

# Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales

## Distribution contracts in Europe through the rules of European competition law. The novelties provided by Regulation (EU) 2022/720 on the exemption of vertical agreements

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido 22.12.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7532

**Resumen:** El 1 de junio de 2022 entró en vigor en el ordenamiento jurídico español el *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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*. Este Reglamento sustituye al Reglamento 330/2010, el cual permitía que acuerdos de distribución que pudieran contener restricciones de competencia contrarias al artículo 101.1 TFUE pudieran quedar exentos de prohibición al cumplir los criterios que establecía el propio Reglamento y las Directrices que lo acompañaban. En la actualidad y hasta el 31 de mayo de 2034 el Reglamento clave para verificar si un contrato de distribución cumple con las normas del Derecho de la competencia europeo será el citado Reglamento (UE) 2022/720. El objetivo de este trabajo es el estudio de las novedades que presenta el Reglamento 2022/720 frente a su antecesor el Reglamento 330/2010.

**Palabras clave:** Acuerdo vertical, Derecho de la competencia europeo, contratos de distribución, productos de lujo, restricciones de la competencia.

**Abstract:** On June 1, 2022, *Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices* entered into force in the Spanish legal system. This Regulation replaces Regulation 330/2010, which allowed distribution agreements that may contain competition restrictions contrary to article 101.1 TFUE to be exempt from prohibition by meeting the criteria established by the Regulation itself and the Guidelines that accompanied it. At present and until May 31, 2034, the key Regulation to verify whether a distribution contract complies with the rules of European competition law will be the aforementioned Regulation (EU) 2022/720. The objective of this paper is the study of the novelties presented by Regulation 2022/720 compared to its predecessor Regulation 330/2010.

**Keywords:** Vertical agreement, European competition Law, distribution agreements, luxury products, competition restraints.

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033”.

**Sumario:** I. Introducción. II. Punto de partida: El art. 101.1TFUE. III. La revisión del Reglamento 330/2010. IV. Los sistemas de distribución exclusiva y selectiva. 1. Aproximación inicial. 2. La configuración de la distribución exclusiva. 3. La distribución selectiva en el Reglamento (UE) 2022/720. A) Aproximación a la distribución selectiva. B) Los criterios para la selección de los miembros de la red. C) Características de la distribución selectiva. 4. Las restricciones a la reventa que el Reglamento (UE) 2022/720 autoriza en los diferentes sistemas de distribución. V. Las cláusulas relativas a la fijación de los precios de reventa. VI. La distribución dual. VII. Las restricciones relativas a la venta *on line*. 1. Aproximación inicial. 2. Los asuntos que han modulado las normas de competencia en relación a las restricciones de la venta *on line* de distribuidores autorizados. A) Introducción. B) La jurisprudencia del TJUE: De Pierre Fabre a Coty Germany. C) Las decisiones de la Comisión Europea. 3. Las restricciones que puede exigir el proveedor respecto a la venta *on line* en el Reglamento 2022/720. 4. Las restricciones del proveedor respecto a la publicidad *on line* en el Reglamento 2022/720. VIII. Las cláusulas de paridad. 1. Concepto. 2. La regulación de las cláusulas de paridad de precios en el Reglamento (UE) 2022/720. IX. Las cláusulas de no competencia. X. El contrato de agencia. 1. Marco jurídico. 2. Objeto del contrato. 3. Diferencia con otros contratos de distribución e implicaciones para el Derecho de la competencia europeo. 4. Las novedades que introduce el Reglamento (UE) 2022/720 en relación al contrato de agencia. XI. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La distribución comercial es un aspecto clave en cualquier industria, y como no podía ser de otro modo, también en la de la moda, el lujo y la de la belleza. La distribución es la vía por la cual los productos pueden llegar al cliente final. Así, cómo se organice la misma será un aspecto crucial para el desarrollo y expansión nacional e internacional de la empresa que opera en el sector textil.

2. La industria de la moda es una industria internacional por excelencia. El elemento extranjero está presente en muchas fases de su cadena de valor, la cual es larga y compleja y se caracteriza por el gran número de empresas involucradas en la misma. Así, para la fabricación de prendas de vestir, hay que tener en cuenta fases que van desde la extracción de la materia prima, su hilado, confección, la preparación de su acabado pero también todo lo relacionado con su empaquetado y distribución.

Por lo tanto, esta industria presenta peculiaridades y las mismas impactan en la distribución. Así, hay que tener en cuenta que no todos los productos de este sector son iguales, aunque pueda parecer una obviedad, no es lo mismo la comercialización de prendas de vestir den negocio de la moda basado en el *fast fashion*, que prendas de alta costura ni tampoco que productos de alta joyería. Del mismo modo que tampoco lo es, la venta de sábanas, trapos de cocina o colchones que no dejan de ser productos textiles. Esa variedad de productos que fabrica la industria textil hace que también varíe el tipo de distribución. Un aspecto clave que deberíamos tener presente en este estudio es que la distribución es un medio para que el producto llegue al cliente final y ésta debe adaptarse al tipo de producto.

3. Así, dada la variedad de productos que podrían ser considerados textiles podríamos decir que podrían tener lugar contratos de distribución muy variados entre sí. Contratos de distribución que el fabricante o proveedor puede celebrar con mayoristas, los que podrían celebrar éstos entre sí y también los que afectan a la distribución al por menor. En el presente trabajo, nos vamos a centrar especialmente en la distribución que afecta a productos de moda de cierta categoría, de cierto nivel, en especial aquellos que tienen que ver con los productos considerados de lujo. Bienes tales como perfumes, cosméticos, relojes, joyas y otros accesorios de moda. En relación a este tipo de productos, la distribución no es tan cíclica y estacional como puede suceder en las prendas de vestir y complementos, por lo que va a tener un importante impacto en el modo en el que fabricante o proveedor quieren que el producto llegue al cliente final. Esto hace que los contratos que vamos a analizar en este capítulo se basen en una relación estrecha de colaboración y de confianza entre fabricante/proveedor y distribuidores donde las obligaciones de ambas partes van mucho más allá de la compra-venta de mercancías. Esto hace que este tipo de contratos sean jurídicamente complejos a la par que apasionantes. Esta complejidad inherente en los

contratos de distribución es debido a la relación que guardan con el Derecho de la competencia, ya sea europeo o nacional. Las partes, proveedor y distribuidor, no pueden establecer en su contrato de distribución cualquier tipo de cláusula. Aunque tienen libertad a la hora de desarrollar tales contratos siempre se deben tener presentes los límites derivados del Derecho de la competencia. Así, *ad ex.*, en un contrato de distribución, con independencia del tipo que sea, bien franquicia, de distribución exclusiva o selectiva, no es posible que el proveedor imponga al distribuidor el precio al que debe vender los productos al cliente final.

4. El análisis sobre las cláusulas que se pueden incorporar en los contratos de distribución se va a llevar a cabo en atención a las normas de competencia europeas. En particular, el estudio se va a realizar en atención al *Reglamento UE 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (en adelante, Reglamento UE 2022/720)<sup>1</sup>. Este Reglamento ha entrado en vigor recientemente, el pasado 1 de junio de 2022 y sustituye al *Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del art. 101 apartado 3, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*<sup>2</sup> (en adelante, Reglamento 330/2010)<sup>3</sup>.

5. Así, el presente trabajo consiste en analizar los cambios que ha implicado el nuevo Reglamento de acuerdos verticales en la configuración de los diferentes sistemas de distribución y de agencia.

## II. Punto de partida: El artículo 101 TFUE

6. El art. 101.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>4</sup> (en adelante, TFUE) establece que quedarán prohibidos todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia. Este precepto es clave en el Derecho de la competencia europeo debido a que es junto con el art. 102 TFUE, destinado a prohibir los abusos de posición de dominio en el mercado, el núcleo duro de las normas de competencia. El art. 101.1 encuentra su homólogo en el Derecho de defensa de la competencia español en el art. 1.1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (en adelante, LDC)<sup>5</sup>. El art. 101 no diferencia entre tipos de acuerdos, se aplica a todo tipo, con independencia de que sean verticales u horizontales<sup>6</sup>. Es decir, los acuerdos verticales son aquellos celebrados por empresas situadas en diferentes fases de la cadena de producción y/o distribución. Por lo tanto, en los acuerdos verticales no son empresas competidoras las que celebran el acuerdo. Sin embargo, no sucede lo mismo en los acuerdos horizontales, ya que las empresas están situadas en la misma fase de la cadena de producción y/o distribución. Sin embargo, a pesar de que el art. 101.1 TFUE prohíbe todo tipo de acuerdos que provoquen efectos perniciosos en el mercado común, no significa que todos los acuerdos causen el mismo efecto en el mercado, de ahí que la prohibición del citado artículo no sea absoluta. Así, generalmente los acuerdos entre partes no competidoras pueden presentar efectos más positivos que negativos para la competencia. De este modo, el art. 101.3 TFUE recoge una excepción a la prohibición general para aquellos acuerdos que aunque presenten restricciones para la competencia presentan también efectos positivos, siendo estos últimos superiores a los negativos.

<sup>1</sup> DOUE L 134, de 11 de mayo de 2022.

<sup>2</sup> DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

<sup>3</sup> Para un estudio exhaustivo sobre este Reglamento *vid.* F.WILCMANS/J.GUTIÉRREZ GILSANZ/F.TUITSCHAEVER/C.HERRERO SUÁREZ, *Contratos de distribución y Derecho de la competencia*, Aranzadi, 2021, pp. 159-444.

<sup>4</sup> DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

<sup>5</sup> BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>6</sup> En la doctrina *vid.*, R. WISH/ D. BAILEY, *Competition Law*, 13th edition, Oxford University Press, 2021, p. 122. En la jurisprudencia, STJUE 14 julio 1966, asunto 56 y 58, *Consten and Grundig*, ECLI:ES:EU:1966:41.

7. La exención de prohibición del art. 101.3 TFUE se materializa de dos posibles maneras. Por un lado, se encuentra la exención en bloque. Por el otro la exención individual. La exención en bloque se desarrolla mediante los Reglamentos europeos de exención por categorías<sup>7</sup>. Estos Reglamentos ofrecen un puerto seguro, unas condiciones claras para que las partes sepan que aunque el acuerdo pudiera tener efectos restrictivos en el mercado común, quedaría exento automáticamente si cumple con las condiciones expuestas en el Reglamento. Estos Reglamentos permiten la autoevaluación. Es decir, las partes determinan si el acuerdo puede beneficiarse o no de la exención en bloque. La autoevaluación y aplicación de los Reglamentos de exención por categorías es consecuencia en gran medida al *Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* (en adelante, R. 1/2003). Con la entrada en vigor de este Reglamento dejó de ser necesario comunicar y/o notificar a la Autoridad de competencia europea -la Comisión europea- los acuerdos celebrados entre empresas<sup>8</sup>. Desde entonces, las partes deben atenerse a lo dispuesto en los Reglamentos de exención y sus Directrices para saber si su acuerdo está permitido o prohibido de acuerdo a las normas de competencia. No obstante, en relación a los acuerdos verticales hay que tener en cuenta que los cambios que implicó el citado Reglamento 1/2003 no fueron de tanto calado como en otras áreas debido a que para este tipo de acuerdos ya existía un Reglamento de exención por categorías anterior a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Este Reglamento era el *Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*<sup>9</sup>. Esta norma fue pionera en su época debido a que fue el primer Reglamento que permitió la exención por categorías en bloque para los acuerdos de distribución con independencia del tipo de contrato, eliminando<sup>10</sup>.

