

LA CONFIGURACIÓN DE LA VENTA ON LINE DE PRODUCTOS DE LUJO EN LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

THE CONFIGURATION OF THE ON LINE SALE OF LUXURY PRODUCTS IN SELECTIVE DISTRIBUTION SYSTEM

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho Internacional privado
(acreditada a contratado doctor)*

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5369-2301

Recibido: 11.06.2019 / Aceptado: 12.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4968>

Resumen: La pertenencia a una red de distribución selectiva puede ser muy positivo para un distribuidor oficial. Esto es así porque puede beneficiarse del prestigio de la marca que comercializa. Este beneficio tiene su contrapartida y es que el distribuidor oficial debe acatar las reglas que el titular de la red le impone contractualmente. Uno de los aspectos en los que se puede ver condicionado y afectar a su actividad empresarial es en lo relativo a la venta *on line*. El titular de la red va a poder justificar restricciones en las ventas *on line* de sus distribuidores oficiales en aras de proteger el prestigio de la marca sin vulnerar las normas europeas de competencia. Esto se traduce en que al distribuidor oficial se le podría prohibir la venta en determinadas plataformas de comercio electrónico. Se podría decir que la situación actual beneficia a los titulares de las redes oficiales de distribución, ya que amparados en las normas europeas de competencia pueden incorporar cláusulas en los contratos de distribución selectiva que les permitan un gran control sobre la venta *on line* de sus distribuidores oficiales.

Palabras clave: producto de lujo, marca, distribución selectiva, venta *on line*.

Abstract: Being a member to a selective distribution network can be very positive for an official distributor. This is because the distributor can benefit from the prestige of the brand. This benefit has its opposite side because the official distributor must abide the rules that the owner of the network imposes contractually. One of the aspects in which the official distributor can see conditioned and affect its business activity is in relation to online sales. This is so because the owner of the network will be able to justify restrictions on the online sales of their official distributors in order to protect the prestige of the brand without violating European competition rules. This means that the official distributor could be prohibited from selling on certain e-commerce platforms. It could be said that the current situation benefits the holders of the official distribution networks, since covered by the European competition rules may incorporate clauses in the selective distribution contracts that allow them a great control over the online sale of their official distributors.

Keywords: luxury product, trademark, selective distribution, ecommerce.

Sumario: I. Introducción. II. La venta *on line*. III. Elementos claves en un contrato de distribución selectiva. IV. La configuración de las ventas *on line* realizadas por el distribuidor oficial de productos de lujo en atención a las normas de competencia europeas. 1. Consideraciones generales. 2. La página web como canal de venta alternativo. 3. La exigencia de establecimiento físico para poder vender *on line*. 4. Los criterios cualitativos en la venta *on line*. 5. La prohibición al distribuidor oficial de vender en plataformas de *e-commerce* de terceros. A) Aproximación inicial. B) La visión

del TJUE en el asunto *Coty*. C) Aspectos sin resolver. V. Cláusulas concretas: qué incluir y que no incluir en un contrato de distribución selectiva para la configuración de la comercialización *on line* de productos de lujo.

I. Introducción

1. Los productos de lujo suelen comercializarse mediante redes de distribución selectiva. Como estudiaremos, estas redes se caracterizan principalmente por elegir a sus miembros en atención a criterios cualitativos¹. Criterios que permiten potenciar la imagen de prestigio de la marca en el mercado². Los contratos de distribución selectiva han aumentado considerablemente en estos últimos diez años³. Una de las razones a las que apunta la Comisión Europea es debido al protagonismo que ha cobrado el comercio *on line*⁴. Los fabricantes y proveedores celebran con más asiduidad contratos de distribución selectiva porque es una de las vías más adecuadas para controlar las redes de distribución. Por lo tanto, es posible afirmar que el impacto del *ecommerce* en todas las áreas (en lo jurídico, hábitos de consumo, en las relaciones sociales...) es innegable. En el presente trabajo se va a poner en relieve una de las parcelas en la que el comercio electrónico ha presentado gran influencia, y es en la configuración de las redes de distribución de productos de lujo. En particular, en la incidencia que presentan las decisiones de los titulares de las redes de distribución selectiva para configurar la venta *on line* de esos productos de lujo para el Derecho de la competencia europea.

2. En la actualidad, conforme a las normas de competencia europeas, el titular de estas redes debe permitir a los distribuidores oficiales la venta de estos productos tanto en un punto de venta físico como *on line*. Sin embargo, tras la STJUE de 6 de diciembre en el asunto *Coty* se podría decir que esa libertad de los distribuidores se ha visto limitada en favor de proteger la imagen de prestigio y *glamour* de los productos considerados de lujo⁵.

En definitiva, se analizará hasta dónde se puede controlar el titular de la red al distribuidor oficial en la comercialización por Internet de los productos sin vulnerar con ese control el Derecho europeo de la competencia.

De este modo, el presente trabajo se va a dividir en dos partes diferenciadas. En la primera, se analizará sobre lo que dispone el Derecho de la competencia en relación a la libertad del titular de una red de distribución selectiva en configurar la venta *on line* de sus distribuidores oficiales. Para ello se utilizarán varios instrumentos jurídicos como es el *Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del 101.1 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas* (en adelante, R. 330/2010)⁶ y las *Directrices que acompañan a este Reglamento*⁷. En la segunda parte, se analizarán los aspectos

¹ Sobre la distribución selectiva *vid* sin carácter exhaustivo, R. ALONSO SOTO, "Tipología de los contratos de distribución comercial", en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, pp. 59-72; F. CARBAJO CASCÓN, "El contrato de distribución selectiva", en J. IGNACIO RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018; M.A DOMÍNGUEZ GARCÍA, "Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial", en A. L. CALVO CARAVACA/ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1276 y ss; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 95 y ss.; A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-49; V. KORAH/ D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 7 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 231-244.

