

Derecho de la Competencia y de la Unión Europea

# La Comisión Europea adopta el nuevo Reglamento y Directrices de restricciones verticales

La Comisión Europea ha adoptado el pasado 10 de mayo del 2022 el Reglamento de exención por categorías para acuerdos verticales, así como las Directrices relativas a restricciones verticales.

La nueva normativa moderniza la distribución comercial y trata de adaptarse a los nuevos modelos de comercialización en línea.

## ÁREA DE COMPETENCIA<sup>2</sup>

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

**E**l 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. Sin embargo, el artículo 101.3 del mismo tratado establece una excepción a la prohibición general de este tipo de acuerdos siempre y cuando éstos tengan suficientes beneficios para superar los efectos nocivos que generan.

Pues bien, el Reglamento 330/2010 establecía las condiciones que deben reunir los acuerdos verticales (es decir, los acuerdos concluidos entre operadores económicos presentes en distintos niveles de la cadena de producción o comercialización de un producto o servicio) para poder beneficiarse de la exención del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dicha normativa ha sido objeto de revisión durante un periodo de algo más de tres años y medio en el que la Comisión Europea (la «Comisión») ha recabado pruebas sobre el funcionamiento del mencionado reglamento

<sup>2</sup> Íñigo Igartua Arregui, Miguel Troncoso Ferrer, Eduardo Gómez de la Cruz, Ricardo Alonso Soto, Andrea Díez de Uré Loinaz y Laura Lence de Frutos.

y analizado si debía 1) dejarlo expirar o 2) modificarlo.

La Comisión ha optado por la segunda opción, y el pasado 10 de mayo del 2022 ha adoptado el Reglamento 2022/720, 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 «RECAV», disponible [aquí](#)), así como las Directrices relativas a restricciones verticales (las «Directrices», disponibles —en inglés— [aquí](#)). El RECAV ha entrado en vigor el 1 de junio del 2022; no obstante, prevé un periodo transitorio de aplicación que abarca desde su entrada en vigor hasta el 31 de mayo del 2023 para que los acuerdos verticales vigentes a fecha de 31 de mayo del 2022 que cumplan los requisitos para beneficiarse de la exención puedan adaptarse a las nuevas normas y requisitos exigidos por dicho reglamento.

El RECAV mantiene la misma estructura del Reglamento 330/2010, estableciendo en su artículo 2 una exención general a la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia para los acuerdos verticales que cumplan una determinada serie de condiciones. En concreto, el proveedor y el distribuidor no han de superar el 30 % de cuota de mercado en sus respectivos mercados (art. 3 RECAV) ni el acuerdo en cuestión puede contener una restricción especialmente grave de la competencia (art. 4 RECAV).

El objeto de la presente nota es abordar las principales modificaciones aportadas por el RECAV en las siguientes materias: 1) distribución dual; 2) restricciones a la venta en línea; 3) obligaciones de paridad; 4) sistemas de distribución selectiva y exclusiva, y 5) contratos de agencia.

## 1. Distribución dual

El artículo 2.4 del Reglamento 330/2010 exige de la aplicación del artículo 101.1 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en las situaciones de «distribución dual», en las que un fabricante distribuye sus productos directamente en el mercado además de venderlos a otros distribuidores, de modo que el fabricante compite con sus propios distribuidores en el mercado. La exención se aplica si se dan estas dos condiciones:

- el acuerdo es recíproco;
- el proveedor opera en el nivel ascendente como fabricante, importador o mayorista y, en el nivel descendente, como importador, mayorista o minorista de bienes; y el comprador opera en el nivel descendente como importador, mayorista o minorista, sin ser competidor del proveedor en el nivel ascendente en el que compra los bienes.

