

La CNMC ofrece indicaciones de gran relevancia práctica para las ventas *on line* y otras prácticas verticales en el marco del expediente S/DC/0631/18, Adidas

María Czystochowa Martínez Fuentes

Abogada del Área de Competencia
y Unión Europea de Gómez-Acebo & Pombo

Iñigo Igartua Arregui

Socio del Área de Competencia
y Unión Europea de Gómez-Acebo & Pombo

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia declara la terminación convencional de una investigación hecha a Adidas por imponer a sus distribuidores autorizados y franquiciados restricciones a las ventas y a la publicidad por Internet, obligaciones de no competencia postcontractual y restricciones a las ventas cruzadas.

El pasado 6 de febrero del 2020, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (también llamada aquí «Comisión» o «CNMC») adoptó una resolución por la que declaró la terminación convencional de un expediente sancionador iniciado contra la filial española de Adidas (expediente [S/DC/0631/18](#)) por incluir en sus contratos con distribuidores selectivos y franquiciados condiciones contractuales que imponían *restricciones a las ventas y a la publicidad por internet, obligaciones de no competencia postcontractual y restricciones a las ventas cruzadas*.

El expediente sancionador trajo causa de una denuncia presentada por un franquiciado de Adidas en España a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y se centra en el mercado de la comercialización al por menor de ropa y calzado deportivo.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Esta resolución es ciertamente llamativa e interesante, puesto que es la *primera* vez que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopta una resolución en la que analiza con tanta amplitud *restricciones verticales a las ventas y a la publicidad por internet*. De esta manera, la Comisión se suma a la tendencia ya seguida en los últimos años por otras autoridades de competencia (como la Comisión Europea y las autoridades alemana y francesa) de tratar este tipo de restricciones verticales.

La importancia que el comercio electrónico ha ganado en estos últimos años (particularmente intensificado por la situación actual de mayor o menor confinamiento en la que, de una forma u otra, se ha encontrado el mundo debido a la crisis sanitaria de la COVID-19) ha hecho que también crezca el interés de las autoridades de competencia por analizar y pronunciarse sobre este tipo de restricciones. No debemos olvidar que este canal de venta se presenta como una gran oportunidad de negocio para distribuidores pequeños y medianos, pues les permite tener acceso a un mayor número de consumidores y, por ende, presenta también grandes ventajas para los consumidores por el acceso a una mayor variedad de productos a mejores precios.

Entrando a analizar el contenido de la resolución, de ésta se deriva que Adidas instrumentaliza la relación con sus distribuidores selectivos y franquiciados por medio de contratos escritos, los cuales constan de un clausulado variado y de anexos, entre los que se incluían, en muchos casos, los términos y condiciones generales de venta (TCGV) y unas condiciones de venta para internet (CVPI). Las cláusulas problemáticas se detectaron en especial (aunque no sólo) en las versiones más antiguas de los contratos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia entendió que seguían en vigor por no haberse actualizado o reemplazado de forma adecuada por versiones existentes más recientes en las que se habían solventado la mayoría de las cuestiones problemáticas identificadas.

Como hemos adelantado, el expediente sancionador incoado contra Adidas finalizó con la terminación convencional de éste. Esto quiere decir que el expediente sancionador no terminó con una declaración de infracción e imposición de la eventual sanción, sino con una serie de compromisos vinculantes ofrecidos y asumidos por Adidas que garantizan la solución de los problemas de competencia detectados.

1. Cláusulas problemáticas y compromisos ofrecidos por Adidas y aceptados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las posibles restricciones verticales de la competencia identificadas por la Comisión y los compromisos ofrecidos por Adidas para solventar dichas restricciones se pueden resumir como sigue:

1.1. Restricciones a las ventas y a la publicidad por internet

Según expone la Comisión en su resolución, estas restricciones se asimilan a una prohibición de las ventas que podrían constituir *restricciones especialmente graves de*

la competencia en virtud de lo que dispone el artículo 4c del [reglamento de exención de restricciones verticales](#)¹.