² STJUE de 23 de abril de 2009, *Copad c. Christian Dior*, C- 59/08, ECLI:EU:C:2009:260.

³ Informe de la Comisión al Consejo y al parlamento europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941

⁶ DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

⁷ DOUE C 130/1 de 19 de mayo de 2010.

claves de un contrato de distribución selectiva para así posteriormente señalar qué cláusulas concretas se podrían incluir en él para que el titular de la red ejerza un fuerte control sobre la venta *on line* de sus distribuidores oficiales sin lesionar las normas de competencia europeas.

II. La venta *on line*

3. Internet es el gran escaparate mundial. Prueba de ello son las cifras actuales. En el año 2017, 1.770 millones de personas compraron mediante Internet. Dichas ventas supusieron cerca de 15.000 billones de dólares⁸. Hoy en día no es ninguna novedad señalar que todo aquél que quiera mantener o hacer crecer su negocio sabe que tiene que estar presente en la red. Las marcas de lujo no son menos y necesitan también de Internet para seguir adelante. Así brevemente podemos decir que Internet ha supuesto las siguientes consecuencias⁹:

- 1) *Eliminación de barreras de entrada*. La presencia de Internet ha hecho que los mercados pierdan territorialidad. Esto hace que el mercado tienda a ser mundial. Es más, dentro del Espacio Económico Europeo, Internet se ha traducido en más mercado único, dilución de las barreras de entrada, pérdida de protagonismo de los mercados nacionales.
- 2) *El surgimiento de nuevos operadores*. Plataformas de comercio electrónico o los también denominados agregadores de información han dado lugar a nuevas vías para vender productos. Internet ha permitido que aparezcan nuevos gigantes. Entre ellos, en el sector de la distribución comercial se podrían destacar a los sobradamente conocidos, *Amazon* o *Alibaba*.
- 3) *Mayor competencia*. Ya no sólo se compete con los empresarios del área geográfica donde esté radicado el establecimiento físico, sino que se compete con todo aquél que ofrezca el mismo tipo de bien o servicio en la red. Esta situación puede plantear una doble valencia. Por un lado, la competencia es mayor, y por lo tanto, puede influir en los precios, teniendo los oferentes que ajustarlos. Por el otro, el número de clientes a los que se puede llegar con Internet es también más numeroso.
- 4) *Ventajas para el consumidor*. Internet no sólo permite llevar a cabo una compra cómoda sin costes de desplazamientos, sino que también es una herramienta clave para la compra *offline*. El consumidor cuando desea comprar un producto en una tienda física, es muy frecuente que primero lleve a cabo un rastreo en la red con el fin de comparar precios y productos de diferentes marcas.
- 5) *Ventajas para el que vende su producto y/o servicio*. Una página web donde ofertar los productos permite al que los vende conocer mejor las preferencias de sus potenciales clientes. El vendedor puede mediante el número de veces que se accede a un producto saber si puede llegar a interesar al cliente. Esto permite tomar decisiones de organización en cuanto al stock que sobre determinados productos se debería disponer en la tienda física. Internet también permite gestionar mejor lo que en el sector de la distribución minorista actualmente denominan *clienteling*. El *clienteling* se podría decir que es una técnica de venta que consiste en ofrecer al cliente un servicio personalizado en atención a sus preferencias o gustos en base a los datos que ese establecimiento tiene sobre el cliente. El *big data* y el servicio preventa en el *retail* de marcas de lujo se unen con el fin de fidelizar lo más posible a la clientela a través de un trato exquisito. Internet ha supuesto un gran avance en el *retail* de lujo porque ha permitido que las grandes marcas puedan almacenar en la nube los datos de sus clientes. Así, la tienda de la marca de lujo X sita en la calle Serrano de Madrid a través de estos sistemas podría disponer de los datos de un cliente de la marca que compra en cualquier otra parte del mundo.

⁸ Resulta interesante el informe la consultora *Deloitte* relativo al año 2017 sobre la distribución minorista <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/consumer-business/Global-Powers-of-Retailing-2017-Espa.pdf>

⁹ Vid sobre este particular, L. A. VELASCO SAN PEDRO/ C. HERRERO SUÁREZ, <<Mercados electrónicos, marcas y Derecho de la competencia>>, en L.A VELASCO SAN PEDRO.J.A./ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución* (Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters,2014, pp. 566-570.

- 6) *Infracciones de Derechos de Propiedad intelectual e industrial*. Internet es una selva, se puede encontrar de todo vendido por cualquiera. Y todo ello, con las consecuencias que implica para los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual (*en adelante DPII*). Las descargas ilegales de contenidos protegidos por derechos de autor son numerosas a diario, de igual manera que la venta de falsificaciones de productos de marca o la apropiación de nombres de dominio¹⁰.
- 7) *Auge del comercio paralelo*. Internet es un medio ideal para que agentes independientes puedan dar salida a los productos de una marca renombrada. Estos distribuidores no oficiales consiguen los productos debido, entre otras razones, a la deslealtad de algún miembro de la red oficial de distribución¹¹. Bien mediante una página propia, o mediante una plataforma de comercio electrónico los productos de marca pueden llegar al consumidor a un precio bastante inferior al que vende la red oficial. La red de redes permite que estos agentes reduzcan costes, ya que, *ad ex.*, pueden prescindir de un establecimiento físico o de personal a su servicio. En definitiva, no tienen que hacer frente a todos los costes que implica pertenecer a una red oficial de distribución en el caso de las marcas de lujo.