### 1.1. Distribución dual e intercambios de información

El artículo 2.5 del RECAV aclara que la exención del artículo 2.4 no será de aplicación a los intercambios de información entre proveedor y comprador que a) no estén directamente relacionados con la aplicación del acuerdo vertical o b) no sean necesarios para mejorar la producción o la distribución de los bienes. Mientras que la primera circunstancia de exclusión es evidente, al ser consecuencia del propio ámbito de aplicación del reglamento —que se aplica a acuerdos verticales—, la segunda circunstancia (no necesidad) ha de ser objeto de interpretación y análisis caso por caso.

A tal respecto, las Directrices incluyen en sus puntos 99 y 100 listados no exhaustivos de ejemplos de información cuyo intercambio se puede entender que

cumple los requisitos del artículo 2.4 del RECAV.

Quedarían exentos de la aplicación del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los siguientes intercambios de información:

- Información relativa a la comercialización de los productos objeto del contrato, incluida la información sobre campañas promocionales y sobre nuevos productos que vayan a ser comercializados en virtud del acuerdo vertical.
- Información relativa a los precios de venta recomendados del proveedor y los precios a los cuales el comprador revende los bienes, siempre que esta información no se utilice para restringir la libertad del comprador en la fijación de dichos precios de reventa.
- Información agregada sobre la comercialización y actividad de ventas de otros compradores de los bienes contractuales siempre que esto no permita al comprador identificar la actividad de compradores competidores concretos.
- Información sobre el volumen o valor que representan las ventas de los bienes contractuales por el comprador en relación con sus ventas de productos competidores.

En cambio, no estarían exentos los siguientes intercambios:

- Información sobre los precios futuros a los cuales el proveedor y el comprador tienen la intención de vender

los bienes contractuales en el nivel descendente en el que compiten.

- Información relativa a usuarios finales de los productos contractuales, salvo cuando sea necesario a) para satisfacer las exigencias de ciertos usuarios finales o b) para controlar el cumplimiento de un sistema de distribución selectiva o exclusiva en que se hayan atribuido ciertos clientes finales al proveedor o al comprador.

Si los intercambios de información no reúnen las condiciones del artículo 2.4 del RECAV, ello no significa necesariamente que sean anticompetitivos, sino que deben ser objeto de análisis individual al margen de este reglamento. Para esos casos, las Directrices indican que la presencia de dichos intercambios no impide que las demás disposiciones del acuerdo vertical puedan acogerse a la exención de dicho reglamento (Directrices, punto 102) y añaden que las empresas pueden tomar precauciones en esos escenarios para minimizar riesgos tales como agregar la información, retrasar su suministro o seleccionar a las personas dentro de la organización del proveedor que recibirán dicha información (Directrices, punto 103).

## 1.2. *Distribución dual y proveedores de servicios de intermediación en línea*

El RECAV distingue las situaciones que son propiamente de distribución dual de la figura de los proveedores de servicios de intermediación en línea (término con el que dicho reglamento se refiere a las plataformas que facilitan las transacciones entre empresas —B2B— o entre dichas empresas y los consumidores

finales —B2C—). A menudo dichas plataformas actúan con dos roles diferentes: por un lado, actúan como compradores y distribuidores propiamente dichos de los productos del fabricante o proveedor en cuestión y, por otro, como intermediarios en la venta de productos por parte de terceros a quienes prestan el servicio de plataforma o intermediación en línea. Las Directrices califican este doble rol de las plataformas de «función híbrida».

Pues bien, conforme al artículo 2.6 del RECAV, la exención relativa a la distribución dual no se aplica a los acuerdos verticales relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea en los que el proveedor de éstos sea una empresa competidora en el mercado de referencia para la venta de los bienes o servicios intermediados.

En todo caso, para la valoración de estos acuerdos, las Directrices destacan que es importante tener en cuenta que puede tratarse de acuerdos *de minimis* en el supuesto de que las partes tengan una baja cuota de mercado. A estos efectos, habrá que tener en cuenta la Comunicación *de minimis* de la Comisión y las disposiciones a tal efecto de la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia. La Comisión añade que el poder de mercado en este sector puede medirse con métricas que no son necesariamente los ingresos de la plataforma, sino otras, como el número de transacciones intermediadas o el número de usuarios. La Comisión también indica que, a no ser que dichos acuerdos contengan restricciones por objeto o las partes ostenten un poder de mercado significativo, no es plausible que priorice la investigación de acuerdos de servicios de intermediación en línea con proveedores híbridos.