8. El Reglamento de exención por categorías o en bloque relevante en el presente trabajo es el relativo a los acuerdos verticales. Como posteriormente estudiaremos, un acuerdo vertical es un acuerdo de distribución. Un acuerdo en el que las partes que lo celebran no se encuentran en la misma fase de la cadena de producción y/o distribución. Es decir, las partes no son competidoras en el mercado en el que el acuerdo despliega efectos. El Reglamento de exención para acuerdos verticales es el ya citado *Reglamento (UE) 2022/720*. Este Reglamento se aplica directamente en el ordenamiento jurídico español en virtud de la remisión en bloque del *Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia*<sup>11</sup> y posteriormente del art. 1.4 LDC.

<sup>7</sup> Actualmente los Reglamentos de exención por categoría son siete, estos son: 1) Reglamento UE 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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; 2) Reglamento 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología; 3) Reglamento (UE) n.º 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor; 4) Reglamento (UE) n.º 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización; 5) Reglamento (UE) n.º 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo Texto pertinente a efectos del EEE; 6) Reglamento (CE) n.º 906/2009 de la comisión de 28 de septiembre de 2009 sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios); 7) Reglamento (CE) n.º 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (Versión codificada).

<sup>8</sup> DO L 1/1 de 4 de marzo de 2003.

<sup>9</sup> DO núm. 336, de 29 de diciembre de 1999.

<sup>10</sup> *Vid.* al respecto, I. ANTÓN JUÁREZ, I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 254. Sobre el Reglamento 2790/1999 *vid. ad ex*, en la doctrina española M<sup>a</sup>. T. ORTUÑO BAEZA, “Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia: Comentario al Reglamento 2.790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, *Noticias de la Unión Europea*, 204, 2002.

<sup>11</sup> BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003.

9. En el caso de que el acuerdo de distribución no caiga dentro de la exención en bloque se deberá analizar de forma individual en atención al art. 101.3 TFUE. De este modo, el acuerdo no exento en bloque podría tener una segunda oportunidad para no quedar prohibido en atención al art. 101.1 TFUE, y ésta es, la exención individual *ex lege* prevista en el art. 101.3 TFUE.

### III. La revisión del Reglamento 330/2010

10. El Reglamento 330/2010 se ha estado aplicando para conceder exención a acuerdos de distribución desde el 1 de junio de 2010 (art. 10 Reglamento 330/2010) hasta la entrada en vigor del actual Reglamento 2022/720, es decir, el 1 de junio de 2022 (art. 11 Reglamento 2022/720). El proceso de revisión del Reglamento 330/2010 ha sido largo, ya que la Comisión ha estado trabajando en ello durante más de tres años. Una de las disyuntivas que tenía la Comisión era si dejaba expirar el Reglamento o lo modificaba. Finalmente, decidió modificarlo y como consecuencia de ello ha visto la luz el actual Reglamento (UE) 2022/720. No obstante, hay que tener presente como el propio Reglamento (UE) 2022/720 señala en su art. 10, que hay un periodo transitorio para esos acuerdos que sí cumplían la exención conforme al anterior Reglamento 330/2010 pero no la cumplen con el actual. Esos acuerdos tienen un año (desde el 31 de mayo de 2022 hasta el 31 de mayo de 2023) para adaptarse a la nueva normativa de exención por categorías y poder cumplir los requisitos para quedar bajo el paraguas de la exención en bloque.

11. El Reglamento (UE) 2022/720 no incorpora cambios trascendentales si lo comparamos con el Reglamento anterior. Su estructura es la misma que la del Reglamento 330/2010 y un acuerdo para quedar exento de prohibición debe básicamente cumplir los mismos criterios. Estos son: 1) El acuerdo, proveedor y distribuidor, de forma individual no pueden ostentar una cuota de mercado superior al 30% en el mercado de referencia; 2) El acuerdo no puede incluir una cláusula de las consideradas especialmente graves. Sin embargo, sí que hay aclaraciones y modificaciones en relación a determinadas materias, éstas son las siguientes:

- 1) Los sistemas de distribución selectiva y exclusiva.
- 2) Las cláusulas relativas a los precios de reventa.
- 3) La distribución dual.
- 4) Las restricciones relativas a las ventas por internet de distribuidores oficiales.
- 5) Las cláusulas de paridad.
- 6) Las cláusulas de no competencia.
- 7) Los contratos de agencia.

12. Vamos a proceder al análisis de cada una de estas materias.

### IV. Los sistemas de distribución exclusiva y selectiva

#### 1. Aproximación inicial

13. Un aspecto crucial de este Reglamento (UE) 2022/720, en consonancia con su predecesor, es el recoger en los arts. 4 y 5 una serie de restricciones que no quedan exentas con independencia de que no se supere el umbral de cuota de mercado del art. 3.1.

14. El art. 4 del Reglamento (UE) 2022/720 recoge las cláusulas consideradas restrictivas por el objeto o especialmente graves. Las restricciones por el objeto que se incluyan en un acuerdo lo anulan en su totalidad. Dichas cláusulas se consideran tan perjudiciales que no se salva de la nulidad ninguna otra

cláusula incluida en el acuerdo<sup>12</sup>. Estas cláusulas, debido al afecto que provocan sobre la competencia, no se benefician de la exención en bloque<sup>13</sup>. Los acuerdos que incluyen estas cláusulas deben analizarse individualmente. Esto es así debido a que la inclusión de cualquiera de las cláusulas del art. 4 implica la presunción de que el acuerdo no cumple los requisitos del art. 101.3 TFUE<sup>14</sup>. Esto es consecuencia de que despliegan efectos contrarios a las reglas de competencia<sup>15</sup>. Incluso en los acuerdos de *minimis*, la inclusión de una cláusula especialmente grave puede dar lugar a que el acuerdo infrinja el art. 101.1 TFUE a pesar de la escasa cuota de mercado de las partes.

No obstante, esta presunción de ilicitud se puede desmontar. Las partes pueden probar la eficiencia de dichas cláusulas y que el acuerdo pase el test del art. 101.3 TFUE<sup>16</sup>. Además de lo anterior, es posible que un acuerdo que incluya cláusulas especialmente graves no sea contrario al art. 101.3 TFUE cuando no tiene un efecto en la competencia dentro del mercado común o en el comercio entre Estados miembros<sup>17</sup>.

**15.** Hay supuestos en los que la inclusión de cláusulas especialmente graves es objetivamente necesario y resulta positivo para la competencia conforme el art. 101.3 TFUE. Piénsese en los casos en los que se introduce un nuevo producto en un mercado. Al no existir una demanda previa del mismo, el distribuidor debe invertir para atraer a la clientela. Estas inversiones muchas veces son a fondo perdido, por lo que el distribuidor debe tener algún aspecto que le motive para acometer dichas inversiones. Un recurso para animar a los distribuidores es permitirle vender en exclusiva. La restricción de las ventas activas y pasivas durante un tiempo limitado incentiva al distribuidor a invertir<sup>18</sup>.

**16.** Una novedad que incluye el Reglamento (UE) 2022/720 con respecto al Reglamento 330/2010 es en relación a la configuración de los sistemas de distribución, así diferencia tres posibles sistemas de distribución. Estos serían: i) La distribución exclusiva; ii) La distribución selectiva; iii) La distribución gratuita<sup>19</sup>. El Reglamento introduce cambios en relación a la configuración de los sistemas de distribución exclusiva y selectiva y al tipo de restricciones a la reventa permitidas en los diferentes sistemas de distribución.

## 2. La configuración de los sistemas de distribución exclusiva

**17.** El art. 1.1 letra h del Reglamento 2022/720 define la distribución exclusiva como un sistema de distribución en el que “*el proveedor se reserva un territorio o grupo de clientes exclusivamente a sí mismo o a un máximo de cinco compradores, y restringe la venta activa en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes para el resto de sus compradores*”. Esto implica que el proveedor puede restringir las ventas activas de otros distribuidores en el territorio o al grupo de clientes reservado por el proveedor.

**18.** El tratamiento que recibe la distribución exclusiva en el Reglamento de exención por categorías no ha cambiado. Sin embargo, el Reglamento introduce una modificación en la definición de distribución exclusiva con respecto al Reglamento 330/2010 debido a que el proveedor puede seleccionar hasta “*un máximo de cinco compradores*” por territorio. Esta novedad permite la “exclusividad compar-

<sup>12</sup> J. GOYDER, *EU Distribution Law*, 5 th ed, Hart Publishing, 2011, p. 105.

<sup>13</sup> Directriz nº 70 relativas a las restricciones verticales.

<sup>14</sup> Vid. R. WHISH, *Competition Law*..., p. 663; F. WICKMANS/ F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2º ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 148.

<sup>15</sup> Directrices nº 23 y 96 relativas a las restricciones verticales.

<sup>16</sup> Directriz nº 180 relativas a las restricciones verticales.

<sup>17</sup> STJCE9julio1969, *Völk/ Vervaecke*, as. 5-69, ECLI:EU:C:1969:35, apartado 7; STJCE de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, apartado 17.

<sup>18</sup> Directriz nº 61 relativas a las restricciones verticales.

<sup>19</sup> Directriz nº 116 relativas a las restricciones verticales.

tida”. El proveedor podría reservar el territorio para sí o para un grupo de clientes que ya no tiene que ser sólo uno como pasaba con el Reglamento 330/2010, puede elegir hasta cinco distribuidores exclusivos por territorio. Esto ofrece una mayor flexibilidad al titular de la red para organizar la red de distribución como más rentable y eficiente le parezca.

**19.** La importancia de la distribución exclusiva radica no tanto en la posibilidad de compartimentar los territorios o los clientes sino en que es la vía para proteger las inversiones realizadas en la marca del proveedor por los distribuidores exclusivos en el territorio asignado o para ese grupo de clientes. De este modo un territorio o grupo de clientes se podrá proteger de las ventas activas de otros distribuidores. No obstante, no se podrán restringir las ventas activas y pasivas entre los distribuidores exclusivos miembros de la red a los que se les asigna un territorio o grupo de clientes.

