

Derecho de Competencia y la Unión Europea

La Comisión Europea publica su propuesta de revisión del Reglamento de Restricciones Verticales

Tras casi tres años de consultas y evaluaciones, la Comisión Europea publicó el 9 de julio de 2021 su propuesta de reglamento de exención por categorías para acuerdos verticales así como de directrices relativas a restricciones verticales. La Comisión pretende modernizar la normativa en materia de distribución comercial, y dar respuesta a los nuevos modelos de comercialización *online*.

Miguel Troncoso Ferrer

Socio director de la oficina de Bruselas
Área de Competencia y de la Unión Europea de GA_P

Laura Lence de Frutos

Abogada, oficina de Bruselas
Área de Competencia y de la Unión Europea de GA_P

Ana Rebollar Corrales

Abogada, oficina de Bruselas
Área de Competencia y de la Unión Europea de GA_P

1. Introducción

El artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia. No obstante, el artículo 101.3 TFUE prevé una excepción a la prohibición general de este tipo de acuerdos siempre y cuando estos tengan suficientes beneficios para superar los efectos nocivos que generan.

Estos acuerdos pueden ser verticales (entre dos o más empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución y relativos a las condiciones en que las partes pueden comprar, vender o revender bienes y servicios) u horizontales (entre dos o más empresas que operan en el mismo nivel de comercio). La propuesta de la Comisión Europea ("la Comisión") de reglamento de exención por categorías para acuerdos verticales ("la Propuesta") y las directrices relativas a restricciones verticales ("las Directrices revisadas") se centran en el primer tipo.

El Reglamento (EU) 330/2010 de la Comisión 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 (el «**Reglamento de Restricciones Verticales**») establece las condiciones que deben reunir los acuerdos verticales para poder beneficiarse de una autorización automática. Concretamente, si las partes tienen una cuota de mercado inferior al 30% y el acuerdo no contiene una restricción a la competencia especialmente grave (definidas en el artículo 4 del Reglamento de Restricciones Verticales), se presume que es lícito.

Asimismo, para facilitar el ejercicio de autoevaluación que han de realizar las empresas sobre los posibles efectos anti-competitivos de los acuerdos que pudieran concluir, la Comisión cuenta con Directrices que interpretan el Reglamento de Restricciones Verticales y explica cuál sería su política en la materia para aquellos acuerdos que quedan fuera del ámbito de aplicación del mismo.

A lo largo de los tres últimos años, la Comisión ha evaluado si debía dejar expirar el Reglamento (pierde su vigencia el próximo 31 de mayo de 2022), prolongar su duración o revisarlo en todo o en parte para tener en cuenta la evolución del mercado. Tras este periodo de evaluación, la Comisión ha publicado la Propuesta, sobre la que cualquier interesado puede presentar sus observaciones hasta el 18 de septiembre de 2021.

2. Aspectos generales de la Propuesta de la Comisión

El objetivo de la Comisión es adaptarse a los cambios que se han producido en el

ámbito de la distribución a lo largo de los últimos once años. Así, por ejemplo, en sus nuevas definiciones incluye las herramientas de comparación de precios, o la publicidad en motores de búsqueda dirigida a clientes en territorios específicos, y precisa de forma clara en el texto del que sería el nuevo reglamento (por fin) que la restricción de ventas pasivas tiene por objeto impedir que los compradores/revendedores o distribuidores utilicen internet para vender sus bienes o servicios en línea.

El nuevo reglamento entrará en vigor el 1 de junio de 2022 y expirará el 31 de mayo de 2034. Para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre operadores económicos, la Propuesta establece un periodo de transición: no se aplicará desde el 1 de junio de 2022 hasta el 31 de mayo de 2023 para aquellos acuerdos que cumplan con las condiciones establecidas en el Reglamento de Restricciones Verticales.

3. Principales modificaciones propuestas por la Comisión

3.1. Distribución dual

Se trata de aquellas situaciones en las que un proveedor no solo vende sus bienes o servicios a través de distribuidores independientes, sino que también lo hace él directamente a clientes finales (en competencia directa con sus distribuidores). Este tipo de distribución ha ido ganando peso gracias al desarrollo del comercio electrónico.