1.1.1. Restricciones a las ventas por internet

Se identificaron tres tipos de restricciones:

a) La obligación de venta exclusivamente en el punto de venta físico:

La Comisión identificó ciertas cláusulas en contratos antiguos que imponían esta obligación a distribuidores selectivos y franquiciados, lo que, al menos y en teoría, les impedía vender por internet, ya fuera a través de su propia página web o mediante plataformas de terceros. A modo de ejemplo, la literalidad de una de estas cláusulas problemáticas señalaba lo siguiente: «El franquiciado venderá los productos exclusivamente en el punto de venta y a los consumidores finales que se presenten en el mismo [...]». Es oportuno aclarar que por *punto de venta* se entendía únicamente el punto de venta físico del distribuidor.

b) La falta de previsión de la posibilidad de vender por internet en el contrato:

La Comisión consideró también problemático el hecho de que algunos contratos antiguos no preveían la venta por internet (tampoco la publicidad por internet). Si bien no se prohibía expresamente, tampoco estaba mencionada ni regulada en el contrato ni en los anexos (por ejemplo, no se adjuntaban las condiciones de venta para internet junto con el contrato) y esta falta de previsión podría tener el efecto de desincentivar a los distribuidores y franquiciados a realizar ventas por internet por entender que las ventas por este canal estaban prohibidas (ya sea a través de su propia página web como mediante plataformas de terceros).

- Compromisos comunes para las restricciones a y b:

El compromiso ofrecido por parte de Adidas para solventar las dos primeras restricciones identificadas fue el de comunicar activamente a todos los distribuidores selectivos y franquiciados el marco contractual actual en el que ya se preveía la posibilidad de éstos de vender por internet a través de sus propias páginas web o por medio de plataformas de terceros. De esta manera, Adidas se comprometía a que todas las relaciones contractuales estuvieran actualizadas.

¹ Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril del 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

En relación con este compromiso, no nos debemos olvidar de que un fabricante o proveedor puede, en el marco de la distribución selectiva, imponer lícitamente una serie de condiciones que deben ser cumplidas por las páginas web de sus distribuidores y franquiciados o por las plataformas de terceros para que los distribuidores y franquiciados puedan vender los productos a través de ellas. Esto es presumiblemente algo que Adidas ya estaría haciendo.

En este sentido, de igual modo que el fabricante puede imponer que los puntos de venta físicos cumplan ciertas condiciones para preservar la imagen de marca del producto, ciertas condiciones pueden también imponerse con respecto a las páginas web de los distribuidores selectivos y franquiciados y al uso de plataformas de terceros precisamente para proteger la imagen de marca del producto en cuestión (por ejemplo, unos mínimos de calidad en el despliegue de productos, en el servicio de venta y de postventa, en la forma y proceso de envío al consumidor, en las actividades de promoción y *marketing* del producto, etcétera).

- c) Aprobación general y previa por parte de Adidas del nombre de dominio (URL) de la página web del distribuidor selectivo o franquiciado (esta restricción sólo se daba en los casos en que estaba prevista la venta por internet):

El problema con esta condición de aprobación previa impuesta a distribuidores y franquiciados sobre el nombre de dominio de sus páginas web era que la aprobación era muy general y no estaba sujeta al cumplimiento y comprobación de una serie de condiciones estipuladas ni tampoco el proceso de aprobación estaba sometido a un plazo máximo de decisión, por lo que cabía el riesgo de que dicha «aprobación» fuera utilizada de forma arbitraria por parte de Adidas precisamente para impedir que distribuidores y franquiciados tuvieran sus propias páginas web para promocionar y vender los productos Adidas.

- Compromiso para la restricción c:

El compromiso ofrecido por parte de Adidas para solventar la tercera restricción fue prescindir de la necesaria aprobación previa del nombre de dominio sustituyéndolo por una mera «verificación» rápida a fin de comprobar que el nombre de Adidas no figura en el primer nivel del dominio.

Es necesario precisar que la Comisión no considera problemático que Adidas pueda impedir que los distribuidores selectivos y franquiciados utilicen la marca Adidas en el primer nivel del nombre de dominio de sus páginas

web. La Comisión entiende que lo esencial es que al distribuidor selectivo o franquiciado se le permita identificarse a través de su nombre de dominio como distribuidor autorizado de Adidas, lo que ya se consigue dejando que la marca Adidas sea utilizada en los siguientes niveles del nombre de dominio, del mismo modo que se permite esta misma identificación en las tiendas físicas mediante el uso de la imagen de marca.