## 2. Tratamiento de las restricciones de las ventas en línea

Conforme al RECAV, el proveedor puede imponer al comprador ciertas restricciones de la venta en línea (sección 2.1) o restricciones de la publicidad en línea (sección 2.2) siempre y cuando no tengan como efecto directo o indirecto impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales (lo cual es considerado una restricción especialmente grave de la competencia).

### 2.1. Restricciones de la venta en línea

Conforme a las Directrices, el proveedor puede imponer las siguientes restricciones de la venta en línea al distribuidor:

- prohibir el uso de *marketplaces*;
- establecer requisitos de calidad para la tienda en línea del distribuidor;
- obligar al distribuidor a que disponga de una tienda física;
- implantar un sistema dual de precios para ventas físicas y en línea;
- obligar al distribuidor a realizar un volumen mínimo de ventas físicas.

En lo que se refiere al caso concreto de los *marketplaces*, las Directrices facilitan orientaciones para evaluar los casos en que se supera el umbral de cuota de mercado del 30 %. En concreto, una tal restricción debe ser proporcional y no ir más allá de lo necesario para preservar la calidad y garantizar el uso adecuado de los bienes o servicios contractuales. A

tal respecto, las Directrices señalan que probablemente queden fuera de la exención las siguientes conductas del proveedor: a) que haya incluido al *marketplace* como distribuidor autorizado en su sistema de distribución selectiva; b) que restrinja el uso de *marketplaces* por parte de determinados distribuidores autorizados, pero no de otros, o c) que restrinja el uso de los *marketplaces* a sus distribuidores, pero use un *marketplace* para distribuir los bienes o servicios contractuales.

Igualmente, una novedad importante introducida por el RECAV es la posibilidad de implantar un sistema dual de precios para las ventas físicas y en línea. Se trata de 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 en línea o en tiendas físicas. Bajo el régimen anterior, no se podía vender a precio diferente el mismo producto al mismo distribuidor cuando este mismo fuera a venderlo en línea o en una tienda física.

Pues bien, ahora el reglamento no califica esta práctica como una restricción especialmente grave de la competencia. Por tanto, los proveedores podrán fijar precios distintos para las ventas en línea y fuera de línea respecto del mismo distribuidor, siempre y cuando 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. Esto último acontecería a) si la diferencia en el precio de venta al por mayor hiciera

que la venta en línea no fuera rentable o b) si se utilizara para limitar la cantidad de productos que el distribuidor puede vender en línea.

En cambio, el proveedor no puede hacer lo siguiente:

- exigir a sus distribuidores que impidan a los clientes situados en otro territorio visitar su sitio web o que pongan fin a las transacciones en línea de los consumidores cuando los datos de sus tarjetas de crédito revelen una dirección que no se encuentra en el territorio del distribuidor;
- obligar al distribuidor a que solicite la autorización previa del proveedor para vender en línea;
- exigir al distribuidor que sólo venda en espacios físicos o con la presencia física de personal autorizado;
- obligar al distribuidor a que no utilice las marcas del proveedor en su página web.

## 2.2. Restricciones de la publicidad en línea

En primer lugar, el proveedor puede exigir que la publicidad en línea realizada por sus distribuidores cumpla determinadas normas de calidad o incluya contenidos o información específicos.

En segundo lugar, no se puede prohibir por completo el uso de las herramientas de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda ni imponer obligaciones indirectas que lleven al mismo resultado, como a) la obligación

del distribuidor de no utilizar las marcas comerciales o los nombres de las marcas de los proveedores para pujar para posicionarse en los motores de búsqueda o b) la prohibición de proporcionar información relativa a los precios a las herramientas de comparación de precios (Directrices, punto 206). Sin embargo, las Directrices permiten establecer restricciones al uso de ciertas herramientas de comparación de precios a) que no cumplan con ciertos estándares de calidad (Directrices, punto 349) y b) que no sean utilizadas por la mayoría del público.

