias e determinam a o sucesso da atividade empresária. Portanto, podem ser examinados pelos órgãos da concorrência para averiguar o impacto dos atos e contratos na concorrência<sup>5</sup>, conforme disposto pelo procedimento do artigo 54 e seguintes da Lei 8.884/94.

### **ESTRUTURAÇÃO GERAL DAS DIRETRIZES BÁSICAS**

18. As diretrizes básicas propostas pela ABPI não visam engessar ou subtrair o poder de julgamento e a discricionariedade do CADE, SDE e SEAE, que

---

<sup>5</sup> Caso Kolynos. Pegar dados sobre essa decisão administrativa.

estão assegurados pela Lei 8.884/94, quando analisarem os contratos de transferência de tecnologia/ licenciamento de direitos. Ainda, não se objetiva estabelecer critérios para conferir a determinadas cláusulas um caráter de “**violação per se**”, ou mesmo discriminar/diferenciar cláusulas contratuais entre “condutas brancas” (não possuem impacto negativo na concorrência) e “condutas vermelhas” (afrontam a concorrência), sem que haja uma análise prévia e detalhada do seu impacto na estrutura de mercado e na concorrência.

19. Aliás, seria descabida qualquer tentativa de restrição do poder de julgamento desses órgãos, visto que o sistema de defesa da concorrência brasileiro rejeita o critério imediato de classificação das condutas comerciais em restritivas à concorrência ou “princípio da proibição **per se**”. Constitui posicionamento uníssono do CADE, desde a vigência da Lei 8.884/94, que a verificação da estruturação mercadológica e de outros indicativos econômicos e legais, relativos às condutas comerciais, devem ser analisadas para constatar se houve efetivamente uma infração legal.
20. A própria Lei 8.884/94 especifica os requisitos para que condutas empresariais possam sejam classificadas como anti-concorrenciais, sendo necessário analisar o objeto do ato, a estrutura e as peculiaridades mercadológicas e os efeitos que elas possam produzir. Nessa perspectiva, os atos empresariais sob qualquer forma manifestados podem ser violadores da ordem econômica se concorrem para os seguintes fins:
  - (i) limitação, falseamento ou prejuízo, sob qualquer forma, da livre concorrência ou livre iniciativa;
  - (ii) domínio de mercado relevante de bens ou serviços;
  - (iii) aumento arbitrário de lucros e
  - (iv) exercício abusivo de posição dominante.
21. Além disso, o CADE elaborou parâmetros de análise de condutas empresariais, para confirmar a existência de prática restritiva e determinar o poder de mercado de um agente econômico, por meio da Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999.
22. A Resolução n. 15, de 19 de agosto de 1998 estabelece, também, alguns critérios determinantes para estabelecer o impacto dos atos e contratos na livre concorrência e na dominação de mercado, conforme determina o art. 54 e seguintes da Lei 8.884/94.
23. Por estabelecerem critérios básicos e abrangentes na análise de práticas restritivas, alguns elementos e critérios dessas resoluções, especialmente a Resolução n. 20/99, podem ser comumente aplicável às cláusulas de contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos. Não

obstante, ressalta-se que esses contratos possuem características peculiares em relação a outras condutas empresariais, por envolverem ativos intelectuais que maximizam o processo produtivo e a competitividade dos agentes.

24. Ainda, esses contratos podem afetar adversamente um mercado separado denominado de “mercado de inovação”, que consiste no mercado que engloba a pesquisa e desenvolvimento (P&D) relativa à criação/melhoramento de produtos ou processos. Esse mercado é determinado pela capacidade dos agentes econômicos e criadores independentes incorrerem em relevante P&D.
25. Assim, um contrato de licenciamento, por exemplo, pode ter efeitos competitivos diretos na concorrência, pois restringirá a capacidade produtiva do licenciado, e também interferirá com o processo de inovação nessa área por agentes que não estejam concorrendo diretamente no mercado.
26. Normalmente, o impacto desse contrato em um “mercado de inovação” não pode ser abordado adequadamente, por meio da análise de produtos ou tecnologia, sendo assim necessário que outros critérios sejam elaborados para verificar a legalidade dos contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos.
27. Dessa forma, a estruturação geral dessas diretrizes compreende os elementos básicos observados pela referida Resolução e outros peculiares e aplicáveis à realidade econômica e legal dos arranjos comerciais tecnológicos.
28. Os passos básicos a serem observados, para averiguação do impacto de cláusulas desses contratos na concorrência são os seguintes, dentre outros adotados pelos Conselheiros do CADE e especificados pela referida Resolução n. 20/99, quais sejam:
  - (a) Caracterização da Conduta – Envolve a Identificação da prática empresarial e a análise preliminar dos efeitos dessa conduta em um determinado mercado. Para tanto, deverão ser devidamente caracterizados o autor da prática, os serviços envolvidos, a tecnologia ou direito de propriedade intelectual relacionado, bem como o mercado em que irradia os efeitos da conduta.