**20.** Dos conceptos claves en los sistemas de distribución exclusiva son: ventas activas y pasivas.

La definición de ventas activas y pasivas se ha desarrollado más profundamente en la nueva versión del Reglamento de exención por categorías. La Directriz nº 214 señala que las <<ventas activas>> son aquellas ventas que surgen tras dirigirse activamente a los clientes bien mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa. A diferencia del Reglamento 330/2010, el actual Reglamento incluye la publicidad o las promociones en línea personalizadas como formas de venta activa. De este modo, la Directriz nº 213 señala como ejemplos: i) La publicidad en motores de búsqueda y otra publicidad en línea como en webs, tiendas de aplicaciones o redes sociales siempre que dicha publicidad vaya dirigida a clientes de determinados territorios; ii) La promoción de los productos y/o servicios a través de plataformas de comparación de precios; iii) Operar en un sitio web con dominios de primer nivel destinados a territorios concretos como “.es”, “.cat”; iii) La comercialización de productos en sitio web en un idioma el cual difiere del territorio en el que está establecido el distribuidor. Una excepción es el inglés, ya que se considera que es un idioma que se utiliza de forma general en la UE.

En contraposición, <<las ventas pasivas>> son aquellas que se consiguen sin promoción activa del distribuidor. La creación de una web para vender *on line* es una forma de venta pasiva. También se considera venta pasiva cuando el cliente permite que el distribuidor le mantenga informado de las novedades. De igual forma, el uso de herramientas que permitan una mayor visibilidad o mejorar el posicionamiento de la tienda *on line* en los motores de búsqueda también se consideraría venta pasiva. Del mismo modo, la participación en licitaciones públicas y/ o la respuesta a invitaciones privadas de licitación<sup>20</sup>.

**21.** Así, por lo tanto, los acuerdos de distribución exclusiva podrán beneficiarse de la exención del art. 2.1 del Reglamento (UE) 2022/720 siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) La cuota de mercado del proveedor y del comprador no puede superar el 30% en el mercado de referencia; 2) El acuerdo no debe contener restricciones especialmente graves de las recogidas en el art. 4 del Reglamento (UE) 2022/720; 3) El número de distribuidores designados por territorio o grupo de clientes no es superior a cinco.

**22.** En el supuesto de que el acuerdo de distribución exclusiva no se beneficie de la exención en bloque no implica directamente que el acuerdo debe ser prohibido por ser contrario a las normas de competencia europeas. En ese caso debe pasarse a un análisis individual en virtud del art. 101.3 TFUE, en base al cual se deberá analizar i) el impacto que presenta el acuerdo para los consumidores; ii) las eficiencias que genera el acuerdo. Tales pueden ser *ad ex.* la creación de un nuevo producto o servicio, la distribución de productos complejos como pueden ser productos altamente tecnológicos o la posibilidad de hacer la distribución de los productos más eficiente y con menos costes.

<sup>20</sup> Directriz nº 215 relativas a las restricciones verticales.

### 3. La distribución selectiva en el Reglamento (UE) 2022/720

#### A) Aproximación a la distribución selectiva

23. El art. 1.1 letra g del Reglamento (UE) 2022/720 define qué es un sistema de distribución selectiva. Básicamente es ese sistema mediante el cual el distribuidor es seleccionado conforme a criterios específicos bien cualitativos o cuantitativos y que además el distribuidor se compromete a no vender productos a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema.

24. El contrato de distribución selectiva cobra especial importancia en el presente estudio debido a la estrecha relación que guarda con productos considerados de lujo, como relojes, perfumes, cosméticos y también determinadas prendas de vestir. Hay que tener presente que los productos vendidos mediante los sistemas de distribución selectiva son productos de marca, generalmente de lujo y son los que más atraen a los distribuidores independientes para la reventa debido a las características que presentan estos productos. Un ejemplo de firma de lujo que utiliza este sistema de venta para comercializar sus productos es *Rolex*.

25. La distribución selectiva o autorizada como el resto de contratos de distribución carece de regulación legal, por lo que no existe una ley en el ordenamiento español que recoja cuál es el concepto y régimen jurídico de este tipo de contrato. Esta carencia de un régimen legal específico ha dado lugar a que hayan sido los profesionales, quienes al necesitar este tipo de distribución para sus negocios los que han ido dando forma al concepto y caracteres de este contrato. Esta tipificación basada en el principio de autonomía de la voluntad (1255 CC) ha sido ratificada y modulada por los tribunales a razón de los casos que se iban presentando en los juzgados. El modo de operar de profesionales y de los tribunales siempre ha estado en cierta forma dirigido por las normas del Derecho de la competencia europeo y las normas de competencia nacionales. Como ya se ha señalado estas normas son prácticamente las únicas que regulan los contratos de distribución. De este modo, la regulación que realiza el Reglamento (UE) 2022/720 y sus Directrices va a ser crucial para que las partes doten de contenido a su contrato y sepan si este es legal de acuerdo a las normas de defensa de la competencia, bien nacionales o europeas.

26. En las Directrices del actual Reglamento se aclara que los distribuidores selectivos pueden ser seleccionados bien conforme a criterios cualitativos o cuantitativos. Los cualitativos se basan en la calidad de la distribución que puede desarrollar ese distribuidor y están íntimamente relacionados con el tipo de producto y su imagen de marca. Así, son criterios que indirectamente limitan el número de distribuidores debido a que no todos pueden cumplirlos. *Ad ex*, que el local de venta cuente con unos metros cuadrados determinados, que se sitúe en una zona de una ciudad adecuada para ese tipo de productos que se pretenden vender, que el distribuidor cuente con un equipo de empleados cualificados que puedan ofrecer un servicio preventa y posventa acorde con los productos, que el distribuidor disponga de un sitio web cuidado, entre otros. No obstante, en un sistema de distribución selectiva los distribuidores también pueden ser seleccionados conforme a criterios cuantitativos. Lo cual implica que directamente se limite el número de distribuidores<sup>21</sup>.

27. Una novedad que incorpora el nuevo Reglamento de exención por categorías es que anteriormente se exigía que los criterios cualitativos exigidos para la venta física y para la venta *on line* debían ser “equivalentes”<sup>22</sup>. En base al actual Reglamento los criterios que se puede exigir a los distribuidores para que puedan vender *on line* no tienen que ser equivalentes a los exigidos para la venta física. Lo relevante es que esos criterios exigidos para la venta *on line* no vayan más allá de lo necesario<sup>23</sup> y

<sup>21</sup> Directriz nº 144 relativas a las restricciones verticales.

<sup>22</sup> Directriz nº 235 relativas a las restricciones verticales.

<sup>23</sup> STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 36. 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 plata-

no tengan como resultado bien directamente o indirectamente la prohibición total de las ventas en línea del distribuidor.

## B) Los criterios para la selección de los miembros de la red

**28.** La formación de la red de distribución selectiva se centra en dos aspectos: i) La selección de los distribuidores conforme a *criterios de calidad*; ii) En atención a la *naturaliza del producto*.

**29.** La selección de los distribuidores reside principalmente en la capacidad de éstos para cumplir con las exigencias del producto y de la imagen de marca que lleva el mismo. Estos criterios de selección utilizados por los proveedores, fabricantes o importadores para seleccionar a los distribuidores tienen gran importancia, especialmente para el Derecho de la competencia. Esto es así debido a que los criterios utilizados pueden infringir el art. 101.1 TFUE por restringir la competencia. La razón es que los criterios de selección son los que justifican que unos distribuidores puedan pertenecer a la red y otros no.

**30.** No obstante, cada vez más las autoridades de competencia y los tribunales aceptan que se puedan exigir criterios de selección cuantitativos junto los cualitativos. De hecho, aunque en realidad no tiene demasiado sentido pensar en distribución selectiva basada sólo en criterios cuantitativos, puesto que para seleccionar a los distribuidores en relación al territorio existen otras fórmulas específicas como podría ser la concesión o la distribución exclusiva, sí que estaría permitido en atención a las actuales normas de competencia<sup>24</sup>. Esto difiere de una primera época de jurisprudencia del TJUE en la que se exigían exclusivamente criterios objetivos, basados en la naturaleza y calidad del producto y aplicados de forma uniforme y no discriminatoria<sup>25</sup>.

**31.** Actualmente, se sigue considerando que los criterios cualitativos son inherentes a la distribución selectiva. No obstante, tanto el Reglamento 330/2010 como el actual Reglamento (UE) 2022/720 otorgan libertad a las partes para que formen su red como mejor les convenga pero exige que exista algo muy lógico que es la consonancia entre las exigencias al distribuidor y las necesidades del producto. En el Reglamento 330/2010 no quedaba del todo claro la consideración de los criterios cuantitativos, si eran criterios de selección de los distribuidores al mismo nivel que los criterios cualitativos o eran un añadido más<sup>26</sup>. Sin embargo, con el actual Reglamento (UE) 2022/720 este particular se aclara, ya que los criterios cuantitativos se permiten del mismo modo que los cualitativos. Las Directrices que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720, en su apartado 144 precisan que los criterios cualitativos limitan la selección de los distribuidores de forma indirecta, mientras que los criterios cuantitativos la limitan de forma directa. Es decir, seleccionando un número fijo de distribuidores, lo cual es lícito en atención a las actuales normas de competencia. Una novedad que incorpora el Reglamento (UE) 2022/720 es que entre esos criterios cualitativos que se le pueden exigir al distribuidor podrían estar basados en la sostenibilidad. Es decir, en base a las actuales Directrices el proveedor podría exigir al distribuidor que para pertenecer a su red se deben cumplir determinados criterios basados en conseguir objetivos de sostenibilidad como combatir el cambio climático o reducir el uso de residuos naturales<sup>27</sup>. Así, *ad ex.*, a un distribuidor en base a esta normativa se le podría requerir que para ser parte de la red no uso empaque-

---

formas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (Rcd)*, 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.

<sup>24</sup> Directriz nº 144 relativas a las restricciones verticales.

<sup>25</sup> *Per alia* STPI de 2 de diciembre de 1996, *Leclerc*, as-19/1992, ECLI:EU:T:1996:190, apartado 112.

<sup>26</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución...*, pp. 147-148.

<sup>27</sup> Directriz nº 144 relativas a las restricciones verticales.

tado de plástico o que en el caso de minoristas que venden moda que dentro del establecimiento físico ofrezcan la posibilidad de que los clientes depositen ropa para reciclar.