III. Elementos claves en un contrato de distribución selectiva

4. Desde el punto de vista de las normas de competencia, los titulares de las redes oficiales de distribución de productos de lujo tienen una amplia libertad para crear sus redes de distribución selectiva. Éstas son un método de distribución que permite la diferenciación de un producto en el mercado. Hoy en día, la elevada competencia hace necesario que se cree una demanda específica. Esto se hace mediante técnicas de diferenciación del producto frente a otros del mismo tipo y naturaleza. Esto es posible cuando el tipo de producto permite su venta con amplios márgenes de ganancia. Así, en los productos que se venden conforme a estos sistemas, los distribuidores no suelen competir por el precio sino por la calidad de los productos ofertados. Uno de los aspectos esenciales para crear estos sistemas de distribución selectiva en los productos de lujo reside en la configuración contractual de la red. En torno a ello, consideramos que tres son los aspectos esenciales:

- 1) *Elección de distribuidores conforme a criterios cualitativos*. Como ya se ha señalado, el sistema de venta en la distribución selectiva se forma en torno a las cualidades de los vendedores. Dichas cualidades deben basarse en criterios objetivos y específicos que van en consonancia con la naturaleza del producto, *ad ex.*, dimensiones del local donde se va a vender el producto, su ubicación, posibilidad de prestar servicios preventa (información) y posventa (reparaciones, mantenimiento, reclamaciones)¹². Por lo tanto, no cualquiera puede ser distribuidor de estos productos. La elección de los distribuidores es indirecta, ya que si un distribuidor cumple los criterios exigidos por la red se le debería admitir dentro de la misma. Aunque principalmente la elección se basa en criterios cualitativos como los mencionados anteriormente, no hay que descartar que el fabricante y/o proveedor también podría utilizar criterios cuantitativos para elegir a sus distribuidores autorizados. El *R. 330/2010* ni sus *Directrices* prohíben que los criterios cuantitativos puedan estar presentes como criterios de elección de distribuidores (*Directrices 175-177*). Así en principio, un sistema de distribución selectiva podría combinar criterios cualitativos y cuantitativos en la elección de sus miembros, siempre que estos criterios sean específicos¹³. La necesidad de dicha combinación

¹⁰ Sobre este último particular, *vid.* M. MONTEAGUDO MONEDERO, "Legal Tech y protección de las marcas", en M. BARRIO ANDRÉS, *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, La Ley, Madrid, 2019, pp. 279-292.

¹¹ La deslealtad del distribuidor oficial puede presentar diferentes consecuencias jurídicas en atención al ángulo mediante el cual se enfoque el problema, así puede plantearse de un incumplimiento contractual, de una infracción marcaria o de un ilícito antitrust, para un mayor detalle *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2015, pp.83, 203-205 y 287-289.

¹² F. CARBAJO CASCÓN. "El contrato de distribución selectiva", en J. IGNACIO RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 94.

¹³ I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y ...*, p. 78.

podría estar justificada en el caso de redes en los que existen distribuidores mayoristas y minoristas. La limitación del número de distribuidores por zona evita que una concentración excesiva de operadores pueda dañar la imagen de marca¹⁴.

- 2) *Prohibición de venta a terceros ajenos a la red oficial de distribución.* Una de las cláusulas claves de un contrato de distribución selectiva es la prohibición de que los miembros oficiales de la red vendan los productos objetos del contrato a terceros ajenos a la red. Esta imposición pretende evitar que los productos caigan en manos de comerciantes ajenos a la red oficial, produciéndose así el fenómeno conocido como comercio paralelo o importaciones paralelas. El comercio paralelo es la reventa de productos, generalmente de marca, al margen de la red oficial de distribución. Sin ánimo a entrar más en detalle porque se alejaría del objeto del presente trabajo, simplemente señalar que con el fin de evitar el comercio paralelo, el distribuidor que pertenece a una red de distribución selectiva sólo puede vender los productos o servicios contractuales: a) *A otros miembros de la red*, ya sean mayoristas o minoristas –esto es lo que se conoce como suministros cruzados–; b) *A consumidores finales*. La libertad de reventa del distribuidor oficial se restringe en aras de proteger la red oficial de distribución de intromisiones. Este tipo de cláusulas a pesar de que restringen la competencia, están permitidas. Las autoridades de competencia consideran que la distribución selectiva presenta importantes ventajas para la competencia, puesto que hace más eficiente la distribución de productos de prestigio (Directriz 175). Aun así, las normas de competencia exigen que esta prohibición de venta deba limitarse al territorio o territorios en los que el proveedor haya establecido la red de distribución selectiva (art. 4.b-iii R.330/2010). De este modo, *a sensu contrario*, dicha restricción de venta no sería lícita para el Derecho de la competencia si se exigiera en zonas donde no está instaurada la red de distribución selectiva.
- 3) *Venta en establecimientos autorizados.* La exigencia al distribuidor de que venda únicamente en los locales autorizados por el proveedor está permitida por el art. 4.c) R. 330/2010. La licitud de este tipo de cláusulas va en consonancia con la naturaleza de la distribución selectiva. Es decir, si para ser miembro de la red el distribuidor debe superar un examen cualitativo, el local es uno de los aspectos esenciales para superar dicho examen. No se puede olvidar que buena parte de dichos requisitos recaen sobre las características del establecimiento donde opera el distribuidor. Así, carecería de sentido que el distribuidor pudiera ir abriendo puntos de venta sin contar con la aprobación del titular de la red. Una vez entendido el sentido de la exigencia del visto bueno a los locales donde opera un distribuidor autorizado, es necesario resolver una cuestión inherente a lo anterior, y es, si es posible que el proveedor se niegue a autorizar un punto de venta aun cumpliendo los criterios cualitativos que la red exige. Hay autores que consideran que si los nuevos puntos de venta cumplen los criterios de calidad que la red exige no es posible que el titular de la misma se niegue a que el distribuir opere en ellos¹⁵. Este razonamiento podría ser perfectamente válido en los sistemas de distribución selectiva puramente cualitativos¹⁶. En estos sistemas basados en requisitos de acceso objetivos, el titular de la red debe permitir el acceso a todo aquél que cumpla con los requisitos exigidos. Del mismo modo, en base a la misma lógica, se debería admitir nuevos puntos de venta en tanto en cuanto cumplan con los requisitos que la red exige. La cuestión planteada todavía podría cobrar más sentido en los sistemas de distribución selectiva cuantitativos. Así, cabría plantearse si es posible denegar la apertura de nuevos establecimientos por parte de un distribuidor autorizado que cumplen los criterios de calidad de la red en base a que el titular no quiere tener más de un número determinados de establecimientos por área geográfica en la que opera. La respuesta podría venir de la mano de la Directriz 185 sobre restricciones verticales. Esta Directriz señala que la inclusión de cláusulas de situación puede estar justificada cuando se pretendan proteger inversiones importantes realizadas por el distribuidor autorizado. Esto permite evitar que otros miembros de la red le hagan competencia y que las