El Reglamento de Restricciones Verticales prevé que, aunque no cubre los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras, sí aplica a aquellos en los que el proveedor es a la vez fabricante

y distribuidor, y su distribuidor no compite con él en el plano de fabricación (artículo 2.4.a). Sin embargo, existían dudas sobre el tratamiento que debe darse al intercambio de información entre un fabricante y sus distribuidores en situaciones de distribución dual. El primero podría hacer uso de la información comercialmente sensible obtenida de los segundos para competir más agresivamente contra ellos.

La Comisión ha optado por restringir el alcance de la exención a situaciones en las que considera que no existen problemas horizontales. El artículo 2.4 de la Propuesta la limita a los casos de distribución dual en los que la cuota de mercado agregada del fabricante mayorista o importador (nótese que expande el ámbito subjetivo de la exención) y del distribuidor (no fabricante, mayorista ni importador) en el mercado minorista no supere el 10%, coincidiendo con el criterio seguido en las Directrices de cooperación horizontal.

Si las partes tienen una cuota de mercado agregada a nivel minorista superior al 10%, pero su cuota de mercado individual es inferior al 30% (el proveedor en el mercado relevante en el que vende los bienes o servicios contractuales, y el distribuidor en el mercado relevante en el que los compra), el acuerdo queda exento de la aplicación del artículo 101.1 TFUE. Sin embargo, los intercambios de información entre ellas se evaluarán con arreglo a las reglas aplicables a los acuerdos horizontales.

3.2. *Obligaciones de paridad*

Las obligaciones de paridad exigen al proveedor de bienes o servicios

que ofrezca a su comprador las mismas o mejores condiciones que las que pueda ofrecer en otro canal de ventas (obligación de paridad amplia) o en las propias ventas finales que realice el proveedor por sus propios medios (obligación de paridad estrecha). Actualmente, la posición de las autoridades de competencia sobre el carácter anticompetitivo de unas y otras, dista de ser unánime.

La Propuesta excluye de la exención a las obligaciones de paridad amplias impuestas por los proveedores de servicios en línea para el comercio minorista; es decir, aquellas que impidan a los minoristas vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales, cualquiera que sea el canal de venta utilizado (propio o competidor del proveedor de servicios en línea) en condiciones más favorables que las del proveedor que impone la obligación de paridad. Ello está en línea con la Ley de Mercados Digitales, que prohíbe también que los llamados guardianes de acceso impongan este tipo de cláusulas.

En consecuencia, a partir de ahora, la licitud de estas cláusulas se analizará caso por caso con arreglo al artículo 101.3 TFUE. Las Directrices revisadas ofrecen indicaciones acerca de cómo apreciar sus efectos anticompetitivos y sus ventajas en el mercado: (a) las inversiones realizadas por el proveedor de servicios de intermediación en línea tienen que proporcionar beneficios objetivos, es decir, aportar valor añadido para consumidores, (b) ha de haber un riesgo de parasitismo real y sustancial que afecte a los incentivos para invertir en los servicios de intermediación en línea y (c) el tipo y alcance de la obligación de

paridad tienen que ser indispensables para lograr el objetivo perseguido.

3.3. Precios duales

La fijación de precios duales es la práctica según la cual un fabricante aplica un precio distinto para la venta de un mismo producto, dependiendo de si el distribuidor lo va a vender *online* u *offline*.

El futuro tratamiento de este tipo de restricciones fue objeto de debate con ocasión del proceso de evaluación de la Propuesta, que finalmente no las califica como restricciones especialmente graves que conlleven la retirada del beneficio de la exención por categorías. Por consiguiente, los proveedores podrán fijar precios diferentes para las ventas *online* y *offline* respecto del mismo distribuidor. No obstante, la Comisión añade en la nota explicativa de la Propuesta que esta discriminación podrá llevarse a cabo siempre que así se incentive o recompense un nivel adecuado de inversiones, se relacione con los costes soportados para cada canal, y no tenga por objeto, directa o indirectamente, impedir que los compradores o sus clientes utilicen internet para vender sus bienes o servicios en línea.