En nuestra opinión, es posible que el control que Adidas quiere mantener y mantiene sobre el nombre de dominio de las páginas web de sus distribuidores y franquiciados posiblemente obedece a la finalidad última de evitar que pueda existir una confusión entre el nombre de la página web de la propia Adidas con las páginas web de distribuidores y franquiciados, lo que fomenta en última instancia la competencia intramarca.

1.1.2. Restricción a la publicidad por internet

- d) Prohibición del uso de la marca Adidas en motores de búsqueda impuesta a distribuidores selectivos y franquiciados sin previa autorización (esta restricción sólo se daba en los casos en que estaba prevista la venta por internet):

Siguiendo lo apuntado por la Comisión Europea en el asunto **Guess**, con este tipo de restricciones, lo que se impide o dificulta en puridad son las ventas de los distribuidores y franquiciados a través de sus páginas web. En este sentido, se obstaculiza el tráfico hacia las páginas web de éstos, debilitándose así la competencia intramarca en la medida en la que el tráfico tiende a concentrarse en la página web del fabricante, que sí puede utilizar y utiliza su marca en los motores de búsqueda.

Es interesante apuntar que Adidas ya se comprometió a modificar las cláusulas de los contratos y anexos problemáticos para permitir que sus distribuidores selectivos y franquiciados pudieran utilizar la marca Adidas en la publicidad en motores de búsqueda en el año 2014, cuando fue objeto de una **investigación por parte de la autoridad alemana de la competencia**.

- Compromiso para la restricción d:

El compromiso ofrecido por parte de Adidas para solventar la cuarta restricción fue prescindir de la autorización previa y comunicar a todos los distribuidores selectivos y franquiciados que les estaba permitido realizar publicidad por internet de los productos Adidas, así como el uso de la marca Adidas en el encabezado o en la descripción de anuncios patrocinados en motores de búsqueda o en ambos. Sin embargo, esto no impide que

Adidas pueda exigir el cumplimiento de determinados requisitos en el uso de la marca para evitar, por ejemplo, un uso inadecuado que pueda perjudicar precisamente la imagen de ésta.

1.2. *Obligación de no competencia postcontractual*

Esta obligación prohibía a los franquiciados invertir en empresas que pudiesen competir con Adidas *fuera* del punto de venta durante un año después de la finalización del contrato. Este tipo de obligación estaba incluida en dos modelos antiguos del contrato de franquicia que seguían en vigor (además de estar incluida en el contrato del denunciante), si bien había sido eliminada en versiones posteriores y más actualizadas de los contratos de franquicia.

El problema con esta obligación se encontraba en su alcance excesivamente amplio en tanto en cuanto no se limitaba exclusivamente al punto de venta del franquiciado, sino que se extendía más allá. Por esta razón, la obligación impuesta no podía beneficiarse de la exención prevista en el reglamento de exención de restricciones verticales.

En este contexto, debemos traer a colación el artículo 5.3 del reglamento de exención de restricciones verticales, que señala que la exención prevista en dicho reglamento se aplica a las obligaciones de no competencia postcontractual con cuatro condiciones, siendo una de ellas que dichas obligaciones se circunscriban al punto de venta desde el que el franquiciado haya operado durante el periodo contractual.

- Compromiso para esta restricción:

Adidas se comprometió a comunicar el desistimiento de la obligación de no competencia postcontractual de un año a los franquiciados afectados por la aplicación de la obligación.

1.3. *Prohibición de las ventas cruzadas entre distribuidores selectivos y entre franquiciados*

Esta prohibición, que fue detectada en algunas cláusulas que estaban incluidas en versiones actuales y vigentes de los contratos, constituye una *restricción especialmente grave de la competencia* en virtud de lo que dispone el artículo 4b del reglamento de exención de restricciones verticales.

Una de las cláusulas que fue detectada como problemática estaba incluida en los términos y condiciones generales de venta aplicables tanto a distribuidores selectivos como a franquiciados y cuya redacción era confusa. Parece que esta cláusula únicamente pretendía limitar las ventas a distribuidores no autorizados, esto es, que no formaran parte

de la red de distribución selectiva o de la red de franquicia, pero, dado que no quedaba del todo claro el sentido de la cláusula, la Comisión estimó que podría llegar a entenderse que se limitaban las ventas cruzadas entre distribuidores selectivos y entre franquiciados.