32. En lo referente a la *naturaleza* de los productos que pueden ser objeto de distribución selectiva señalar que sí que ha habido diferencias con respecto a la primera etapa de sentencias del TJUE<sup>28</sup>. Se ha ido aceptando cada vez más que los productos que pueden venderse mediante distribución selectiva sean prácticamente de cualquier naturaleza. Así queda constancia en resoluciones judiciales que proceden tanto del Tribunal de Justicia como de las autoridades de competencia españolas donde se acepta que bienes que no sean de especial lujo ni de alta tecnología puedan ser vendidos mediante distribución selectiva sin vulnerar el art. 101.1 TFUE<sup>29</sup>. La distribución selectiva cobra sentido en productos en los que se cuida la imagen de marca no siendo el precio del producto un aspecto importante para el consumidor, para eso, es necesario que los que venden -distribuidores- den un servicio especializado y de calidad que se cumple eligiendo a los revendedores en base a criterios cualitativos y objetivos, limitar el número de los mismos por zona, es un añadido. Sin embargo, que se trate de un tipo de distribución ideal para productos de una naturaleza especial no obsta para que actualmente en atención a la flexibilidad del nuevo régimen normativo y jurisprudencial, la distribución selectiva pueda ser utilizada para productos de casi cualquier naturaleza sin ser contrario al Derecho *antitrust* ni europeo ni nacional, siempre que el mercado de referencia acepte restricciones de competencia *intramarca*<sup>30</sup>.

### C) Características de la distribución selectiva

33. El contrato de distribución selectiva como contrato de distribución es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y en la mayoría de los casos de adhesión por el poco margen de negociación con el que cuentan los distribuidores frente a los proveedores. Como se ha estudiado, criterios cualitativos y cuantitativos podrían utilizarse para seleccionar a los distribuidores, por lo tanto, cláusulas de unas figuras contractuales se mezclan con cláusulas de otras y es difícil categorizar los contratos en la práctica de forma estanca. Aún así respecto a las peculiaridades de este tipo de distribución es posible destacar las que siguen:

- 1) *El distribuidor asume los riesgos económicos y financieros derivados de la venta de los productos.* El distribuidor suele ser un minorista<sup>31</sup>. Los minoristas se encargan de la distribución al detalle al cliente final. El hecho de que se base el sistema de distribución selectiva en minoristas guarda sentido con su propia esencia. Esto es así por dos razones. Por un lado, el proveedor tiene más control de que los criterios exigidos para estar en la red son cumplidos por el distribuidor. Por el otro, evita que existan fugas en las redes de distribución. El proveedor al crear su red con minoristas la tiene mucho más controlada que si en la misma existen mayoristas y minoristas. Sin embargo, actualmente cada vez es más habitual incluir a mayoristas en estas redes y que así la red se forme tanto de distribuidores mayoristas como de minoristas. De hecho, para fomentar la inclusión de mayoristas el art. 4.c) i del Reglamento (UE)2022/720 señala no se aplicará la exención del art. 2 a los acuerdos verticales que con-

<sup>28</sup> STJCE de 10 de julio de 1980, *Lancôme SA/Etos BV*, as. 99/79, *Rec.* 1980, p. 2511, apartado 20; de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal/PVBA "De Nieuwe AMCK"*, as. 31/80, *Rec.* 1980, p. 3775, apartados 15-17; de 16 de junio de 1981, *Maria Salonia/Giorgio Poidomani*, as. 126/80, *Rec.* 1981, p. 1563, apartado 27; de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt/Comisión*, as. 210/81, *Rec.* 1983, p.3045; de 25 de octubre de 1983, *Telefunken/Comisión*, as. 107/82, *Rec.* 1983, p. 767, apartado 33; de 22 de octubre de 1986, *Metro/Comisión*, as. 75/84, *Rec.* 1986, p. 3021, apartados 37-45.

<sup>29</sup> STJCE de 3 de julio de 1985, as. 243/1983, *Binon*, ECLI:EU:C:1985:284; STPI de 12 de diciembre de 1996, *Leclerc*, T-19/92, ECLI:EU:T:190. Resolución TDC de 23 de junio de 1992, *Andreas Stihl S.A.*, Exp. 31/92 donde se permite un sistema de distribución selectiva para maquinaria de jardinería, industria agrícola, forestal y construcción; Resolución CNC de 18 de noviembre de 2009, pinturas DYRUP, Exp. S/0149/09, en la que se considera lícito un sistema de distribución selectiva para pinturas de toda clase que se utilizan para la decoración y la industria.

<sup>30</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución*, p. 137.

<sup>31</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "El contrato de...", p. 791.

tengan cláusulas que restrinjan los suministros cruzados entre distribuidores que pertenezcan al mismo sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de la cadena de distribución. Esto es así porque los distribuidores selectivos no tienen obligación de suministrarse de una única fuente de aprovisionamiento, a diferencia de lo que puede suceder en los contratos de distribución exclusiva. Así, se consideraría una cláusula prohibida contraria a las normas *antitrust* aquella que imponga al distribuidor selectivo la compra exclusiva al proveedor y prohíba que los distribuidores se puedan suministrar a través de otros miembros de la red oficial (suministros cruzados).

- 2) *La distribución selectiva se ve particularmente afectada por el comercio paralelo.* Los distribuidores autorizados no compiten tanto por el precio sino más bien por la calidad y los servicios preventa y posventa de los productos que ofertan debido a la naturaleza de los productos que generalmente son objeto de la distribución selectiva<sup>32</sup>. Esto provoca que el producto se encarezca considerablemente por esta forma de distribuir, puesto que para ser elegido como distribuidor es necesario cumplir con unos criterios que exigen importantes inversiones. Con el fin de amortizar dichas inversiones, los productos de marca que se venden mediante estas redes suelen tener un precio diferente en función del país o del mercado en el que se comercialicen. Esto da lugar a que distribuidores independientes o *free riders* conscientes del funcionamiento de estas redes y de las características de los productos que en ellas se venden, aprovechen incumplimientos contractuales de los distribuidores autorizados para adquirir productos en un mercado a un precio inferior para posteriormente revenderlo en otro en el que es posible un precio mayor de venta. Las vías mediante las que los comerciantes paralelos suelen conseguir los productos de marca originales de la red pueden ser variadas, pero una de ellas es debido a incumplimientos contractuales de los propios distribuidores autorizados<sup>33</sup>. Éstos se saltan una de las cláusulas más importantes de estos contratos (“no vender los productos a distribuidores ajenos a la red”) y acaban vendiendo los productos de marca a agentes independientes que en principio no cumplen con los criterios cualitativos que la red de distribución exige para poder pertenecer a la misma. Esta reventa al margen de la red puede dañar la imagen de marca, el prestigio, exclusividad y *glamour* de la misma, aspectos claves en la comercialización de productos de lujo y que tanto potencian las redes de distribución selectiva<sup>34</sup>.

Ante esta situación, el titular de la marca suele encontrarse con una situación compleja para defender su red desde un punto de vista jurídico. Por un lado, la primera opción será expulsar de la red al distribuidor autorizado incumplidor. Contra éste se podrían ejercer acciones tanto contractuales (incumplimiento del contrato), extracontractuales (reclamación de daños y perjuicios) como de competencia desleal. Por el otro, el agente independiente frente al cual se podrían ejercer acciones marcarias aunque incluso el producto de marca estuviera agotado<sup>35</sup> y la reventa del producto estuviera permitida en aras de la libre circulación de mercancías. Esto es posible si esa forma de venta del distribuidor independiente

<sup>32</sup> Vid. C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p 27. P. VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus Kartellrechtlicher Sicht”, *Zeitschrift für Vertriebsrecht* (ZvertriebR), 5/2012, p. 299. STJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro/Comisión*, as. 26-76, ECLI:EU:C:1977:167, apartado 21.

<sup>33</sup> Para un mayor detalle vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y ...*, p.296 y ss.

<sup>34</sup> STJUE 23 abril 2009, *Copad v. Christian Dior*, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 28.

<sup>35</sup> Sobre el agotamiento del Derecho de marca Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; M. Botana Agra, «El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con café», *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, n.º 9, 1992, pp. 41 y ss.; A. CASADO CERVIÑO/ C. BORREGO, «Agotamiento del derecho de marca», en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de marcas* (González Bueno, C. coord.), Madrid, Civitas, 2003; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp.371-391; A. GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE», *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P. MARTÍN ARESTI, «Art. 36, agotamiento del derecho de marca», en A. BERCOVITZ CANO (Dir.) J.A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C. PRAT, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 230, 2004, pp. 27- 44.

se aleja mucho de cómo venden los distribuidores oficiales pudiendo causar daños en el prestigio de la marca<sup>36</sup>. Esto podría ser un motivo legítimo que exceptuara el agotamiento del Derecho de marca (art. 15.2 Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas<sup>37</sup> y art. 36.2 Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas<sup>38</sup>). No obstante, en ocasiones no sólo son agentes especializados los que revenden las mercancías al margen de la red oficial pudiendo menoscabar el *goodwill* de la marca, pueden ser también consumidores finales<sup>39</sup>. Éstos pueden realizar estas ventas debido a que sacan partido de dos aspectos: 1) De la diferencia de precio de los productos de lujo de unos mercados a otro; 2) De la facilidad para vender los productos mediante plataformas de comercio electrónico.

#### 4. Las restricciones a la reventa que el Reglamento (UE) 2022/720 autoriza en los diferentes sistemas de distribución

34. Los sistemas de distribución selectiva y exclusiva son diferentes en algunos aspectos pero comparables en algunos otros. Uno de los aspectos que acerca dichos sistemas es que ambos limitan el número de distribuidores autorizados y las condiciones de la reventa a las que debe someterse el distribuidor. La diferencia principal entre la distribución exclusiva y selectiva es que en la distribución exclusiva, el distribuidor está protegido frente a las ventas activas provenientes de fuera de su territorio exclusivo, mientras que en la distribución selectiva el distribuidor estaría blindado frente a las ventas activas y pasivas de terceros no pertenecientes a la red oficial de distribución<sup>40</sup>. Para conseguir proteger de tal modo a los distribuidores son necesarias restricciones territoriales.

35. El Reglamento (UE) 2022/720 señala en sus arts. 4 letra b, letra c y letra d una restricción especialmente grave la cual se refiere a la posibilidad de conceder a un distribuidor un territorio o un grupo de clientes en exclusiva. Así, un acuerdo que tenga por objeto la restricción del territorio en el que, o de los clientes, en los que el distribuidor puede vender activa o pasivamente los bienes o servicios contractuales no se beneficiará de la exención en bloque del Reglamento (UE) 2022/720.

36. Las medidas utilizadas por los proveedores para limitar el ámbito de actuación del comprador son variadas y de diferente naturaleza. Entre las *medidas directas* implantadas por el proveedor se pueden diferenciar la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios e, incluso, la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores.