3.4. La distribución exclusiva

La Propuesta introduce la noción de «exclusividad compartida», que permite a un proveedor designar a más de un distribuidor exclusivo en un territorio determinado o para un grupo de clientes determinado. Las Directrices revisadas señalan que la designación de más de un distribuidor no debe ser utilizada para protegerles de la competencia de distri-

buidores establecidos fuera del territorio exclusivo, ya que se produciría una fragmentación del mercado interior. Así, el número de distribuidores exclusivos se determinará en proporción al territorio o al grupo de clientes asignado, de manera que se garantice un determinado volumen de negocio que preserve sus esfuerzos de inversión.

La Propuesta detalla qué restricciones pueden imponer los proveedores que gestionen un sistema de distribución exclusiva. Así, pueden (a) limitar las ventas activas o pasivas de los distribuidores a distribuidores no autorizados situados en el territorio de la distribución exclusiva, (b) restringir el lugar de establecimiento de los distribuidores autorizados, (c) restringir las ventas activas o pasivas de componentes a clientes que los usen para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor, (d) limitar las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de un distribuidor autorizado que opere en el nivel del comercio al por mayor, o (e) restringir las ventas activas de los distribuidores de una red de distribución selectiva y de sus clientes al territorio reservado para un distribuidor exclusivo.

3.5. La distribución selectiva

La Comisión considera que los criterios impuestos por los proveedores a sus distribuidores en relación con las ventas *online* ya no tienen que ser globalmente equivalentes a los impuestos a las tiendas físicas, dado que ambos canales son de naturaleza intrínsecamente diferente.

La Comisión considera que los sistemas de distribución selectiva que cumplen con ciertas condiciones no entran en

el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Estas condiciones son las siguientes: (a) La naturaleza de los bienes a distribuir debe necesitar de una distribución selectiva (por ejemplo, productos de alta calidad o de alta tecnología). Puede ser el caso de los productos de lujo: la Comisión estima que el establecimiento de un sistema de distribución selectiva cuyo objeto es mantener el aura de lujo de los productos puede ser necesario para preservar su calidad. (b) En segundo lugar, los distribuidores de la red tienen que ser elegidos sobre la base de criterios objetivos que se apliquen de manera uniforme para todos los potenciales candidatos. (c) Y, en tercer y último lugar, se debe respetar el principio de proporcionalidad. Así, un proveedor puede prohibir el uso por parte de distribuidores de plataformas en línea para vender artículos de lujo, siempre que permita a los distribuidores hacer publicidad en internet o utilizar motores de búsqueda en línea.

4. Cuestiones abiertas

La Propuesta de la Comisión deja varias cuestiones abiertas, que el mercado había solicitado fueran aclaradas en el nuevo cuerpo normativo. Destacamos las siguientes:

Los proveedores de servicios de intermediación en línea no se beneficiarán de la exención prevista por la Propuesta cuando tengan una función híbrida, es decir, cuando vendan bienes o servicios en competencia con las empresas a las que prestan servicios de intermediación en línea. El carácter anticompetitivo de las cláusulas que pudieran incluir

en los contratos con sus proveedores será por tanto objeto de análisis individualizado. La Propuesta afirma que las actividades minoristas de estos operadores suelen afectar a la competencia inter-marca y suscitar considerables problemas horizontales. La Comisión indica en su nota explicativa a la Propuesta que esta exclusión del beneficio de la exención se debe a la relación que las nuevas reglas puedan tener con la futura Ley de Mercados Digitales. Esta última se aplica sin embargo únicamente a las plataformas calificadas como «guardianes de acceso digitales», aquellas que gozan de poder de mercado y que, por tanto, no se benefician del puerto seguro ofrecido por el Reglamento de Restricciones Verticales.

El mantenimiento de precios de reventa («MPR») consiste en restringir la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. El MPR está incluido entre las restricciones especialmente graves del Reglamento de Restricciones Verticales y de su existencia se presume que (a) el acuerdo de distribución es anticompetitivo y (b) es poco probable que conduzca a eficiencias que compensen su efecto anticompetitivo. Durante la fase de evaluación del Reglamento de Restricciones Verticales se propuso a la Comisión que clarificase las posibles eficiencias que pueden justificar la aplicación del artículo 101.3 TFUE. Sin embargo, las Directrices revisadas no aportan ninguna aclaración adicional a las actualmente existentes.

Advertencia legal: Este boletín 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.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.