El resto de las cláusulas problemáticas fueron detectadas en los propios contratos de franquicia en los que se volvía a incluir esta prohibición, si bien mediante un juego de cláusulas y de forma indirecta; en concreto, los franquiciados estaban obligados a suministrarse única y exclusivamente de Adidas, lo que les impedía claramente proveerse de otros franquiciados, en conjunto con una prohibición de ventas a destinatarios no finales.

Según Adidas apuntó, la prohibición incluida mediante ambas cláusulas había sido establecida para evitar que los productos Adidas fueran vendidos a distribuidores no autorizados que no formaban parte de la red selectiva ni de la red de franquicia. Mientras que esta finalidad es lícita en Derecho de la competencia, la prohibición impuesta por Adidas tenía un alcance excesivo. En este sentido, el apartado tercero del artículo 4b del reglamento de exención de restricciones verticales, permite prohibir a los miembros de un sistema de distribución selectiva las ventas (activas y pasivas) a distribuidores que no formen parte de esa red precisamente para evitar que los productos salgan fuera de la red selectiva, no obstante, las ventas cruzadas entre los distribuidores que forman parte de la red de distribución selectiva no pueden estar prohibidas.

Además, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia entiende que esto mismo debe aplicarse a los sistemas de franquicia. Esta equiparación entre la distribución selectiva y la franquicia resulta, cuando menos, interesante, puesto que el apartado tercero del artículo 4b del reglamento de exención de restricciones verticales, únicamente hace referencia a las ventas cruzadas entre los miembros de un sistema de distribución selectiva y no menciona expresamente a las franquicias.

Por último, de acuerdo con la resolución analizada, las ventas cruzadas deben permitirse siempre dentro de cada red —la red de distribución selectiva y la red de franquicia—, pero nada apunta a que deban también permitirse entre redes, es decir, entre distribuidores selectivos y franquiciados. Con independencia de si sería o no conveniente, es muy probable que los fabricantes estén en contra porque pueden existir diferencias entre los productos que distribuyen a través de la red de franquicia y a través de la red de distribución selectiva con las que operan y, si estas ventas se permitieran, sería muy difícil controlar el trasvase de producto entre una y otra red para evitar que productos que el fabricante no desea vender en una red de pronto estén disponibles en esa red para la venta al consumidor final.

- Compromiso para esta restricción:

Adidas se comprometió a modificar la literalidad de las cláusulas problemáticas de los términos y condiciones generales de venta para aclarar que únicamente

quedaban prohibidas las ventas a los distribuidores que no formaran parte de la red de distribución selectiva o de la red de franquicia. Con respecto a los contratos de franquicia, Adidas también se comprometió a modificar las cláusulas problemáticas y a permitir expresamente las ventas cruzadas entre franquiciados.

1.4. *Posible restricción vertical sobre fijación de precios de reventa a distribuidores selectivos y franquiciados (finalmente descartada)*

En un estado inicial de la investigación, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia identificó la posibilidad de que a las restricciones verticales antes descritas se les uniera una posible fijación vertical de precios de reventa por parte de Adidas a sus distribuidores selectivos y franquiciados, aunque finalmente la existencia de esta posible restricción fue descartada.

Para llegar a esta conclusión, la Comisión comprobó que los precios de venta al público recomendados que Adidas facilitaba en diferentes soportes a sus distribuidores selectivos y franquiciados en ningún caso eran vinculantes, de manera que éstos eran libres de poder modificarlos.

A modo de recordatorio en este punto, fabricantes y proveedores tienen la posibilidad de facilitar a sus distribuidores precios de venta al público recomendados (o máximos) con ciertas condiciones, tal y como se deriva del reglamento de exención de restricciones verticales y de las **Directrices relativas a las restricciones verticales** (párrafos 223 y siguientes), siendo una de las condiciones que tales precios no lleguen a ser vinculantes y puedan ser libremente modificados por los distribuidores, pues, de lo contrario, sí existiría una fijación vertical de precios de reventa.