Por lo que respecta a las *medidas indirectas*, excluidas *a priori* de la exención, se pueden destacar todas aquellas que se utilizan habitualmente por los titulares de las redes con el fin de proteger al máximo la red de intromisiones externas. Así, entre dichas prácticas se pueden destacar las siguientes<sup>41</sup>:

- 1) La denegación o reducción de primas o descuentos, es decir, el proveedor se niega a conceder bonificaciones por las ventas al distribuidor o distribuidores de un determinado territorio por ventas pasivas fuera del territorio porque en los otros territorios ya operan otros miembros de la red<sup>42</sup>.
- 2) La negativa a suministrar los productos o servicios. Esta medida puede ser considerada abuso de posición de dominio cuando el proveedor tiene posición de dominio en el mercado de referencia.

<sup>36</sup> SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013, ECLI: ES:APA:2013:2076, FJ 5.

<sup>37</sup> DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

<sup>38</sup> BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

<sup>39</sup> STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal v. eBay*, C-324/09, ECLI:C:EU:2011:474, apartado 51.

<sup>40</sup> Directriz nº 145 relativas a las restricciones verticales.

<sup>41</sup> Directriz nº 204 relativas a las restricciones verticales.

<sup>42</sup> STJCE 6 abril 2006, *General Motors BV, Opel/Comisión*, C-551/03 P, ECLI:C:EU:2006

- 3) La reducción de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o al grupo de clientes asignados. Este tipo de prácticas va a ser analizada en profundidad en el último capítulo debido a que es una práctica muy habitual para paliar el comercio paralelo de medicamentos.
- 4) La amenaza de rescisión de los contratos si no se cumplen con las restricciones territoriales o de clientela que el proveedor impone.
- 5) La exigencia de un precio más elevado para los productos que van destinados a la exportación. Esta práctica también conocida como doble precio y presenta efectos similares a las restricciones de suministro. Ambas habituales entre las empresas farmacéuticas.
- 6) La limitación del número de unidades que un distribuidor oficial puede exportar. Una vez que el fabricante que ha analizado la capacidad de venta del distribuidor en un mercado concreto, puede saber con bastante exactitud el número de productos que el distribuidor necesita. Esto evita que el distribuidor tenga mercancías en stock y decida revenderlas a operadores no integrados en la red.
- 7) La negativa a entregar al comprador el manual de instrucciones del producto en una lengua diferente a la del país en el que está establecido.

Estas medidas tienen más probabilidad de considerarse contrarias al Derecho de la competencia cuando se acompañan de otras dirigidas a combatir el comercio paralelo, como la utilización de diferentes etiquetas o envases o número de series con el fin de codificar las mercancías para que los titulares de la red puedan detectar de dónde vienen los agujeros de sus redes de distribución. El resultado que ocasionan estas medidas es la compartimentación del mercado bien por territorio o bien por clientes. Esta compartimentación da lugar a que la consecución del mercado único no sea posible.

**37.** Un aspecto importante es que las cláusulas de restricción de territorio o clientes producen efectos anticompetitivos fácilmente superables, por lo que la exclusión de su exención podría no estar económicamente justificada. Es decir, aunque con estas medidas de asignación de territorio o clientes puede quedar reducida la competencia intramarca, es también fácil que los efectos positivos de estas restricciones superen a los negativos cuando el proveedor no tiene poder de mercado y hay suficiente competencia intramarca en la zona. Por lo tanto, excluir de la exención de los acuerdos que incluyen este tipo de cláusulas solo atiende a una razón: preservar el mercado interior<sup>43</sup>. No hay que olvidar que junto con el mantenimiento de una competencia efectiva, el Derecho de la competencia europeo persigue también la consecución de un mercado común. De este modo, en atención a los efectos positivos que presentan estas restricciones se puede afirmar de forma general su legalidad en el Derecho de la competencia estadounidense<sup>44</sup>.

**38.** Otro aspecto importante a tener en cuenta del art. 4 letra b es que la prohibición no afecta a los acuerdos que restringen la clientela o el territorio del vendedor. Esto es, acuerdos por los que el proveedor no puede vender ese mismo producto a distribuidores de su competencia.

**39.** De este modo, al igual que sucedía en el Reglamento 330/2010, el actual Reglamento de exención por categorías exceptúa de prohibición prácticas concretas debido a los efectos positivos que determinadas restricciones territoriales o de clientela al comprador pueden presentar para el mercado y los consumidores. Sin embargo, el actual Reglamento ofrece más detalles en el caso de las excepciones de prohibición en su art. 4.

**40.** En el caso de la *distribución exclusiva*, el artículo 4 letra b recoge cinco excepciones a la prohibición. Estas son:

- i) *Excepción 1.* El proveedor puede en un sistema de distribución exclusiva restringir las ventas activas del distribuidor exclusivo y sus clientes directos en un territorio o grupo de

<sup>43</sup> Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2006, p 236.

<sup>44</sup> Vid. P. AREEDA/ L. KAPLOW/ A. EDLIN, *Antitrust analysis: Problems, Text, Cases*, Aspen Publishers, 2010, p. 552 y ss.

clientes reservado al proveedor o asignados por éste a un máximo de otros cinco distribuidores exclusivos. Respecto al Reglamento 330/2010 hay dos cambios: 1) El proveedor puede señalar hasta un máximo de cinco compradores, cuando con el anterior Reglamento de exención por categorías sólo era posible asignar un distribuidor exclusivo por zona o grupo de clientes; 2) Se pueden restringir las ventas activas del distribuidor o distribuidores exclusivos y también las de sus clientes directos del distribuidor. Con la anterior regulación no era posible la restricción de las ventas activas de los clientes del comprador.

La restricción de las ventas activas permite que el distribuidor pueda amortizar la inversión que ha tenido que realizar para poder vender el producto en el mercado -*ad ex.* campañas de publicidad-. La asignación del territorio o de la clientela permite que el distribuidor se asegure un determinado número de ventas<sup>45</sup>. Debido a dicha función, el territorio designado no puede ser un mercado en el que el producto o servicio no se ha introducido. Por eso la limitación del comprador a determinados territorios y clientes se condiciona a que el bien o servicio sea distribuido a esos territorios o a esos clientes por otros distribuidores o por el vendedor<sup>46</sup>.

La restricción únicamente puede afectar a las ventas activas, en ningún caso a las pasivas. Como ya hemos señalado, las ventas activas son las que tienen lugar como consecuencia de la actuación activa de los comerciantes en busca de clientes. Esta búsqueda activa se puede realizar: 1) Mediante la aproximación activa a clientes individuales o a un grupo de clientes de un territorio que pertenece en exclusiva a otro distribuidor mediante correos electrónicos, visitas o publicidad dirigida a ese grupo de clientes en concreto o a ese territorio; 2) Mediante un almacén u otro tipo de establecimiento en el territorio exclusivo de otro distribuidor<sup>47</sup>.

Sin embargo, las ventas pasivas son las realizadas en respuesta a pedidos no solicitados activamente. Se consideran pasivas las actividades de publicidad o promoción en los medios de comunicación o internet que lleguen a los grupos de clientes o a territorios asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que son una vía razonable para llegar a los clientes situados en la zona asignada al distribuidor<sup>48</sup>.

Las ventas pasivas no pueden ser restringidas debido a que supondría la protección total del distribuidor y la compartimentación del mercado. La no restricción de las ventas pasivas permite que cualquier ciudadano pueda acudir a cualquier establecimiento de la UE y adquirir un bien o servicio sin que se le pueda negar la prestación<sup>49</sup>.

La contratación *online* mediante las nuevas tecnologías ha supuesto algunos problemas en cuanto a si estos tipos de ventas son activas o pasivas. El R. 330/2010 no recogía nada al respecto en su articulado, sin embargo, el actual Reglamento 2022/720 sí ha incluido cambios debido a que es un tema crucial sobre el que ha habido jurisprudencia del TJUE en estos años que ha marcado la posición a seguir por las autoridades de competencia, como posteriormente estudiaremos.

- ii) *Excepción 2.* El proveedor puede restringir las ventas activas o pasivas del distribuidor exclusivo y sus clientes a distribuidores no autorizados situados en el territorio en el que el proveedor ya cuenta con un sistema de distribución selectiva para los bienes o servicios contractuales o que ha reservado para aplicarlo. El objetivo de este tipo de restricción es proteger el carácter estanco de los sistemas de distribución selectiva<sup>50</sup>. Y esto es una novedad con respecto al Reglamento 330/2010 que posteriormente analizaremos.
- iii) *Excepción 3.* El proveedor puede restringir el lugar del establecimiento del comprador al que se le asigna un territorio o grupo de clientes en exclusiva. Esto implica que el provee-

<sup>45</sup> Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 237; V. KORAH/ D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under...*, 2002, p. 134. Vid. también, G. DEMME, *Le Droit des restrictions verticales*, Economica, Paris, 2011, pp. 209-210.

<sup>46</sup> Vid. J. A ECHEBARRÍA, "Acuerdos verticales...", p. 134; A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 237.

<sup>47</sup> J. GOYDER, *EU Distribution Law*, p. 106; V. KORAH/ D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under...*, pp. 180 y ss; R. WHISH, *Competition Law...*, p. 666.

<sup>48</sup> Directriz n° 214 relativa a las restricciones verticales.

<sup>49</sup> Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 238.

<sup>50</sup> Directriz n° 223 relativas a las restricciones verticales.

dor puede exigir al distribuidor que limite sus establecimientos de distribución y almacenes a una dirección, lugar o territorio concreto<sup>51</sup>. En relación a los establecimientos móviles, el contrato de distribución puede fijar los lugares donde dicho establecimiento no podría ubicarse<sup>52</sup>. En atención a lo dispuesto por el TJUE en el asunto *Pierre Fabre*<sup>53</sup>, hay que tener presente que una tienda *on line* no equivale a la apertura de un establecimiento físico.

- iv) *Excepción 4*. Las restricciones de ventas, tanto activas como pasivas, a usuarios finales realizadas por un comprador que opere a nivel mayorista pueden quedar exentas de prohibición. Esto implica que el proveedor pueda mantener separada la venta al por mayor y la venta al por menor, por lo que sus compradores están diferenciados en función del nivel de la cadena de distribución al que pertenecen<sup>54</sup>. No obstante, si el proveedor lo desea, puede permitir a sus mayoristas vender a determinados usuarios finales, por ejemplo, a grandes usuarios finales, pudiendo prohibir vender al resto de consumidores<sup>55</sup>.
- v) *Excepción 5*. El proveedor tiene la facultad de prohibir a sus distribuidores la venta de componentes a clientes que pretendan usarlos para fabricar el mismo tipo de productos que él mismo fabrica. Este precepto brinda al proveedor la opción de proteger su mercado restringiendo que lleguen a sus competidores bienes que él suministra<sup>56</sup>. Al igual que con el anterior Reglamento, la prohibición es amplia<sup>57</sup>, debido a que se dirige a todo componente que se incorpora para la fabricación de bienes, no sólo a las piezas de recambio<sup>58</sup>.