¹⁴ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 143

¹⁵ C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 61.

¹⁶ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 160.

inversiones realizadas se conviertan en inversiones cautivas. Esto podría justificar el rechazo a abrir nuevos establecimientos a pesar de cumplir con los criterios cualitativos que la red exige. Por lo tanto, en atención a lo anterior, las cláusulas de localización pueden cumplir dos funciones¹⁷: 1) Como vía de control de que los requisitos para pertenecer a la red se cumplen por el distribuidor autorizado; 2) Como vía para evitar inversiones cautivas en los sistemas de distribución selectiva cuantitativa.

IV. La configuración de las ventas *on line* realizadas por el distribuidor oficial de productos de lujo en atención a las normas de competencia europeas

1. Consideraciones generales

5. En atención a las normas europeas de competencia, el distribuidor oficial tiene la posibilidad de vender no sólo en su establecimiento físico sino también mediante Internet. A pesar de que el R.330/2010 no establece nada al respecto, de las Directrices sí que puede extraerse la anterior afirmación. La Directriz 52 sobre restricciones verticales señala que el distribuidor tiene total libertad para vender sus productos *on line*. Por lo tanto, los proveedores no van a poder reservarse las ventas por Internet y prohibirlas a sus distribuidores oficiales. Esto es así debido a que las ventas *on line* son consideradas generalmente por el Derecho de la competencia europeo como *ventas pasivas*.

6. La consideración general de las ventas *on line* como ventas pasivas y que por tanto no pueden prohibirse por el proveedor presenta una excepción. La Directriz 53 recoge que es posible la restricción de este tipo de ventas cuando pueden llevar a una venta activa. Así, la misma Directriz señala que la promoción o publicidad *on line* dirigida a un territorio o grupo de clientes asignados en exclusiva a otro distribuidor miembro de la red puede ser restringida y quedar exenta por el R.330/2010. Por lo tanto, las ventas *on line* de un distribuidor autorizado que contrata los servicios de un motor de búsqueda para publicar un anuncio en un territorio asignado a otro distribuidor podrían quedar restringidas¹⁸. Esto es así porque dichas ventas son consideradas activas¹⁹. Sin embargo, no deben correr la misma suerte las ventas solicitadas por un comprador que visitando la web del distribuidor oficial decide acabar comprando, ya que, estas ventas son consideradas pasivas.

2. La página web como canal de venta alternativo

7. La prohibición a los miembros de una red de distribución selectiva que vendan en un establecimiento que no haya sido autorizado permite plantearse la consideración que tiene para este tipo de redes la venta *on line*. En atención a lo expuesto anteriormente, un portal web no se puede considerar un establecimiento, sino un lugar para promocionar y vender bienes. Aun así, en muchas ocasiones las redes oficiales pretender guardarse para sí las ventas por Internet y prohibir a los distribuidores oficiales las mismas. Los argumentos en los que se basan dichas prohibiciones suelen ir dirigidos a evitar que la venta *por Internet* dañe el prestigio de la marca o la consideración de dichas ventas como activas, lo

¹⁷ *Ibidem*, p. 161.

¹⁸ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, La Ley, Madrid, 2013, p. 195; R. WISH/D. BAILEY, *Competition Law*, 7th edition, Oxford University Press, 2015, p. 667.

¹⁹ Hay autores que consideran que no debería diferenciarse entre ventas activas y ventas pasivas cuando se utiliza Internet como canal de venta. El razonamiento es que para estos autores la red ha eliminado los costes que el consumidor debe soportar para comparar el precio de los productos vendidos por diferentes distribuidores. Así, la calificación de las ventas como activas o pasivas sólo tiene sentido en la venta en establecimiento físico, en la que el cliente debe desplazarse a otra zona que no es la suya para poder comparar el precio de los productos. Por lo tanto, si dicha calificación no está presente en las ventas online, el proveedor debería tener la posibilidad de restringir las ventas por Internet a sus distribuidores oficiales. *Vid.* T. BUETNER/ A. COSCELLI/ T. VERGÉ/ R. WINTER, "An economic analysis of the Use of Selective distribution by Luxury Goods Suppliers", *European Competition Journal*, vol 5, nº1, abril 2009, pp. 224-224.

cual provoca la invasión de territorios asignados en exclusiva²⁰. En este sentido, el TJUE ha señalado que una cláusula que restrinja la venta de distribuidores oficiales por Internet podría ser considerada contraria al art. 101.1 TFUE por restringir la competencia por objeto y no quedar exenta en base al R.330/2010, ya que una página web no es otro establecimiento²¹.