En particular, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia comprobó en detalle la efectiva existencia de esta libertad de modificar los precios de venta al público recomendados para los franquiciados que hacían uso del programa Retail Pro. Éste es un programa informático de caja que Adidas pone a disposición de sus franquiciados que no tengan un programa propio y en el que se carga de forma centralizada y automática la información relativa a los productos, incluidos los precios de venta al público recomendados. La Comisión verificó que estos precios podían y pueden ser modificados en cualquier momento por el franquiciado en el propio programa. De esto último se extrae la conclusión, para los fabricantes y proveedores que utilicen programas y aplicaciones similares a los de Adidas en los que se carguen de forma automática precios de venta al público recomendados, de que es relevante que estas herramientas permitan a los distribuidores modificar dichos precios en cualquier momento y de forma rápida y fácil (por ejemplo, sin una previa aprobación por parte del fabricante o proveedor).

2. ¿Por qué el expediente sancionador finalizó con una terminación convencional?

Como hemos apuntado con anterioridad, la terminación convencional es una forma de resolución del expediente sancionador en la que no se hace una declaración propia de infracción ni tampoco se impone una sanción al infractor, sino que consiste en la aceptación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de una serie de compromisos ofrecidos por el presunto infractor que resuelven los problemas de competencia y que resultan vinculantes para éste. En este sentido, la terminación convencional se puede considerar una forma más «suave» de resolver un expediente y más beneficiosa para el infractor, principalmente, porque se escapa de la eventual imposición de una multa posiblemente cuantiosa.

Abordando el expediente sancionador que nos ocupa infracciones de la competencia que podrían constituir restricciones especialmente graves, que incluso nunca antes habían sido analizadas tan ampliamente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como las restricciones a las ventas y a la publicidad por internet, resulta curioso a primera vista que la Comisión aceptara la terminación convencional del expediente sancionador. Debemos aclarar aquí que la terminación convencional es normalmente solicitada por la empresa objeto de investigación y que la Comisión no tiene obligación de aceptar la solicitud, sino que es una facultad discrecional de la que puede hacer uso si lo estima adecuado en función de una serie de factores.

Sin embargo, y a pesar de que el expediente sancionador versara sobre posibles restricciones especialmente graves nunca antes tratadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, las restricciones detectadas no tuvieron un impacto general y real en el mercado e incluso tuvieron un impacto muy limitado, tal y como se analiza e indica en la propia resolución.

Por ejemplo, en relación con las restricciones a las ventas por internet, sólo algunos distribuidores de Adidas resultaron afectados porque estas restricciones únicamente existían en algunas versiones de contratos y condiciones de venta y no en todas, tratándose además de versiones antiguas. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia comprobó que, de hecho, ningún distribuidor había sufrido en la práctica ninguna restricción para vender los productos Adidas por internet y que en ningún caso Adidas denegó la autorización del nombre de dominio de las páginas web recibidas de sus distribuidores. Esto mismo se comprobó en relación con las restricciones a la publicidad por internet.

Además, la Comisión comprobó que estas restricciones habían sido superadas en las versiones más actuales de los contratos y de las condiciones de venta en las que habían sido eliminadas, salvo en lo que respecta a la autorización del nombre de dominio que no había sido eliminada y que seguía siendo necesario modificar y aclarar para que estuviera en línea con las exigencias que se derivan del Derecho de la competencia.

Por su parte, en relación con las cláusulas de no competencia postcontractual, la Comisión estimó que el impacto en el mercado había sido particularmente reducido, puesto que dicha cláusula sólo estaba contenida en dos contratos de franquicia, tratándose además de versiones antiguas, y no estaba incluida en las versiones más actuales de los contratos. Adicionalmente, la Comisión comprobó que en ningún caso Adidas había aplicado la cláusula al no exigir en ningún momento su cumplimiento.

Por último, en lo que respecta a las restricciones de las ventas cruzadas entre distribuidores selectivos y franquiciados, la Comisión siguió en línea con las consideraciones anteriores al comprobar, por un lado, que realmente los distribuidores selectivos y franquiciados tienen en la práctica poco interés en adquirir los productos Adidas de otros distribuidores y franquiciados y prefieren adquirir los productos directamente de Adidas y, por otro lado, que Adidas nunca había exigido a sus distribuidores el cumplimiento de estas restricciones.

Por tanto, no sin antes comprobar una serie de aspectos formales y sustantivos y que los compromisos ofrecidos eran adecuados para solventar los problemas de competencia detectados, la ausencia de virtualidad práctica de las restricciones de la competencia detectadas fue lo que en última instancia determinó que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aceptara la terminación convencional del expediente sancionador.