

Informe final de la Comisión Europea sobre la investigación en el sector del comercio electrónico: qué esperar y cómo reaccionar

GA_P Bruselas

1. Introducción

El 10 de mayo del 2017, la Comisión Europea publicó su «Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico»¹, así como el «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión»² que acompaña al informe. El origen del informe final se remonta al 6 de mayo del 2014, cuando la Comisión Europea lanzó una investigación sectorial sobre el comercio electrónico dentro de la estrategia Mercado Único Digital y solicitó información de cerca de mil novecientos operadores activos en el comercio electrónico en la Unión Europea. Las actividades de las empresas seleccionadas consisten fundamentalmente en la venta en línea de bienes de consumo (p. ej., productos electrónicos, ropa, zapatos y equipamiento deportivo) y en la distribución en línea de contenidos digitales (películas, música, etc.).

Las conclusiones preliminares de esta investigación fueron publicadas en marzo del 2016, centrándose en particular en el bloqueo geográfico o *geo-blocking*, es decir, prácticas utilizadas por motivos comerciales por los vendedores en línea por las que éstos deniegan el acceso a sus

¹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_es.pdf.

² Accesible en inglés en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf.

páginas web con base en la localización de los consumidores o los redirigen a una tienda o página web local con precios diferentes.

A raíz de estas conclusiones, en mayo del 2016, la Comisión Europea propuso nueva legislación para combatir el *geo-blocking*³.

A continuación, el 15 de septiembre del 2016, la Comisión Europea publicó el «Informe preliminar sobre la investigación en el sector del comercio electrónico», al cual siguió una consulta pública en la que participaron sesenta y seis partes interesadas.

Como resultado de algunas de estas conclusiones preliminares, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea abrió tres investigaciones diferentes sobre la venta *on-line* de productos electrónicos de consumo, videojuegos y alojamiento vacacional.

Las principales preocupaciones desde el punto de vista del Derecho de la competencia identificadas en el informe final, divididas en dos secciones, se resumen a continuación:

2. Contenido del informe final

2.1. Bienes de consumo

- Restricciones verticales en los acuerdos de distribución selectiva

Más de la mitad de los fabricantes exigen (al menos para parte de sus productos) que los minoristas que deseen vender sus productos en línea cuenten con tiendas físicas. Aunque este tipo de restricciones normalmente se permiten por el Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (RECAV), si el requisito de tienda física no tiene conexión aparente con la calidad de la distribución u otras eficiencias, puede requerir un análisis más pormenorizado caso por caso. Además, un gran número de minoristas se ha quejado de la falta de transparencia y objetividad en los criterios utilizados por los fabricantes para aceptar a miembros dentro de sus sistemas de distribución selectiva. Aunque para los fabricantes no existe ninguna obligación legal de publicar tales criterios, se recomienda asegurar que éstos se hallan justificados por la calidad del producto o del servicio que se provee, que son aplicados de manera no discriminatoria y que se proporciona al solicitante al menos la información mínima que le permita entender las razones que subyacen tras una potencial denegación.

- Problemas de precios

El 42 % de los minoristas han indicado alguna forma de restricción en los precios y, más específicamente, obligaciones de mantenimiento de precios de reventa

³ <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-289-ES-F1-1.PDF>.

impuestas por los fabricantes. Éstos deberían abstenerse de interferir en la libertad de los minoristas de establecer precios por medio de, por ejemplo, la imposición de precios de reventa mínimos o recomendados que, al final, se convierten en obligatorios. Cualquier desviación en este sentido es fácilmente detectada en el comercio electrónico y las medidas de represalia pueden dar lugar a colusión entre minoristas. Los precios máximos de reventa y las recomendaciones no vinculantes sobre precios se hallan cubiertas por el RECAV.

Establecer una dualidad de precios para un mismo producto al minorista dependiendo de si la venta se efectúa en línea o no generalmente se considera una restricción especialmente grave de competencia. Sin embargo, los acuerdos con dualidad de precios se deben analizar individualmente, ya que podrían estar exentos, por ejemplo, si tal práctica resultase indispensable para evitar prácticas de parasitismo en el mercado o *free-riding*.