Nessa fase, procura-se entender o negócio jurídico decorrente do contrato comercial e as bases em que a criação intelectual é ofertada. Ainda, deve-se verificar a possibilidade de enquadramento da cláusula em apreço em uma das condutas listadas pelo Art. 21 da Lei 8.884/94, de forma que os

elementos normativos do tipo sejam identificados com maior facilidade para o início da convicção da prática anti-concorrencial pelo CADE.

(b) Mercado Relevante – Para verificar o impacto negativo de cláusulas contratuais na estrutura de competição, torna-se importante identificar o mercado de atuação do licenciante e do licenciado (mercado geográfico e material onde é travada a concorrência).

Com essa identificação, procura-se definir o perfil dos consumidores, a entrada e saída de competidores, a substituição de produtos, a elasticidade de mercado e a análise de poder de mercado das partes contratantes.

Nos casos dos contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos, o CADE pode definir o mercado relevante baseado na criação intelectual que constitui a propriedade intelectual licenciada ou no produto fabricado por meio do processo tecnológico, ou mesmo no tipo de outorga garantida ao licenciado. Essa sugestão decorre da possibilidade de identificação do real mercado relevante que abrange a contratação comercial.

(c) Poder de Mercado – Deve ser averiguado a participação mercadológica do licenciante e do licenciado, para determinar principalmente se aquele detém uma posição dominante, que decorre essencialmente da potencialidade em restringir a concorrência em um determinado mercado. Ainda, o grau de independência do agente em praticar condutas que o colocam em condições de agir sem consideração ao licenciado, concorrentes, fornecedores ou distribuidores é também critério determinante de poder de mercado.

Outrossim, deve-se lembrar sempre em consideração a presunção de posição dominante de mercado, determinado pelo §3º do art. 20 da Lei 8.884/94, qual seja a participação de mercado relevante na proporção de 20%.

Assim, fatores como nível de concentração desse mercado, condições de entrada de novos competidores e o nível de mudança tecnológica e estrutura operacional e mercadológica do licenciado e do licenciante deverão ser adequadamente observados pelos órgãos da concorrência.

Além disso, torna-se importante verificar esses aspectos em relação aos direitos outorgados ao licenciado, pois a exclusividade ou a estipulação da venda casada, por exemplo, pode acrescer substancialmente o poder de mercado do licenciante ou impedir a participação de novos entrantes ou fornecedores, ou mesmo influenciando na competitividade do licenciado, tornando o mercado menos eficiente.

Outro fator determinante na constatação de posição dominante, em contratos de transferência de tecnologia, é a relação societária entre o licenciado e licenciando, sendo que a ligação societária denominada controladora-controlada pode influenciar uma participação mercadológica peculiar das partes contratuais, diferentemente do que pode ocorrer na ausência de ligações entre elas.

Outrossim, a possibilidade de acréscimo em participações de mercado exige um processo comparativo com a constatação da posição anterior do licenciante e licenciado. Isso pode ser obtido pelo faturamento de cada parte contratante, quantidade total vendida e capacidade produtiva. No caso de medicamentos, a capacidade produtiva é normalmente menos relevante para a determinação de mercado do que uma determinada patente ou marca.

Com esse processo comparativo, os órgãos da concorrência poderão identificar como o mercado relevante se comportava antes e depois da adoção do contrato de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos contendo cláusulas que em termos formais (sem averiguar o real efeito do licenciamento) seria considerada anti-concorrencial.

(d) Padrões de concorrência – Nos contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos, a aferição dos padrões de concorrência e grau de rivalidade, principalmente entre licenciante e licenciado, são fundamentais para determinar a possibilidade de uma cláusula modificar a estrutura concorrencial de um mercado e afetar negativamente a atividade do licenciado.