8. En el mismo sentido, la Directriz 57 sobre restricciones verticales señala que “*es posible impedir a distribuidores autorizados que desarrollen su actividad comercial en locales diferentes o que abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente. En este contexto, el uso por un distribuidor de su propia página web no puede asimilarse a la apertura de un nuevo local en un emplazamiento diferente*”. Por lo tanto, la protección de la imagen y el prestigio de la marca no es un motivo suficiente para las normas de competencia que permita justificar la prohibición absoluta de vender por Internet a distribuidores selectivos. Es más, el hecho de que el proveedor no pueda prohibir las ventas activas ni pasivas al distribuidor selectivo minorista (art. 4.c) R.330/2010) le da mucha libertad a éste a la hora de comercializar los productos, pudiendo decidir si elige Internet o no como canal de venta²². No sucede lo mismo con el distribuidor mayorista selectivo, al cual en atención al art. 4.b.ii R.330/2010, cuyas ventas a usuarios finales pueden quedar restringidas da lugar a que sus ventas *on line* se limiten²³.

3. La exigencia de establecimiento físico para poder vender *on line*

9. Como se ha venido analizando, los titulares de las redes de distribución selectiva no pueden prohibir directa ni indirectamente las ventas *on line* a sus miembros. Sin embargo, esto no quiere decir que no puedan establecer condiciones o límites a dichas ventas, incluso restringirlas parcial o totalmente cuando las circunstancias y el contexto así lo requieren. Una de estas exigencias al distribuidor oficial para que pueda operar en línea es que cuente con un establecimiento físico²⁴. Sobre este particular podríamos diferenciar dos posiciones al respecto:

- 1) *Libertad a favor del titular de la red oficial para que decida si exige o no establecimiento físico*. Si las ventas *on line* se consideran un canal alternativo a la venta en tienda física y no como un establecimiento virtual, podría ser posible que los proveedores pudieran exigir a sus distribuidores que cuenten con un establecimiento físico²⁵. Esta exigencia presenta una ventaja evidente: le permite al proveedor evitar los distribuidores *online* puros. Esto reduce la posibilidad de *parasitismo*. El titular de la red evita que distribuidores que venden exclusivamente por Internet puedan competir con distribuidores que venden únicamente mediante tiendas físicas. El proveedor puede llegar a la conclusión de que permitir el distribuidor *on line* puro podría suponer un agravio comparativo para los distribuidores que sólo operan *offline*, puesto que les estaría haciendo competencia un revendedor que soporta mucho menos gasto.

No obstante, que el proveedor pueda exigir un establecimiento físico junto con el portal web no quiere decir que lo acabe haciendo. La Directriz 54 recoge que el proveedor puede reclamar a sus distribuidores que tengan uno o más puntos de venta físicos como condición para ser miembro de la red pero que es posible cambiar dichos criterios de selección posteriormente siempre que dichos cambios no

²⁰ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 179

²¹ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 56-58. Para comentarios de esta sentencia vid ad ex. C. DE FAVERI., “The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre”, *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 163-197; S. ENCHELMAIER, “Selective Distribution and the Internet: Lessons from Case C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (13 October 2011), Competition on the Internet”, en *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law* (Surblytè G. (eds), vol. 23, Springer, 2015).

²² I. FORTUNA DE OLIVEIRA, “Distribuição selectiva e Internet: alguns comentários”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28, p. 199.

²³ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 184.

²⁴ I. FORTUNA DE OLIVEIRA, “Distribuição selectiva e...”, pp. 202-206

²⁵ P.VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus Kartellrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Vertriebsrecht”, *ZvertriebR*, 5/2012, 2012, p. 303.

impliquen ni directa ni indirectamente limitar las ventas en línea de los distribuidores. Es decir, el proveedor tiene libertad absoluta de organizar su red de distribución como considere oportuno, el principio constitucional de libertad de empresa le ampara. De este modo, el titular de la red podrá decidir si permite distribuidores *on line* puros o bien condiciona la venta mediante Internet a la existencia de un establecimiento físico previo. El titular lo que no puede hacer es permitir en un principio distribuidores que operan exclusivamente en línea y posteriormente exigirles como condición para poder seguir vendiendo en Internet que cuenten con algún establecimiento físico. Esta exigencia posterior daría lugar a una clara limitación de las ventas *on line*.

- 2) *La exigencia de establecimiento físico podría suponer una restricción de competencia en atención al art. 101 TFUE.* El TS en su sentencia de 22 de abril de 2016 considera que la exigencia de establecimiento físico al distribuidor oficial podría no estar justificada cuando las propiedades de los productos no necesitan la venta física. En este caso se trataba de perfumes de conocidas marcas de lujo vendidos *on line* por distribuidores no oficiales. El TS siguiendo a las instancias inferiores, analiza las exigencias que el titular de la red recoge en los contratos de distribución selectiva para comparar con las ventas que realiza el comerciante paralelo y así determinar si podría implicar una vulneración del derecho de marca. El alto Tribunal considera que exigir un establecimiento físico abierto al público excluye la competencia debido a que dejaría fuera a todos aquellos distribuidores que no cuentan con tal establecimiento. El TS entiende que cuando los productos por sus características no necesiten de la existencia de un establecimiento físico no se puede considerar que el incumplimiento de tales condiciones constituye un motivo legítimo que justifique la excepción al agotamiento del derecho de marca. El TS basa su razonamiento en el asunto *Pierre Fabre* de 13 de octubre de 2011²⁶.