**41.** En relación a la *distribución selectiva*, está prohibido conforme al art. 4 letra c inciso i) la restricción del territorio o del grupo de clientes a los que los distribuidores miembros de un sistema de distribución selectiva pueden vender activa o pasivamente los bienes o servicios objetos del contrato de distribución. Sin embargo, el propio Reglamento 2022/720 señala cinco excepciones de prohibición:

- i) *Excepción 1*. El proveedor puede limitar la capacidad de los distribuidores selectivos y de sus clientes directos para que vendan fuera del sistema de distribución selectiva. De este modo, el proveedor puede limitar las ventas activas pero también las pasivas (esto es una novedad con respecto al Reglamento 330/2010) a distribuidores no autorizados por parte de sus distribuidores oficiales y de sus clientes directos en un territorio o grupo de clientes reservado al proveedor o que éste haya asignado a un máximo de cinco distribuidores.
- ii) *Excepción 2*. El proveedor puede restringir las ventas tanto activas como pasivas de los distribuidores selectivos a distribuidores no autorizados en cualquier territorio en el que la red opera. El proveedor o titular de la red va a poder exigir a sus miembros que no vendan a distribuidores no pertenecientes a la misma siempre que los no miembros operen en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema<sup>59</sup>. Es decir, el proveedor no puede prohibir la venta a usuarios ajenos al sistema de distribución selectiva en los mercados en los que la red de distribución selectiva no existe, ya que de tener tal facultad se extenderían las restricciones de estos sistemas a mercados donde dicha red no está establecida. Este límite tiene como fin evitar la obstaculización excesiva de la libre circulación de mercancías y del comercio paralelo. Por lo tanto, el distribuidor, ya sea mayorista o minorista, no podrá revender los productos o servicios a miembros ajenos a la red de distribución selectiva en el territorio en los que el proveedor aplique este sistema. Así, si el proveedor

<sup>51</sup> Directriz nº 224 relativas a las restricciones verticales.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 56 a 58.

<sup>54</sup> STJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro I*, as. 26-76, *Rec.* 1977, p. 01875.

<sup>55</sup> Directriz nº 225 relativas a las restricciones verticales.

<sup>56</sup> *Vid.* C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 206.

<sup>57</sup> Directriz nº 226 relativas a las restricciones verticales.

<sup>58</sup> *Vid.* R. RONIGER, *Das neue Vertriebskartellrecht: Kurzkomentar zur vertikalen EG-Gruppenfreistellungsverordnung*, Linde-Beck, Wien-München, 2000, p. 79.

<sup>59</sup> *Vid.* G. DEMME, *Le Droit des...*, p. 211.

aplica el sistema de distribución selectiva en todos los Estados miembros de la UE, el distribuidor oficial está obligado a respetar la prohibición en todos los países europeos<sup>60</sup>. Este tipo de prohibición de venta a terceros ajenos a la red de distribución selectiva como se sabe limita el comercio paralelo. Pero también es cierto que limitando esta restricción a los territorios donde se aplique el sistema de distribución selectiva se evita una obstaculización excesiva de las importaciones paralelas. Los titulares de las redes de distribución conscientes de que aplicando el mismo sistema a todos los territorios del EEE evitan fugas en su red de distribución es lo que normalmente tienden a hacer<sup>61</sup>. Aún así, se puede decir que este tipo de restricciones aún limitando la competencia intramarca queda exenta de prohibición por los efectos positivos intramarca que provocan en el mercado. En definitiva, se puede decir es un bálsamo para las redes de distribución selectiva, un bálsamo ante los efectos que provoca el agotamiento de los Derecho de marca en este tipo de redes.

- iii) *Excepción 3.* El proveedor puede obligar al distribuidor a comercializar los productos en determinados establecimientos. Es lo que se conoce como “cláusula de establecimiento” y que posteriormente desarrollaremos. El objetivo de esta cláusula es que el proveedor pueda controlar dónde y sobre bajo qué condiciones se comercializan los productos objetos del contrato de distribución con el fin de que el distribuidor cumpla los criterios cualitativos que marca la red.
- iv) *Excepción 4.* El proveedor puede restringir las ventas activas o pasivas a los usuarios finales un distribuidor selectivo que opera al por mayor. Esto permite, como ya vimos, en la distribución exclusiva que el proveedor pueda mantener separada la venta al por mayor de la venta al por menor<sup>62</sup>.
- v) *Excepción 5.* El proveedor puede restringir al distribuidor la venta activa o pasiva de componentes suministrados a competidores del proveedor que persiguen incorporarlos a un producto para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor.

Cláusulas que continúan sin estar permitidas en el Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales por restringir la competencia son aquellas que i) prohíben los suministros cruzados en sistemas de distribución selectiva entre miembros que operan bien al mismo nivel o a diferentes niveles<sup>63</sup>. A un distribuidor selectivo no se le puede obligar a abastecer de una única fuente de suministro, es más, debe tener la libertad de abastecerse de cualquier distribuidor miembro de la red oficial de distribución<sup>64</sup>; ii) restringen las ventas activas y pasivas de los distribuidores selectivos minoristas a usuarios finales. Salvo cuando estos usuarios finales estén situados en un territorio exclusivo o pertenezcan a un grupo de clientes asignado en exclusiva a otro distribuidor o el proveedor se haya reservado para él en un territorio en el que el proveedor gestione un sistema de distribución exclusiva. Esto no excluye la posibilidad de prohibir a los distribuidores autorizados que operen fuera del establecimiento autorizado<sup>65</sup>.

Por lo tanto, un aspecto que no ha cambiado con el Reglamento (UE) 2022/720 es que el proveedor no puede combinar en un mismo territorio distribución selectiva y distribución exclusiva si quiere

<sup>60</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 810-811.

<sup>61</sup> Además de evitar fugas en el sistema de distribución selectiva, la aplicación de este tipo de distribución en todo el EEE da lugar a que se convierta en una red cerrada o estanca lo que genera problemas no sólo por los efectos restrictivos que puede provocar para la competencia sino también los efectos negativos para la libre circulación de mercancías. En la STJCE de 13 de enero de 1994, C-376/1992, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Cartier SA*, asunto C-376/92, *Rec.* 1994, p. I-00015, apartados 26 y 27. El Tribunal de Justicia rechazó la estanqueidad como un elemento necesario en las redes de distribución selectiva para evitar y/o paliar las fugas de la red. En palabras del propio Tribunal “(...) supeditar la validez de un sistema de distribución selectiva, con arreglo al apartado 1 del art. 85 del Tratado, a su <<estanqueidad>> lleva al resultado paradójico de que, con arreglo a dicho precepto, se depara un trato más favorable a los sistemas de distribución más rígidos y cerrados que a los sistemas de distribución más flexibles y abiertos al comercio paralelo. Por último, el reconocimiento de la validez de una red de distribución selectiva en el mercado común no puede depender de la capacidad que pueda tener el fabricante de lograr <<estanqueidad>> del sistema en todas partes (...)”.

<sup>62</sup> Directriz nº 232 relativas a las restricciones verticales.

<sup>63</sup> Directriz nº 237 relativas a las restricciones verticales.

<sup>64</sup> Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, apartados 65 a 78.

<sup>65</sup> Directriz nº 234 relativas a las restricciones verticales.

beneficiarse de la exención del art. 2.1<sup>66</sup>. La principal razón descansa en que permitir la combinación de distribución selectiva y exclusiva en un mismo territorio daría lugar a que se permitieran cláusulas especialmente graves prohibidas por el art. 4, tales como la prohibición de suministros cruzados, la restricción de ventas pasivas a usuarios finales o la restricción de ventas activas y pasivas en territorios que no hayan sido asignados<sup>67</sup>.

Un aspecto que sí ha cambiado con respecto al Reglamento 330/2010 es que el actual Reglamento (UE) 2022/720 permite prohibir a los distribuidores no selectivos la venta a distribuidores no autorizados en el territorio en el que opera el sistema de distribución selectiva. Con el Reglamento 330/2010 sólo se prohibía a los distribuidores selectivos la venta a terceros ajenos a red. Sin embargo, con el Reglamento (UE) 2022/720 se ha ampliado esta prohibición a todo tipo de distribuidores, ya sean selectivos o no. Lo cual tiene una implicación práctica importante y es que evita fugas en la red oficial de distribución. Es decir, que los productos se acaben vendiendo en mercados donde está instaurado un sistema de distribución selectiva por *free riders* o agentes ajenos a la red oficial de distribución. Escenario que puede tener lugar cuando el proveedor ostenta una red de distribución donde en algunos territorios la venta es mediante distribución selectiva y en otros mediante distribución exclusiva en los distintos territorios del EEE. En base al anterior Reglamento de exención por categorías, a los distribuidores exclusivos no se les podían restringir las ventas pasivas que podían venir de distribuidores no oficiales. Esto daba la situación de que si un proveedor tenía una red de distribución exclusiva en Italia y una red de distribución selectiva en España, que el distribuidor selectivo español podía encontrarse en su mercado la venta de productos originales de la red por agentes no autorizados que los adquirían a distribuidores exclusivos de esa misma red en otros países como en este caso del ejemplo en Italia<sup>68</sup>. Sin embargo, con el actual Reglamento (UE) 2022/720 esta situación deja de tener lugar debido a que al distribuidor no selectivo ahora sí se le puede prohibir que venda a terceros ajenos a la red en todos los territorios en los que está instaurada la red de distribución selectiva.

**42.** En el caso de que el proveedor aplique un sistema de distribución gratuita, es decir, ese tipo de distribución no es ni distribución exclusiva ni distribución selectiva, no quedarán exentas de prohibición los acuerdos o prácticas concertadas que directa o indirectamente tengan por objeto restringir el territorio o los clientes a los que el comprador en un sistema de distribución gratuita puede vender de forma activa o pasiva los bienes o servicios contractuales. Como ya estudiamos con la distribución exclusiva y selectiva, este tipo de restricciones está exento de prohibición en 5 supuestos los cuales son los mismos que los expuestos anteriormente.