Para tanto, deve-se analisar as estratégias concorrenciais e as condutas empresariais comumente adotadas nesse mercado, o grau de importância de tecnologia ou do direito da propriedade intelectual, principalmente aquele licenciado, na competitividade das partes contratantes.

Outrossim, ressalta-se a importância em determinar se as partes contratantes competem diretamente por um determinado mercado e se existe a possibilidade delas competirem pelo acesso de uma mesma tecnologia. Em caso de não serem competidores diretos de produtos/serviços e/ou por uma mesma tecnologia, os efeitos na concorrência de cláusulas contratuais como “price fixing” ou exclusividade ficam substancialmente reduzidos. Torna-se importante também identificar se o licenciado possui uma unidade industrial própria e se fabrica produtos que substituam, de alguma forma, aqueles produzidos pela tecnologia licenciada.

(e) Relacionamento Horizontal ou Vertical – Tal como acontece em outros tipos contratuais, a análise concorrencial do contrato de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos considera se o relacionamento contratual é primariamente horizontal ou vertical, ou se possui aspecto substancial de ambos. Um contrato de licenciamento possui um componente vertical quando afeta atividades que são complementares ao relacionamento contratual, como é tipicamente o licenciamento. Por exemplo, a linha principal de negócio do licenciante pode ser em P&D, e os licenciados como fabricantes podem adquirir os direitos para utilizar a tecnologia desenvolvida pelo licenciante.

Por outro lado, o licenciante e o licenciado podem possuir uma relação horizontal, principalmente quando existir uma grande possibilidade de serem competidores em potencial em um mesmo mercado relevante. A existência de um relacionamento horizontal não caracteriza necessariamente que o acordo é anti-concorrencial, sendo necessário que o relacionamento apresente efeito anticompetitivo.

(f) Impacto Pro-Competitivo da Conduta e do Contrato – Além de identificar os efeitos negativos de cláusulas na concorrência, torna-se indispensável apontar se existem características pró-competitivas do contrato de transferência de tecnologia em apreço ou de cláusula específica. Também, verifica-se se essas características pró-competitivas são, no geral, maiores do que os malefícios.

Vale ressaltar que condutas que aumentem a produtividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços e propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico são normalmente consideradas pró-competitivas.

## **ESPECIFICAÇÃO E BREVE ANÁLISE DE CONDUTAS TÍPICAS**

(i) Price Fixing (Preços Mínimos) – A possibilidade de fixar preços de terceiros é cláusula comumente encontrada em contratos de franquia e a sua validade é questionável, pois o franqueado/licenciado estará comercialmente impedido de adotar preços diferentes daqueles praticados pelo licenciante/franqueador e outros franqueados da rede.

Essa cláusula é potencialmente anti-concorrencial, por caracterizar adoção de conduta comercial uniforme, mas pode ser admitida se não influenciar negativamente a atividade/competitividade do licenciado e não impor aos consumidores preços de produtos além do esperado, se não houvesse tal imposição. Ainda, se essa for adotada para assegurar ao licenciado uma base de lucratividade pela utilização tecnológica e comercialização de produtos no mercado.

(ii) venda casa (tying clause) – subordinar a disponibilidade de uma tecnologia ou direito da propriedade intelectual à aquisição de um produto ou à utilização de um serviço. Essa cláusula é considerada pelos órgãos da concorrência de diversos países como uma das mais malélicas, na medida em que há imposição de produtos/serviços, insumos que o licenciado poderia adquirir de outras fontes e com preços mais competitivos para os produtos.

Essa situação é claramente observada quando o licenciado ainda está formando a sua unidade industrial e quando a tecnologia tenha iniciado a sua exploração no mercado do licenciado. Não obstante, essa cláusula possui efeitos competitivos principalmente quando a imposição de produtos é indispensável para alcançar a qualidade desejada pelo licenciante e licenciado.

(iii) Exclusive Dealing – No contexto da propriedade intelectual “exclusive dealing” ocorre quando uma licença proíbe o licenciado de licenciar, vender, distribuir ou utilizar tecnologia que venha a competir com aquela disponibilizada pelo licenciante.