4. Los criterios cualitativos en la venta *on line*

10. Del mismo modo que el titular de la red puede exigir criterios cualitativos para la venta física del producto también cabría preguntarse si cabe posibilidad de exigir criterios cualitativos para la venta *on line* y sobre todo cuáles. La Directriz 56 sobre restricciones verticales responde a este interrogante señalando que en los sistemas de distribución selectiva el titular de la red puede exigir el cumplimiento de determinadas exigencias para que se venda *por Internet*. Sin embargo, dichas exigencias no deben ser, en ningún caso, más gravosas que las exigidas para las ventas físicas.

11. Los criterios cualitativos, inherentes a la distribución selectiva, son criterios esenciales a seguir por un distribuidor si quiere ser parte de una red de distribución que comercializa productos de lujo y/o mantenerse en la misma. Estas exigencias cualitativas podrían entenderse que únicamente van dirigidas a la venta física. Sin embargo, en atención a las Directrices 54 y 56 se puede observar como los criterios cualitativos acordes con las políticas de prestigio de la marca también pueden exigirse al distribuidor en la venta en línea.

12. Estas exigencias cualitativas van dirigidas a mantener la buena imagen y calidad de la marca, no debiendo en ningún caso estas exigencias encubrir la prohibición de vender por Internet²⁷. A este respecto, la Comisión ha entendido que los requisitos que se demandan por los titulares para la venta *on line* no deben ser en ningún caso más gravosos o severos que los exigidos para la venta en establecimiento físico²⁸.

²⁶ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

²⁷ F.G. KURTZ, "Internet-Handel und Selektive Vertriebssysteme", *GRIN Verlag*, 2011, pp. 12-13.

²⁸ M. FUENTES NAHARRO, "Distribución selectiva e internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia", *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución* (Rcd), n° 6, pp. 134-140.

13. Dichos criterios no tiene por qué ser idénticos pero sí que deben perseguir los mismos objetivos, *ad ex.*, transmitir el *glamour* característico de la marca²⁹ o la calidad de sus productos³⁰. Como ejemplo de estos requisitos, la Directriz 56 sobre restricciones verticales señala que el proveedor puede exigir a sus distribuidores que no vendan más de un determinado número de productos por cliente. Estas cláusulas de venta máxima permiten evitar la aparición de comercio paralelo. Otro requisito puede ser que el proveedor exija al distribuidor que venda un número mínimo de productos en su establecimiento físico para poder operar *on line*. Esto permite al proveedor asegurarse de que el establecimiento físico está operativo. Este tipo de exigencia es quizás más relevante cuando el proveedor pretende evitar operadores *on line* puros. Por último, otro de los criterios que señala la Comisión en la Directriz 56 es lo referente a los plazos de entrega. Si en la venta física se exige la entrega inmediata, en la venta por Internet no es posible tal exigencia. El objeto de este tipo de exigencias debe ser establecer unos estándares de calidad que la marca ofrece siempre con sus productos. De este modo, una entrega de un producto en un plazo de 24 horas mediante mensajería urgente es sinónimo de que dicha marca ofrece un servicio de calidad. Por lo tanto, podría ser un criterio equivalente a la entrega “en el momento” que se exige en el establecimiento físico.

Otro criterio que se suele exigir en los contratos de distribución selectiva es que los productos se vendan en la web propia del distribuidor junto con productos de la misma calidad. El no cumplir este criterio y vender los productos junto con otros de calidad inferior o de diferente gama puede considerarse un motivo legítimo a efectos del art. 36 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas³¹. Esto puede implicar el renacimiento del *ius prohibendi* del titular del signo y que no opere el agotamiento del derecho de marca³².

14. Además de los criterios señalados por la Comisión, el titular de la red puede demandar a sus distribuidores criterios técnicos que afecten al sitio web desde el que va a operar el distribuidor. *Ad ex.*, diseño y contenido del portal web o sistema de pago de las transacciones³³.

15. La exigencia de unos mínimos de calidad al distribuidor autorizado que pretende vender *on line* permite al titular de la marca tener una baza contra los importadores paralelos que venden mediante Internet. Esto es así porque permite los tribunales a la hora de valorar si el comerciante paralelo que vende *por Internet* menoscaba o no la marca es comparar la forma de operar de dicho comerciante paralelo con la de los distribuidores oficiales, *ad ex.*, la SAP Barcelona de 5 de abril de 2019, núm. 3376/2019³⁴, la SAP de Alicante de 26 de octubre de 2017 (sección 8), nº 427/2017³⁵. Anteriores a éstas y que han establecido el camino a seguir *ad ex.* la SAP de Alicante (sección 8ª) núm. 352/2008 de 14 octubre³⁶. En este caso se condenó a un importador paralelo por lesionar la imagen de una marca debido a que éste no cumplía con las exigencias mínimas de calidad que se exigían a los distribuidores autorizados.

5. La prohibición al distribuidor oficial de vender en plataformas de *e-commerce* de terceros

A) Aproximación inicial

16. Otra limitación que el proveedor podría llevar a cabo es exigir al distribuidor que venda desde una web propia y no desde plataformas de comercio electrónico. Esta prohibición impuesta al distribuidor de operar en plataformas *e-commerce* puede implicar una importante limitación en la organización del negocio del distribuidor. Esto es así por dos razones³⁷: 1) este tipo de cláusulas permiten

²⁹ SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013, ECLI: ES:APA:2013:2076, FJ 5.