- Herramientas de comparación de precios

Aunque estas herramientas no se consideran un canal de venta en línea en sí mismas, permiten a los consumidores obtener una perspectiva general de los diferentes minoristas en línea y sus ofertas. Las herramientas de comparación de precios puras —aquellas que no ofrecen una función de compra— redirigen a sus visitantes a la página web de distribuidores (autorizados) donde el producto puede comprarse y en las que, en general, se cumplen los criterios definidos por el fabricante dentro del sistema de distribución selectiva. En este escenario, la Comisión Europea ha establecido que las prohibiciones absolutas de estas herramientas por los fabricantes que no estén relacionadas con criterios cualitativos pueden restringir potencialmente el uso efectivo de internet como canal de ventas y, por tanto, constituir una restricción especialmente grave de ventas pasivas. Por el contrario, las restricciones sobre el uso de las herramientas de comparación de precios basadas en criterios cualitativos y objetivos se hallan cubiertas por el RECAV.

- Restricciones relativas a mercados virtuales

Los mercados virtuales son plataformas multilaterales que aglutinan a vendedores, compradores y potenciales anunciantes. Las limitaciones al uso de mercados virtuales identificadas por minoristas abarcan desde prohibiciones absolutas hasta restricciones basadas en ciertos criterios cualitativos y son más frecuentes en acuerdos de distribución selectiva de bienes de marca, complejos o productos tecnológicos. Estas restricciones (indicadas por al menos un 18 % de los minoristas) normalmente no constituyen prohibiciones especialmente graves y pueden estar justificadas por la categoría del producto en cuestión. Actualmente existe una cuestión prejudicial pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia (as. C-230/16, Coty

Germany) en la que se solicita al tribunal que analice si los acuerdos de Coty en los que se prohíbe a los minoristas vender a plataformas en línea de terceros sobre la base de preservar la imagen y calidad de los productos de lujo son conformes con el Derecho de la Unión Europea.

- *Geo-blocking*

Un 11 % de los minoristas han informado de la existencia de restricciones contractuales de ventas transfronterizas, especialmente por aquellos fabricantes con cifras de negocio altas en el sector de ropa y zapatos. Las restricciones contractuales relativas al territorio en el que un distribuidor puede vender son especialmente graves, con muy pocas excepciones. En distribución exclusiva, las restricciones sobre las ventas activas están permitidas cuando el territorio se reserve a un distribuidor o lo asigne este último a otro distribuidor. Para analizar si las restricciones de las ventas activas son anticompetitivas, las empresas deben tener en cuenta que, en general, si un distribuidor utiliza una página web para vender sus productos, esto se considera una forma de venta pasiva. Las restricciones sobre las ventas pasivas son anticompetitivas. En cuanto a la distribución selectiva, ambas restricciones son ilegales.

- *Uso de macrodatos o big data*

En el sector del comercio electrónico, el procesamiento y el uso de grandes cantidades de datos resulta de una importancia creciente. En este contexto, el intercambio de información sensible entre mercados virtuales competidores o entre terceras partes vendedoras o fabricantes con sus propias tiendas y minoristas puede suponer problemas de competencia.

2.2. *Contenidos digitales*

- *Ámbito de aplicación de los contratos de licencia*

La Comisión Europea ha concluido que el uso de exclusividad o agrupación por lotes o paquetes (*bundling* en inglés) en los contratos de licencia de derechos tecnológicos constituye una práctica habitual. En relación con la agrupación, la Comisión Europea ha observado que las licencias de retransmisión de contenido digital suelen agrupar el derecho a retransmitir tanto en línea como por medio de otras tecnologías (tecnología móvil, retransmisión terrestre, por satélite, etc.). Aunque estas prácticas no son en sí problemáticas, necesitan ser evaluadas a la luz de las características del sector de los contenidos, el contexto económico y legal de la licencia o las características de los mercados relevantes, de producto y geográficos correspondientes. En algunos casos, agrupar derechos en línea puede falsear la competencia, dificultar el desarrollo de nuevos servicios y, en consecuencia, reducir la oferta para el consumidor. Agrupar

derechos es particularmente problemático si conduce a restricciones de producción como en casos donde los derechos en línea adquiridos no son explotados por el licenciatario o se explotan tan sólo parcialmente.