Por último, las Directrices enumeran en su punto 353 una serie de pautas para evaluar la compatibilidad de las restricciones impuestas a las herramientas de comparación de precios en aquellos acuerdos que no puedan beneficiarse del RECAV (por ejemplo, en los que las partes tengan una cuota de mercado superior a 30 %): a) la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores; b) la importancia de las herramientas de comparación de precios como canal publicitario en los mercados de productos y geográficos, y c) el alcance de las restricciones.

### 3. Obligaciones de paridad

Las obligaciones de paridad, también conocidas como *cláusulas de cliente o nación más favorecida* (MFN, por su acrónimo en inglés), son obligaciones que prohíben a una empresa ofrecer a terceros mejores precios o condiciones contractuales.

Se puede distinguir entre obligaciones de paridad amplias y estrechas (*wide MFN* y *narrow MFN*, respectivamente). Las primeras son aquellas que prohíben a una empresa ofrecer mejores condiciones en cualquier

otro canal de venta o comercialización; las estrechas limitan sólo el ofrecimiento de mejores condiciones en el canal de venta directo propio de la empresa sujeta a la cláusula.

Desde otro punto de vista puede también distinguirse entre obligaciones de paridad mayorista y minorista. En el primer caso, se trata de limitaciones a la venta o comercialización en el canal mayorista; las obligaciones de paridad minorista impiden que el bien o servicio se comercialice al usuario final a un menor precio o en mejores condiciones.

Conforme al RECAV, quedan exentas de la aplicación del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea todas las obligaciones de paridad, salvo el supuesto concreto de las obligaciones de paridad minorista que impidan a una empresa vender en un proveedor de servicios de intermediación en línea en mejores condiciones que en otra plataforma competidora.

Así lo establece el artículo 5.1d del RECAV cuando indica que «[l]a exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: [...] d) cualquier obligación, directa o indirecta, que impida al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea».

La obligación de paridad no sólo puede derivarse de una cláusula contractual, sino también de otras medidas directas o indirectas, como el uso de precios diferentes o incentivos cuya aplicación por la plataforma en línea en cuestión depende de las condiciones en las que el comprador de los servicios de intermediación en línea ofrece bienes o servicios a los usuarios finales a través de

servicios de intermediación en línea competidores.

En cualquier caso, la sección 8.2.5.1 de las Directrices ofrece elementos que se han de tener en cuenta para evaluar si una obligación de paridad minorista entre plataformas en línea que no esté exenta por el RECAV reúne las condiciones del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

- la posición de mercado del prestador de servicios de intermediación en línea que impone la obligación y la de sus competidores;
- la proporción de compradores de los servicios de intermediación en línea que están cubiertos por las obligaciones;
- el comportamiento de los compradores de los servicios de intermediación en línea y de los usuarios finales (cuántos servicios de intermediación en línea competidores utilizan);
- la existencia de barreras de entrada al mercado de referencia para el suministro de servicios de intermediación en línea;
- la importancia de los canales de venta directa de los compradores de los servicios de intermediación en línea y la medida en que dichos compradores pueden retirar sus productos de las plataformas de los proveedores de servicios de intermediación en línea (*de-listing*).

Por otra parte, también las Directrices ofrecen criterios que hay que tener en cuenta para la autoevaluación de las restantes obligaciones de paridad en aquellos casos en que el RECAV no sea de aplicación, fundamentalmente porque alguna de las partes supere el

umbral del 30 % de cuota en los mercados de referencia (secciones 8.2.5.2 a 8.2.5.5).