## V. Las cláusulas relativas a la fijación de precios de reventa

**43.** Las cláusulas que directa o indirectamente fijen un precio de reventa al que debe adaptarse el distribuidor no se benefician de la exención automática del Reglamento (UE) 2022/720. El hecho de imponer al distribuidor un precio al que debe revender los bienes o servicios elimina la competencia intramarca en lo referente al precio. Además, esta conducta facilita la colusión y compartimenta el mercado entre los Estados miembros<sup>69</sup>. La prohibición del art. 4 no sólo afecta a la imposición de un precio de venta determinado al comprador sino también la imposición de un precio mínimo al que se debe vender. Mientras que la imposición de un precio fijo es el precio que el comprador se ve obligado a aplicar en la venta de los productos, pudiendo tratarse bien de una cifra concreta, o bien de la fijación de los márgenes de beneficio o de descuentos de los que se beneficia el distribuidor; el precio mínimo implica para el distribuidor la obligación de vender como mínimo a la cantidad predeterminada por el fabricante

<sup>66</sup> Directriz nº 236 relativas a las restricciones verticales.

<sup>67</sup> Directriz nº 236 relativas a las restricciones verticales.

<sup>68</sup> Este problema ya lo pusimos de manifiesto en I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y...*, p. 298.

<sup>69</sup> *Vid.* M<sup>a</sup>. T. ORTUÑO BAEZA, “Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia: Comentario al Reglamento 2.790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, *Noticias de la Unión Europea*, 204, 2002, p. 28.

o proveedor, siempre con la posibilidad de vender a un precio superior. A pesar de que la fijación de un precio de venta y el precio mínimo son diferentes, el resultado que causan en el mercado puede muy semejante, restringir la competencia.

44. Una consideración diferente se tiene sobre los precios máximos y los precios recomendados. Por un lado, el precio máximo implica que el distribuidor no va a poder vender nunca por encima de ese precio. Bajo el precio máximo el proveedor fija un tope al precio que alcanzarán sus productos o servicios a la hora de distribuirse. Por el otro, a diferencia del precio máximo, el precio recomendado es una recomendación del fabricante o proveedor al distribuidor sobre el precio al que se deberían vender los productos o servicios.

45. El precio máximo y el precio recomendado generalmente no eliminan la competencia debido a que el distribuidor tiene margen de maniobra para fijar los precios que crea convenientes. De hecho, los precios máximos o recomendados pueden presentar aspectos positivos para la competencia cuando el distribuidor tiene poder de mercado<sup>70</sup>. Es una forma de limitar el poder de actuación del distribuidor en cuanto a los precios. No obstante, los precios máximos o recomendados pasan a ser un problema para la competencia cuando encubren una fijación de precios<sup>71</sup>.

46. De forma contraria a los precios máximos y recomendados, la fijación de precio y el precio mínimo al ser considerados negativos para la competencia son los que más debate han creado. No obstante, en las últimas Directrices relativas a las restricciones verticales se puede observar una evolución de la Comisión respecto a la fijación de precios<sup>72</sup>. La Comisión no ha llegado tan lejos como a eliminar la fijación de precios de las cláusulas especialmente graves, sin embargo, ha suavizado su postura tradicional al respecto<sup>73</sup>. Así en las actuales Directrices se recogen las siguientes excepciones:

- 1) El control de precios mediante programas informáticos no constituye una imposición de un precio de reventa<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 231. STJCE de 28 de enero de 1986, *Pronuptia*, as. 161/84, *Rec.* 1986, p. 353, apartado 25.

<sup>71</sup> Los precios máximos o recomendados dejan de ser una opción para el distribuidor y se convierten en fijos cuando el proveedor no le deja la posibilidad de decidir el precio. Esto suele suceder en los casos en los que el proveedor tiene poder de mercado y el distribuidor no tiene otra alternativa más que seguir el precio indicado. Los medios indirectos para convertir un precio recomendado en uno fijo son variados, podemos encontrar desde más sutiles como la realización de descuentos en función del nivel de precios, hasta los más agresivos, como las advertencias de resolución, amenazas o retrasos en las entregas. En la STJCE de 2 de abril de 2009, *Pedro V servicios S.L/ Total España S.A*, C-260/07, *Rec.* 2009, p. 2437, apartados 70-84, se establece que un acuerdo puede beneficiarse de la exención del Reglamento de exención por categorías cuando se incluyan cláusulas de precios máximos o recomendados, siempre que el revendedor tenga la posibilidad real de fijar el precio de venta al público. Además, señala la resolución que debe ser el tribunal nacional el que debe apreciar si en el caso concreto concurre una fijación de precios o se trata de precios máximos o recomendados. Como resalta el TJCE, el tribunal nacional es el que mejor conoce el asunto y por tanto puede comprobar “*si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivo*”.

<sup>72</sup> Directriz nº 191 y 197 relativas a las restricciones verticales.

<sup>73</sup> Desde siempre las autoridades de competencia de la UE han considerado que la fijación de precios mínimos es de las prácticas más dañinas sino la que más debido a los efectos perniciosos que crean en el mercado. La competencia en precios es considerada como uno de los aspectos cruciales para la integración de los mercados, y por tanto, la consecución efectiva de un mercado único europeo. Pero sí que es cierto en los últimos tiempos las autoridades de competencia se están planteando cada vez más las bondades de fijar precios mínimos en las relaciones proveedor-distribuidor. Para un mayor detalle en relación a los efectos anticompetitivos y procompetitivos de la fijación de precios vid. C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Red*, nº 4, 2009, pp. 67-84, donde la autora considera muy acertadamente que las restricciones de fijación de precios son conductas que pueden presentar efectos positivos, negativos o neutrales para la competencia, pero la entidad de daño que crean es del tal envergadura que no puede ser compensando con los posibles efectos positivos que pudieran llegar a tener, es más, dichos efectos positivos que generan se podrían conseguir por otras vías menos restrictivas para la competencia.

<sup>74</sup> Directriz nº 191 relativas a las restricciones verticales.

- 2) La imposición de precios mínimos anunciados se considera fijación de precios mínimos de reventa<sup>75</sup>. Esto es así porque impide al distribuidor poder comunicar a sus clientes sus propios descuentos. Sin embargo, este tipo de cláusulas podría quedar exenta de prohibición en atención al art. 101.3 TFUE cuando se aplican durante un período reducido de tiempo (2 a 6 semanas) debido a que se persigue *ad ex.* introducir un nuevo producto en el mercado<sup>76</sup>. También se pueden considerar lícitos los precios mínimos anunciados cuando con ellos el proveedor persigue impedir que el distribuidor venda de forma regular los productos del proveedor por debajo del precio mayorista porque perjudica la imagen de marca. Esta novedad que introducen las autoridades de competencia podría implicar el inicio de un cambio de parecer y que la posición actual se alinee más con otras posturas ya sostenido por cierta doctrina basada en que los precios mínimos anunciados no son en realidad una fijación de precios<sup>77</sup>.
- 3) En los contratos de cumplimiento<sup>78</sup> no se considera que se están fijando precios en los casos en los que el proveedor selecciona a la empresa que prestará los servicios de logística e impone un precio de reventa<sup>79</sup>.

## VI. La distribución dual

47. La distribución dual tiene lugar cuando el fabricante también se encarga de hacer la función de distribuidor lo que le lleva a competir en el mercado con sus distribuidores<sup>80</sup>. Es decir, el fabricante actúa con un doble rol en el mercado. La distribución dual en teoría no es ilícita desde un punto de vista del Derecho de la competencia pero puede llegar a serlo si la misma lleva aparejada otro tipo de restricciones<sup>81</sup>. El legislador europeo definió distribución dual en las Directrices que acompañaban el anterior Reglamento de exención por categorías, el Reglamento 330/2020, como “*aquellas en las que el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien*”<sup>82</sup>. En ese Reglamento la distribución dual estaba exenta de prohibición en virtud del art. 2.4 si concurrían dos requisitos:

- 1) El acuerdo es recíproco.
- 2) El proveedor de los productos opera aguas arriba como fabricante, importador o mayorista y el comprador opera aguas abajo como importador, mayorista o minorista sin ser competidor del proveedor en el nivel ascendente en el que compra los bienes.

48. En el actual Reglamento de exención por categorías, el Reglamento UE 2022/720, la exención también se contempla. Sin embargo, no se benefician de la exención los acuerdos en los que proveedor y comprador se intercambian información y el mismo bien i) no está directamente relacionado

<sup>75</sup> Las cláusulas en las que se fijan precios mínimos anunciados obligan a los distribuidores a que no anuncien los productos que van a comercializar por debajo del precio mínimo que marca el fabricante/proveedor.

<sup>76</sup> Sobre este cambio que se introduce en el Reglamento (UE) 2022/720 *vid.* S. JUNGERMANN, “Will European Commission change its policy to allow binding MAPs?”, *Lexicology*, 2021.

<sup>77</sup> *Vid.* al respecto, S.ENNIS/K.U.KÜHN, “Minimum Advertised Prices: How To Differ From RPM”, 2021, p. 12, Disponible en <http://www.markenverband.de/publikationen/studien/Minimum%20Advertised%20Price%20Restrictions%20FINAL%2020210419.pdf> (consultado el 23 de noviembre de 2022)

<sup>78</sup> En virtud de los cuales un proveedor celebra un contrato con un distribuidor con el fin de cumplir un contrato de suministro celebrado previamente entre el proveedor y un cliente específico (Directriz 193).

<sup>79</sup> Directriz nº 193 relativa a las restricciones verticales.

<sup>80</sup> Respecto a este particular *vid.* A. ESPINOSA/C. MONTERO, “Una relación híbrida con consecuencias para la competencia”, *Investigaciones Ceko*, 2020, disponible en [https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/08/Espinosa-y-Montero\\_Distribuci%C3%B3n-dual\\_Una-relaci%C3%B3n-h%C3%ADbrida-con-consecuencias-para-la-competencia.pdf](https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/08/Espinosa-y-Montero_Distribuci%C3%B3n-dual_Una-relaci%C3%B3n-h%C3%ADbrida-con-consecuencias-para-la-competencia.pdf) (consultado el 23 de noviembre de 2022).

<sup>81</sup> A. ESPINOSA/C. MONTERO, “Una relación híbrida con consecuencias para la competencia”, *Investigaciones Ceko*, 2020, p. 3 disponible en [https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/08/Espinosa-y-Montero\\_Distribuci%C3%B3n-dual\\_Una-relaci%C3%B3n-h%C3%ADbrida-con-consecuencias-para-la-competencia.pdf](https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/08/Espinosa-y-Montero_Distribuci%C3%B3n-dual_Una-relaci%C3%B3n-h%C3%ADbrida-con-consecuencias-para-la-competencia.pdf) (consultado el 23 de noviembre de 2022).

<sup>82</sup> Directriz nº 28 relativas a las restricciones verticales.

con la aplicación del acuerdo vertical; ii) no es necesario para mejorar la producción y/o distribución de los bienes.