- Bloqueo geográfico

Las licencias de derechos en línea se otorgan a nivel nacional o para un territorio que se limita, generalmente, a un número concreto de Estados miembros donde se habla la misma lengua. Esta limitación contractual de la licencia se acompaña, en muchos casos, de medidas técnicas establecidas por los titulares de los derechos para controlar la localización de los usuarios con el objetivo de impedir el acceso a sus servicios si el usuario está situado fuera del territorio de la licencia. A pesar de las diferencias entre Estados miembros, los bloqueos geográficos son una práctica muy común presente en el 74 % de las series de televisión, el 66 % de las películas y el 63 % del contenido deportivo. En casi el 60 % de los casos, los bloqueos geográficos se derivan de restricciones contractuales. Aunque por lo general las licencias territoriales exclusivas no suponen problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, en ciertas circunstancias (como por ejemplo si se acompañan de restricciones contractuales de ventas pasivas) pueden resultar anticompetitivas. Para evaluar si este es el caso, es necesario tener en cuenta el sector de los contenidos, el contexto económico y legal de la licencia o las características de los mercados relevantes tanto de producto como geográfico.

- Duración de los contratos de licencia

Más de la mitad de los contratos analizados tienen una duración de más de tres años y, frecuentemente, se renuevan por medio de cláusulas como el derecho a primera negociación, el derecho de tanteo o el derecho a igualar la mejor oferta. Esto genera relaciones contractuales de una o incluso de dos décadas, dificultando la entrada de nuevos operadores en el mercado y disuadiendo a los operadores existentes de expandir sus actividades comerciales actuales a otras plataformas o mercados geográficos.

- Estructuras de pago

En esta área, las estructuras de pago son de naturaleza bastante compleja. Es habitual, por ejemplo, que los titulares de derechos de contenidos *premium* exijan pagos por adelantado, garantías mínimas y cánones fijos por sus productos, independientemente del número de usuarios. Esta situación 1) crea de manera implícita una ventaja para los proveedores de contenidos ya establecidos en el mercado que, generalmente, se encuentran en una mejor posición para efectuar inversiones, y 2) plantea la cuestión de si estas prácticas dificultan la entrada a los mercados para los operadores nuevos o de menor tamaño.

3. Consideraciones finales y recomendaciones

A pesar de que la Comisión Europea ha concluido que no será necesario proceder a una revisión del RECAV antes de lo previsto, los resultados de la investigación no sólo constituirán una herramienta muy útil para completar la revisión del reglamento en la fecha prevista (en el 2022), sino que también permitirán que la Comisión Europea se centre en asegurar la aplicación de las reglas de competencia en los mercados de comercio electrónico.

A corto plazo es, por tanto, posible que la Comisión Europea inicie nuevas investigaciones para abordar las prácticas problemáticas más comunes que afectan al comercio electrónico. Además, dado que la Comisión pretende compartir las conclusiones de la investigación con las autoridades nacionales de competencia por medio de la Red Europea de Competencia, las conclusiones mencionadas arriba no serán utilizadas solamente por la Comisión, sino también por las autoridades nacionales en el análisis de casos de ámbito nacional. Consecuentemente, es también probable que aumente el número de investigaciones en esta área a nivel nacional.

En vista de lo anterior, es recomendable que las empresas activas en el comercio electrónico verifiquen que sus contratos y prácticas comerciales se ajustan a la normativa de competencia. Esto resulta de especial importancia para los siguientes operadores:

- Empresas que dirigen una red de distribución selectiva: se recomienda que este tipo de empresas comprueben 1) si los criterios utilizados para seleccionar o rechazar distribuidores están justificados y si se aplican de manera no discriminatoria, y 2) si la exigencia de que los distribuidores en línea tengan establecimientos físicos está relacionada con la calidad de la distribución o con otras eficiencias. Además, es conveniente que revisen su política sobre el uso de los mercados virtuales por parte de distribuidores autorizados.
- Fabricantes que hayan establecido una red de distribución (tanto selectiva como exclusiva): es recomendable que estos fabricantes revisen su política sobre el uso de herramientas de comparación de precios, sobre revisión y recomendación de precios y sus cláusulas relativas al bloqueo geográfico.
- Proveedores de contenido digital: es conveniente que éstos revisen el ámbito de aplicación y la duración de sus contratos de licencia, así como su política de precios (especialmente en los casos de empresas con gran poder de mercado). Las herramientas de bloqueo geográfico también deben analizarse.