Finalmente, las autoridades de defensa de la competencia pueden decidir aplicar el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las obligaciones de paridad que, pese a en principio reunir las condiciones del RECAV, entrañen efectos incompatibles con el artículo 101.3 de dicho tratado. En particular, el artículo 6.1 del RECAV menciona que tales efectos se pueden dar, por ejemplo, cuando el mercado de referencia para la prestación de servicios de intermediación en línea esté muy concentrado y la competencia entre los proveedores de dichos servicios esté restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos similares que limiten a los compradores de los servicios de intermediación en línea la oferta, venta o reventa de bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables en sus canales de venta directa.

#### 4. Sistemas de distribución

El RECAV distingue tres posibles sistemas de distribución entre los cuales podría escoger un proveedor de bienes o servicios: a) distribución exclusiva; b) distribución selectiva, y c) otro tipo de distribución (donde entraría cualquier sistema de distribución que no sea exclusivo ni selectivo). Pues bien, dicho reglamento introduce modificaciones con respecto a) al diseño de los sistemas de distribución exclusiva y selectiva (secciones 4.1 y 4.2) y b) a las restricciones a la reventa permitidas en los distintos sistemas de distribución (sección 4.3).

##### 4.1. El diseño de los sistemas de distribución exclusiva

El RECAV define en su artículo 1.1h los sistemas de distribución exclusiva como



aquellos en los que el proveedor reserva en exclusiva para sí o para un máximo de cinco compradores un territorio o un grupo de clientes y restringe las ventas activas del resto de sus compradores en ese territorio o grupo de clientes.

Con ello, el RECAV introduce un importante cambio respecto del régimen anterior al admitir, dentro del concepto de ‘distribución exclusiva’, lo que se ha denominado como *exclusividad compartida*, es decir, la posibilidad de que la reserva en exclusiva del territorio o grupo de clientes sea para el proveedor o para varios compradores (cinco como máximo) y no para un único distribuidor.

#### 4.2. *El diseño de los sistemas de distribución selectiva*

En el marco de un sistema de distribución selectiva, el proveedor puede seleccionar a sus distribuidores autorizados sobre la base de criterios cuantitativos o cualitativos, debiendo establecerse, en principio, estos últimos para las ventas en línea y en tienda física. Hasta ahora, los criterios cualitativos establecidos para ambos tipos de ventas de los distribuidores selectivos debían ser «globalmente equivalentes». Sin embargo, ahora las Directrices indican que, en la medida en que ambos canales de venta tienen características diferentes, los criterios para las ventas en línea pueden no ser equivalentes a los criterios para las ventas en tienda física, siempre y cuando los criterios impuestos a las ventas en línea no tengan el objeto indirecto de evitar que el distribuidor venda los productos por internet a territorios o clientes particulares.

#### 4.3. *Las restricciones a la reventa permitidas en los distintos sistemas de distribución*

Al igual que la normativa anterior, el RECAV recoge en su artículo 4b, 4c.1 y 4d como restricción especialmente grave la del territorio en el que el distribuidor pueda vender activa o pasivamente los bienes o servicios contractuales (o la de los clientes a los que igualmente pueda vendérselos) y establece a continuación una serie de excepciones, que pueden resumirse como sigue:

- Está permitido que el proveedor prohíba las ventas activas por parte del comprador y de sus clientes directos en un territorio o a un grupo de clientes exclusivo, independientemente del sistema de distribución del territorio de origen.
- Está permitido que el proveedor que opere un sistema de distribución selectiva en un territorio prohíba al comprador y a sus clientes las ventas activas y pasivas a los distribuidores no autorizados del territorio donde opere el sistema selectivo, independientemente del sistema de distribución del territorio de origen.
- Está permitido que el proveedor establezca una limitación al lugar de establecimiento del comprador.
- Está permitido que el proveedor prohíba al comprador que opere a nivel mayorista las ventas activas o pasivas a usuarios finales.
- Está permitido que el proveedor prohíba al comprador que venda activa o pasivamente componentes



suministrados para incorporarlos a un producto a clientes que tengan intención de usarlos para fabricar el mismo tipo de bienes que fabrica el proveedor.