³⁰ SAP Barcelona de 5 de abril de 2019, núm. 3376/2019, ECLI: ES:APB:2019:3376.

³¹ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

³² SAP Barcelona de 5 de abril de 2019, núm. 3376/2019, ECLI: ES:APB:2019:3376., FD 7º.

³³ P.VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme...”, pp. 304 y ss.

³⁴ ECLI: ES:APB:2019:3376.

³⁵ ECLI: ES:APA:2017:268.

³⁶ ECLI: ES:APA:2008:2941

³⁷ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 196.

ejercer un importante control en la actividad del distribuidor. Esto permitiría al proveedor preservar la imagen de marca; 2) Estas cláusulas son una vía para limitar las oportunidades de negocio que Internet brinda al distribuidor. Así las cosas, cabría preguntarse si dicha prohibición podría ser contraria a las normas de competencia, en concreto al art. 101.1 TFUE.

17. La regla general que hemos venido destacando es la libertad del distribuidor para publicitar y vender los productos contractuales por Internet. Sin embargo, también se ha señalado, que dicha libertad se puede restringir en aras de buscar una consonancia entre la venta y el prestigio o la reputación de la marca. Ni el R. 330/2010 ni las Directrices recogen nada concreto al respecto. Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 6 de diciembre de 2017 se ha pronunciado sobre ello³⁸.

B) La visión del TJUE en el asunto *Coty*

18. En este asunto se enfrentaban *Coty Germany* (filial del gigante estadounidense *Coty*) y un distribuidor oficial que operaba en el mercado alemán. *Coty* es una gran multinacional estadounidense, fabricante y proveedor de cosméticos, perfumes y otros productos relacionados con el cuidado y la belleza. Una de las razones del éxito de *Coty* es debido a que tiene en su poder numerosas licencias de marcas conocidas tales como *Calvin Klein*, *Chloé*, *Marc Jacob* y un largo etcétera. El problema radica en que el distribuidor oficial se niega a seguir las instrucciones de *Coty Germany* en cuanto a la política de venta *on line*. El gigante estadounidense de la cosmética no quiere que sus distribuidores oficiales vendan en plataformas *e-commerce* en las que es perceptible la intervención del tercero. En el caso concreto, *Coty Germany* quería prohibir la venta de sus productos de lujo a través de *Amazon*. La razón parece ser que descansaba en preservar la imagen de lujo de dichos productos.

19. En primera instancia, los tribunales alemanes dan la razón al distribuidor autorizado. Estos entienden que en atención a resoluciones anteriores del TJUE como *Pierre Fabre*, el proveedor estaría lesionando el art. 101.1 TFUE al limitar la venta *on line* de su distribuidor oficial a su propio sitio web y a plataformas donde no se perciba la intervención del tercero. Además, para este tribunal alemán tal cláusula no podría quedar exenta de prohibición conforme al R. 330/2010 por tener la consideración de especialmente grave³⁹.

20. En la segunda instancia, el tribunal alemán remite una cuestión prejudicial al TJUE. La contestación del TJUE es lo que dar lugar a la STJUE de 6 de diciembre de 2017. Para el alto Tribunal europeo, la cláusula contractual que prohíbe a un distribuidor autorizado la venta de productos de lujo en plataformas de terceros en las que la intervención de éstos es evidente para el consumidor no sería contraria al art. 101.1 TFUE. Básicamente el TJUE sustenta su posición en dos argumentos:

1. *La prohibición debe ser adecuada al objetivo perseguido*. Para llegar a tal conclusión es necesario analizar la prohibición que impone *Coty* y qué persigue con la misma. En cuanto a la prohibición, el proveedor no prohíbe de forma absoluta la venta *on line* a su distribuidor autorizado. En realidad, *Coty* prohíbe un aspecto concreto: la imposibilidad de comercializar los productos en plataformas de terceros donde el consumidor pueda apreciar la intervención del tercero. No prohíbe ni si quiera la comercialización en todas las plataformas de

³⁸ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* entre la doctrina española, *ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (Red)*, nº 22, 2018, pp. 1-13; J. ARPIO SANTACRUZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto c-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh*, de 6 de diciembre de 2017 [ecli: eu: c:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pp. 329-332; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto *Coty*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 663-670.

³⁹ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 17.

e-commerce. En cuanto al objetivo, éste debe ser lo suficientemente poderoso como para justificar tal restricción de competencia. *Coty* lo justifica en la preservación de la imagen de lujo. Para este proveedor, *Amazon* no se adecúa, en su forma de venta, a los criterios que su red de distribución selectiva exige a sus distribuidores para poder formar parte de la misma. En *Amazon* es posible encontrar todo tipo de productos. No se siguen los criterios de calidad típicos de la distribución selectiva. Incluso es posible encontrar productos falsificados junto con productos originales. Para llegar a saber si la venta en *Amazon* puede dañar la imagen de lujo los productos de la red de *Coty* sería necesario analizar los criterios que exige *Coty* para vender *on line* y cómo comercializa *Amazon* los productos mediante su plataforma.