Para se determinar que um acordo de “exclusive dealing” tem a potencialidade de reduzir a competição em um mercado relevante, os órgãos da concorrência devem levar em consideração a possibilidade da cláusula promover a exploração e o desenvolvimento da tecnologia do licenciante e se impede a exploração de outras tecnologias que alcançam o mesmo resultado. Portanto, a duração do “exclusive dealing” ou grau de proibição a novos competidores no mercado.

Pode ser especificado nessa mesma tipificação o pacto de não concorrência, que proíbe o licenciado/franqueado competir diretamente com as atividades do licenciante. O caráter anti-competitivo dessa cláusula pode ser determinada na forma e no grau de restrição concorrencial, sendo que a vedação à concorrência ilimitada no tempo, espaço e a irrazoabilidade da imposição são determinantes no caráter anti-concorrencial da cláusula.

(iv) Grant-back - Essa cláusula obriga o licenciado a transferir ao licenciante qualquer melhoria no processo tecnológico decorrente da tecnologia explorada. A ilegalidade dessa cláusula pode ser observada, principalmente, quando demonstrada a posição dominante do licenciante e quando não há reciprocidade do licenciante na disponibilização de melhorias para o licenciado.

Essa cláusula pode ser considerada anti-concorrencial se apresentar impedimentos aos incentivos para que o licenciado possa engajar em investimentos em P&D. Por outro lado, observa-se que o grantback não exclusivo permite que o licenciado possa utilizar a sua tecnologia e licenciar-la para terceiros. Um importante fator de análise desse tipo de cláusula será determinar se o licenciante possui poder de mercado em mercado específico de tecnologia ou de

inovação. Se os órgãos determinarem que uma cláusula de “Grant-back” específica influenciará negativamente o licenciado em investir na melhoria da tecnologia, deve-se verificar, também, se essa cláusula tem a capacidade de promover a disseminação das melhorias da tecnologia licenciada ou se essa serve para aumentar os incentivos para que o licenciante dissemine essa tecnologia.

(v) Cross licensing – Acordos em que dois ou mais titulares de diferentes direitos da propriedade intelectual licenciam entre si ou a terceiros. Esse acordo pode ter benefícios competitivos pela capacidade de integrar tecnologias complementares.

Por outro lado, cross licensing pode restringir a produção e adoção de preços uniformes são entendidos como anti-concorrenciais.

(vi) Field of use – Uma determinada tecnologia pode ser utilizada em diversas áreas (saúde humana, animais etc.), mas uma cláusula “field of use” pode confinar uma tecnologia para uma aplicação específica. Essa cláusula é normalmente considerada anti-concorrencial quando verificada a existência de poder de mercado por parte do licenciante e a improbabilidade de uso da tecnologia, em um médio prazo”.

Por outro lado, quando o licenciado é uma sociedade empresária mais forte do que o licenciante, em um mercado relevante, o futuro comercial do licenciado pode passar pelo licenciante manter fora a tecnologia em áreas de atuação do licenciado.

(vii) Encroachment – Prática comumente encontrada no sistema de franquia e decorre de cláusula contratual que permite o franqueador abrir novas unidades em um determinado território, não obstante o fato de ter um ou mais franqueadores atuando naquela área.

Essa prática pode ter efeitos negativos à concorrência, o que exige dos órgãos a análise dos seguintes fatos e direitos (a) analisar se o mercado consumidor territorial comporta outras unidades e qual o impacto de abertura dessas unidades na atuação dos franqueados e de terceiros; (b) verificar se a abertura de novas unidades nesse mesmo mercado ou região divulgará melhor a franquia e a sua marca.

### **Pontos Conclusivos que Justificam a Diretiva**

Em vista dos aspectos competitivos dos contratos de transferência de tecnologia/licenciamento de direitos, torna-se necessário que diversas cláusulas que possuem natureza de “violação per se” devem ser analisadas sob a regra da razão. Portanto, torna-se necessário sempre a análise da estruturação de mercado, o “market share” das partes contratantes e a aferição do grau de concorrência no mercado relevante.

Mais importante ainda é constatar que essas condutas possuem impacto pro-competitivo de forma que uma determinada cláusula possa ser determinante para melhorar a qualidade de bens ou serviços, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e aumentar a produtividade das empresas/competitividade do mercado.