En primer lugar, el RECAV introduce la posibilidad de imponer ciertas restricciones a la reventa del producto o servicio no sólo al comprador del acuerdo, sino a los clientes del comprador. Concretamente, el proveedor del acuerdo puede limitar a) las ventas activas al territorio o grupo de clientes exclusivo y b) las ventas activas y pasivas a los distribuidores no autorizados del territorio donde opere el sistema selectivo de sus clientes (los compradores del acuerdo) y de los clientes de estos últimos.

En segundo lugar, se han actualizado y aclarado los conceptos de ventas activas y pasivas. El RECAV incluye una definición de ventas activas y pasivas que está en línea con la acepción tradicional de dichos conceptos: las *ventas activas* son aquellas que se producen al haberse dirigido activamente al cliente, territorio o grupo de clientes en cuestión; las *ventas pasivas* son las que se producen sin que se haya efectuado esa aproximación activa. No obstante, las Directrices aclaran dichas nociones (sobre todo, en relación con las ventas en línea) e introducen algunos matices importantes.

Por una parte, en cuanto a las ventas activas, las Directrices aclaran que el uso de una opción de lenguaje distinta de las lenguas habitualmente utilizadas en el territorio del distribuidor en su tienda en

línea, en general se entiende como venta activa (excepto cuando el idioma sea el inglés, ya que se utiliza de manera general en la Unión Europea). Lo mismo ocurre con las tiendas en línea que utilizan un dominio correspondiente a un territorio distinto al del distribuidor<sup>2</sup>. De la misma manera, se considera una forma de venta activa el hecho de usar medios de publicidad en línea en idiomas que no son los habitualmente utilizados en el territorio del distribuidor o que utilizan nombres de dominio de países diferentes al territorio del distribuidor.

De acuerdo con lo anterior, las Directrices detallan que las promociones y publicidad dirigidas a un grupo de clientes específico son una forma de venta activa y se refieren, en particular, a los servicios de publicidad en línea que permiten al vendedor seleccionar los territorios o clientes a los que se mostrará el anuncio en línea, como la publicidad de búsqueda, la publicidad en webs, *app stores* o redes sociales. No obstante, en cada caso, habrá que analizar cuál es el objetivo de la publicidad en cuestión para determinar si da lugar a ventas activas o pasivas: si la publicidad está dirigida a clientes situados en el territorio del distribuidor y no puede evitarse que sea vista por clientes situados en otros territorios o por grupos de clientes diferentes, entonces dará lugar a ventas pasivas. El uso de herramientas y técnicas de optimización de motores de búsqueda (dedicados a mejorar la visibilidad o el posicionamiento de la página web del comprador en los motores de búsqueda) o la oferta de una aplicación en la *app store* son también,

<sup>2</sup> No se considera venta activa cuando se utiliza un nombre de dominio general que no es específico de ningún país como «.com».

en principio, formas de venta pasiva en la medida en que son medios que permiten a los clientes potenciales encontrar al distribuidor.

Por otra parte, el RECAV indica que las ventas que resultan de la participación en procedimientos de licitación (públicos o privados) son ventas pasivas. La Comisión considera que la organización de la licitación es una forma de petición no solicitada por parte de los clientes a múltiples potenciales vendedores y, por lo tanto, la venta que pueda resultar de la participación en el proceso será una venta pasiva.

En tercer lugar, el RECAV introduce la posibilidad de prohibir a los distribuidores no selectivos la venta a distribuidores no autorizados en el territorio en el que el proveedor opere un sistema de distribución selectiva. Esta cuestión se plantea en situaciones en las que el proveedor opera un sistema de distribución mixto en el marco del cual combina, en los distintos territorios que componen el Espacio Económico Europeo (EEE), un sistema de distribución selectiva con otro tipo de sistema de distribución, un sistema exclusivo u otro.