2. *El proveedor o titular de la red debe tener posibilidad de controlar el entorno on line en el que venden los productos contractuales sus distribuidores oficiales*. Como se exponía anteriormente, en la distribución selectiva, los distribuidores autorizados son elegidos en atención a criterios cualitativos. Estos criterios de calidad se exigen al distribuidor oficial mediante un contrato, si no los cumple tiene consecuencias. Es decir, el distribuidor puede ser expulsado de la red oficial de distribución. Sin embargo, el proveedor o titular de la red no tiene ninguna vinculación contractual con la plataforma digital. Esto hace que no pueda exigirle ningún aspecto en relación a la necesidad de que cuide la venta *on line* para preservar la imagen de marca de sus productos⁴⁰. Esta falta de control sobre la plataforma puede dañar la imagen de marca, por tanto, el TJUE entiende que se pueda prohibir al distribuidor oficial que sí que tiene vinculación contractual con el proveedor la venta en este tipo de plataformas digitales sin que ello suponga una lesión al art. 101.1 TFUE.

C) Aspectos sin resolver

21. La sentencia del TJUE en el asunto *Coty* incide en un aspecto crucial para las empresas que comercializan productos de lujo y es que el valor inmaterial de una marca merece protección sin paliativos. Sin embargo, esta sentencia deja abierto otros problemas jurídicos actuales sobre la venta *on line* de productos de lujo tales como: 1º) si estas restricciones de competencia también podrían justificarse cuando el distribuidor oficial comercializa los productos en plataformas de *e-commerce* donde solo se venden productos de lujo; 2º) qué sucedería en los casos donde el propio proveedor/titular de la red comercializa los productos en plataformas de terceros generalistas como *Amazon*.

22. Desde nuestro punto de vista, las prohibiciones a los distribuidores oficiales en estos casos difícilmente podrían sustentarse a la luz de las normas de competencia europeas. Así, sería interesante tener en cuenta dos criterios para inclinar la balanza a favor del proveedor o del distribuidor oficial: 1) EL tipo de plataforma; 2) los criterios cualitativos que la red exige a sus distribuidores en la venta *on line*.

23. Las plataformas de comercio electrónico pueden ser muy variadas entre sí. Las hay que permiten que el vendedor pueda operar desde su propio sitio web o teniendo un espacio propio dentro del sitio. En contraposición, hay otras en las que la plataforma es la encargada de gestionar masivamente las ofertas, o incluso plataformas que combinan ambas opciones. Respecto a las primeras pueden existir dudas sobre si la marca se ve perjudicada por ese tipo de venta *on line*. Sin embargo, respecto a las plataformas de oferta masiva donde los productos de lujo pueden ser vendidos en la misma página junto con productos falsificados, productos defectuosos o junto con otros que nada tengan que ver con los del distribuidor oficial, la balanza se podría inclinar a favor del proveedor o titular de la red.

El hecho de que los productos de marca, objeto de distribución selectiva se vendan en páginas web de vendedores no autorizados junto con otros productos que nada tienen que ver, ha sido considerado por los tribunales españoles en diferentes ocasiones como un aspecto que puede dañar la imagen de la marca. Así, *ad ex.*, SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013⁴¹. En este tipo de plataformas

⁴⁰ *Ibidem*, apartado 48.

⁴¹ AC 2013\1509.

la marca no sale fortalecida, más bien al contrario, su imagen y reputación es fácil que se debilite. Sin embargo, si la plataforma de *e-commerce* sólo vende productos del mismo tipo, de lujo y cuida de forma similar a como hace la red oficial los detalles en la venta del producto es difícil que pueda defenderse esta restricción de venta al distribuidor. Para ello será esencial atender al caso concreto⁴². Esto permitirá conocer la naturaleza del producto, los servicios preventa y posventa que se viene prestando en la venta física, los cuales son aspectos que permitirían saber si la prohibición de vender mediante una plataforma de comercio electrónico podría estar justificado o no.

V. Cláusulas concretas: qué incluir y que no incluir en un contrato de distribución selectiva para la configuración de la comercialización *on line* de productos de lujo

Una vez se tienen unos cimientos sólidos, es necesario pasar a construir el resto del edificio. Así, entendemos que la política de venta *on line* que se le va a exigir al distribuidor oficial no puede configurarse sin tener en cuenta los aspectos cruciales que señalamos anteriormente. De este modo, en atención a lo expuesto a lo largo del trabajo, se podría llegar a señalar en atención a las normas de competencia y la jurisprudencia del TJUE qué cláusulas sí podrían incluirse en un contrato de distribución selectiva y cuales no sería aconsejable para controlar la venta *on line* del distribuidor autorizado.

En cuanto a las cláusulas que sí pueden incluirse se podrían destacar los siguientes:

- i) La exigencia de criterios cualitativos para la venta *on line*. Estos criterios pueden ser tanto criterios técnicos relativos al sitio web (despliegues de pestañas, pasarela de pago, etc.) como relativos a la venta propiamente dicha (asesoramiento antes de la compra, plazos de entrega, política de devoluciones o que los productos se oferten con otros de la misma calidad y/o gama).
- ii) La restricción de venta en plataformas de terceros que no se adecúen a la imagen de prestigio y glamour por el que se caracteriza esa red oficial de distribución.
- iii) La exigencia de un establecimiento físico para poder vender en Internet.
- iv) La exigencia de un número de ventas mínimo en el punto de venta físico para poder operar *on line*.

En relación a las cláusulas que no podrían quedar amparadas por las normas de competencia, se podrían destacar:

- i) La prohibición absoluta de que el distribuidor venda en Internet.
- ii) La exigencia de que el distribuidor pague un precio superior por el producto que comercializa *on line* (Directriz 52)
- iii) La obligación de rescindir transacciones de clientes que pertenecen al territorio de otro distribuidor también parte de la red oficial cuando los datos de la tarjeta de crédito lo revelen (Directriz 52).

⁴² F.Carbajo Cascón, , *Sistemas de distribución...*, pp. 201-202