## 5. Contratos de agencia

El contrato de agencia consiste en un acuerdo por medio del cual una persona física o jurídica (el agente) se obliga a negociar o suscribir contratos por cuenta de otra (el principal) para la compra de bienes o servicios por parte del principal o para la venta de bienes o servicios suministrados por el principal. Pues bien, esta clase de acuerdo está exenta de la aplicación del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea si puede ser calificado de

genuino, es decir, si el agente no asume ningún riesgo financiero o comercial en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal.

### 5.1. Tipos de riesgos

Conforme a las Directrices, existen los siguientes tipos de riesgo: 1) los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos por el agente por cuenta del principal; 2) los riesgos derivados o relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, y 3) los riesgos relacionados con la necesidad de realizar otras actividades en el mismo mercado del producto siempre que el principal requiera que el agente lleve a cabo esas actividades por su propia cuenta, y no como agente en nombre del principal (Directrices, punto 31).

A tal respecto, las Directrices describen en su punto 33 las características que suelen reunir los acuerdos de agencia genuinos:

- El agente no adquiere la propiedad de los bienes comprados o vendidos. Sin embargo, el hecho de que el agente adquiera temporalmente la propiedad de los bienes en nombre del principal no excluye la existencia de un acuerdo de agencia genuino (esta hipótesis es una novedad con respecto a las antiguas directrices).
- El agente no contribuye a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato.
- El agente no mantiene, corriendo personalmente con los costes y

riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato y puede devolver los bienes al principal en caso de que no se hayan vendido.

- El agente no asume responsabilidad por el incumplimiento del contrato de los clientes.
- El agente no asume responsabilidad frente a los clientes o terceros por las pérdidas o daños resultantes de los bienes o servicios objeto del contrato.
- El agente no está obligado a invertir en promoción de ventas.
- El agente no realiza inversiones destinadas al mercado en equipos, locales, formación del personal o publicidad de bienes o servicios objeto del contrato.

Otra novedad de las Directrices es que describen en su punto 35 que el principal puede reembolsar los costes al agente genuino para evitar que este último incurra en riesgos, ya sea a) devolviendo los costes exactos en los que haya incurrido el agente; b) mediante una cantidad fija a tanto alzado, o c) con el pago de un porcentaje fijo de los ingresos en virtud del contrato de agencia. El método elegido debe garantizar que se distingan bien las cantidades otorgadas por el principal para reembolsar costes de cualquier otro pago realizado por el principal al agente (por ejemplo, remuneración por la prestación de servicios de agencia).

Si el contrato de agencia es genuino por no contener los riesgos financieros o comerciales anteriormente escritos, no

le son aplicables las prohibiciones contenidas en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea respecto de las obligaciones impuestas a los agentes en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal (por ejemplo, el mantenimiento de precio de reventa). En cambio, si no cabe que el contrato sea calificado de genuino, no implica automáticamente que sea contrario al artículo 101.1 del mencionado tratado, sino que las cláusulas contenidas en él deberán evaluarse conforme al artículo 101.3 de dicho texto legal.

## 5.2. Agentes duales

Un agente dual es aquel que es distribuidor de algunos bienes o servicios de un proveedor y al mismo tiempo agente para otros bienes o servicios de ese mismo proveedor (Directrices, punto 36). Conforme a las Directrices, los contratos de agencia dual no se benefician de la exención establecida en el artículo 2 del RECAV, salvo que 1) puedan delimitarse las actividades y riesgos cubiertos por el contrato de agencia, 2) que el distribuidor sea verdaderamente libre de celebrar el acuerdo de agencia y 3) que todos los riesgos vinculados a la venta de bienes o servicios cubiertos por el acuerdo de agencia sean asumidos por el principal (Directrices, punto 34).

## 5.3. Contrato de agencia y proveedores de servicios de intermediación en línea

Por último, las empresas que prestan servicios de intermediación en línea no pueden considerarse agentes genuinos (Directrices, punto 46). Por ello, si imponen un precio de reventa mínimo por la transacción que facilitan, ello no

queda exento automáticamente en virtud del RECAV, sino que deberá llevarse a cabo un examen más detallado sobre

el eventual cumplimiento de las condiciones del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.