**49.** Ejemplos de intercambio de información sí susceptible de quedar exentos serían los siguientes<sup>83</sup>:

- Información sobre aspectos técnicos de los bienes o servicios contractuales, como la que está relacionada con el registro, la certificación, manipulación, la utilización, el mantenimiento, la reparación, la mejora o el reciclado. Esta información será relevante cuando el proveedor o comprador la necesiten para cumplir con las normas o para adaptar los bienes o servicios contractuales a las necesidades del cliente.
- Información sobre aspectos logísticos que afectan a la producción y distribución de los bienes o servicios contractuales. En particular información relativa a procesos de producción, inventario, existencias, volúmenes de venta y devoluciones sin perjuicio de lo dispuesto en la Directriz 100 apartado b).
- Información relativa a la compra de bienes o servicios contractuales, las preferencias y observaciones de los clientes siempre que dicha información no se utilice para restringir el territorio donde el distribuidor puede vender los productos o servicios.
- Información relativa a los precios a los que el fabricante/proveedor vende los bienes o servicios contractuales al distribuidor. Al igual que información relativa sobre los precios recomendados del proveedor siempre que dicha información no se utilice para restringir la libertad del distribuidor a la hora de fijar su precio de venta en los productos o servicios contractuales.
- Información relativa a la comercialización de los bienes o servicios contractuales, incluida la información sobre campañas de promoción e información sobre nuevos productos que deben prestarse en atención al acuerdo de distribución.
- Información sobre el rendimiento, incluida la información agregada comunicada por el proveedor al comprador sobre las actividades de comercialización y venta de otros compradores de los bienes o servicios contractuales, siempre que el comprador no pueda identificar las actividades de competidores, así como información sobre el volumen o valor que representan las ventas del comprador de los bienes o servicios contractuales en relación con sus ventas de productos/servicios competidores.

**50.** Ejemplos de intercambio de información que no son susceptibles de quedar exentos por no cumplir los requisitos del art. 2.5 del Reglamento UE 2022/720 serían los siguientes:

- Información relativa a los precios futuros a los que el proveedor y el comprador van a comercializar los bienes contractuales en el nivel descendente en el que compiten.
- Información sobre los usuarios finales de los productos contractuales salvo cuando sea necesario i) para satisfacer las exigencias de determinados usuarios finales; ii) para controlar el cumplimiento de un acuerdo de distribución exclusiva o selectiva en virtud del cual se asignen usuarios finales concretos al proveedor o al comprador.

**51.** En el supuesto de que los intercambios de información no reúnan las condiciones de los arts. 2.4 y 2.5 del Reglamento (UE) 2022/720 no implica que se trate de un acuerdo contrario a las normas de competencia europeas, sino que será necesario un análisis individual conforme al art. 101. 3 TFUE de ese intercambio de información, pudiendo el resto del acuerdo ser objeto de exención<sup>84</sup>. Cuando empresas competidoras llevan a cabo un acuerdo vertical e intercambian información pueden llevar a cabo determinadas salvaguardas para evitar vulnerar las normas de competencia. Las mismas pueden ser

<sup>83</sup> Directriz nº 99 relativas a las restricciones verticales.

<sup>84</sup> Directriz nº 102 relativas a las restricciones verticales.

desde seleccionar a las personas adecuadas dentro de las empresas para llevar a cabo el intercambio de la información hasta intercambiar información sólo de forma agregada o fijar un plazo adecuado entre la generación de la información y su intercambio<sup>85</sup>.

**52.** Otro particular que no queda exento de prohibición serían aquellos acuerdos verticales relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea cuando el proveedor de estos servicios es una empresa competidora en el mercado de referencia para los bienes o servicios intermediados. Así, se recoge en el art. 2.6 del Reglamento (UE) 2022/720. Un ejemplo típico de este tipo de empresa es la multinacional estadounidense *Amazon*. Esta plataforma de *ecommerce* presta servicios para que otros vendedores usen su plataforma para vender productos pero al mismo tiempo dicha plataforma hace la competencia a dichos usuarios/clientes debido a que también opera como vendedor. Esto es posible porque este tipo de plataforma desempeña un doble rol. La Comisión califica en las Directrices ese doble rol como función híbrida<sup>86</sup>.

Estos acuerdos que no pueden beneficiarse de la exención en bloque podrían quedar exentos de forma individual en atención al art. 101.3 TFUE<sup>87</sup>. En principio, estos acuerdos de intermediación en línea y distribución dual no van a suponer una restricción de las normas de competencia siempre que la plataforma no ostente poder de mercado significativo ni tampoco existan restricciones por el objeto<sup>88</sup>. Si las partes ostentan un poder de mercado bajo es posible aplicar la Comunicación para acuerdos de *Minimis* de la Comisión<sup>89</sup>. La Directiva nº 108 precisa que en las economías de las plataformas *on line*, las vías de cuantificar poder de mercado no sólo descansan en los ingresos generados por la plataforma por esos servicios de intermediación que presta, también se deben tener en cuenta el número de transacciones de intermediación realizadas por el proveedor, la cantidad de usuarios adscritos a los servicios de intermediación en línea y si dichos usuarios también utilizan los servicios de otros proveedores de servicios de intermediación.

## VII. Las restricciones relativas a la venta *on line*

### 1. Aproximación inicial

**53.** El Reglamento (UE) 2022/720 introduce nuevos aspectos sobre las cláusulas permitidas y prohibidas en relación a cómo los proveedores pueden organizar la venta *on line* de los distribuidores oficiales. La regla general es que el proveedor no puede prohibir la venta *on line* de sus distribuidores oficiales de forma total. Así se señala en las actuales Directrices<sup>90</sup> y también lo ha establecido el TJUE en diferentes resoluciones<sup>91</sup>. No obstante, el proveedor cuenta con margen de actuación para organizar la venta *on line* de sus distribuidores y puede incluir determinadas restricciones tanto en relación a la venta *on line* como en la publicidad en línea. La finalidad que persigue el proveedor con esas restricciones a la venta *on line* de distribuidores oficiales puede ser muy variada, desde la protección de la imagen de marca, su posicionamiento en el mercado o incluso evitar falsificaciones de sus productos. Pero también otro importante motivo puede ser evitar que plataformas de *ecommerce* como *Amazon* o *Alibaba* tengan cada vez más poder a costa de distribuidores independientes que forman parte de la red oficial de distribución del proveedor<sup>92</sup>. Es decir, evitar financiar a estas plataformas que en cierto modo son

<sup>85</sup> Directriz nº 103 relativas a las restricciones verticales.

<sup>86</sup> Directriz nº 104 relativas a las restricciones verticales.

<sup>87</sup> Directriz nº 107 relativas a las restricciones verticales.

<sup>88</sup> Directrices nº 107 y 108 relativas a las restricciones verticales.

<sup>89</sup> Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*) 2014/C 291/01.

<sup>90</sup> Directriz nº 335 relativas a las restricciones verticales.

<sup>91</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649; STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

<sup>92</sup> Sobre este particular *vid.* A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución on line y Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 219.

competidoras del proveedor. Así, la prohibición de las ventas *on line* a distribuidores oficiales en este tipo de plataformas es una forma de “autoprotección” que quiere realizar el proveedor para sí mismo y su red de distribución.

54. Desde la aprobación del Reglamento 330/2010 hasta el actual ha habido importantes cambios en lo que al *ecommerce* se refiere. En lo relativo a la distribución minorista, el comercio electrónico ha pasado de ser un canal complementario a un canal fundamental, cobrando especial importancia el rol que juegan las plataformas de *ecommerce*.

## 2. Los asuntos que han modulado las normas de competencia en relación a las restricciones de la venta *on line* de distribuidores autorizados

### A) Introducción

55. Como ya hemos señalado, una de las cláusulas más importantes en la actualidad en los contratos de distribución es la que organiza la venta *on line* del distribuidor autorizado<sup>93</sup>. Por este motivo, hemos considerado oportuno dedicarle hacer un breve recorrido sobre las decisiones de la Comisión y también del TJUE que han marcado el camino para los cambios que se han introducido en el Reglamento (UE) 2022/720<sup>94</sup>. En definitiva, el objetivo de este apartado es determinar qué exigencias estaba permitidas con el Reglamento 330/2010 por parte del proveedor y cuales no, por ser contrarias al Derecho de la competencia europeo<sup>95</sup> para así poder apreciar los cambios que ha introducido el actual Reglamento de exención por categorías.

56. La regla general que se puede extraer en atención a las Directrices que acompañaban al Reglamento 330/2010<sup>96</sup> y a la jurisprudencia del TJUE<sup>97</sup> es que el proveedor no podía prohibir totalmente las ventas *on line* del distribuidor. El proveedor podía exigir criterios cualitativos para la venta *on line*, criterios siempre acordes con la imagen y el prestigio de la marca y nunca más gravosos que los que se exigirían para la venta física<sup>98</sup>.

57. Un argumento que han utilizado proveedores y fabricantes en los últimos años ha sido que del mismo modo que tienen la posibilidad de exigir al distribuidor selectivo que sólo venda en establecimientos autorizados también tendría la posibilidad de prohibir las ventas *on line* si no las autorizan. Es necesario recordar que la autorización del establecimiento del distribuidor es inherente a la naturaleza de la distribución selectiva. Si ese establecimiento del distribuidor no cumple con las exigencias cuali-

<sup>93</sup> Para entender la importancia de este tipo de cláusulas sería interesante tener presente informes como el *Final Report on the Ecommerce Sector inquiry*, elaborado por la Comisión Europea en mayo de 2017 y que presenta un importante impacto en cómo se deciden asuntos posteriores como el caso *Coty Germany* de diciembre de 2017. El informe de la Comisión. está disponible en [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf) (consultado el 30 de noviembre de 2022).

<sup>94</sup> *Vid.* sin carácter exhaustivo, I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva, Cuadernos de Derecho Transnacional (cdt), vol. 11, nº 2, pp. 407 y ss; F. DIEZ ESTELLA, “Las restricciones verticales y la distribución on line de productos de lujo; dónde estamos después de la sentencia Coty?”, pp. 50-59 disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones\\_verticales\\_coty\\_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones_verticales_coty_(2019).pdf) (consultado el 30 de noviembre de 2022); C. RODILLA MARTÍ, “Distribución selectiva y plataformas digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR/A. GUERRERO PÉREZ/M. MARTÍNEZ PÉREZ, *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 256-282.

<sup>95</sup> Al respecto es interesante el trabajo de A. WITT debido a que hace un recorrido desde los primeros asuntos como el caso Metro I hasta lo más recientes (caso Guess) destacando las implicaciones que presentan para el Derecho de la competencia las restricciones en la venta *on line* para los distribuidores selectivos que los proveedores tratan de imponer en aras de preservar la imagen de marca *vid.* A. WITT, “Selective distribution in the Age of E-Commerce: An overview of EU and national developments”, *Concurrences*, marzo 2021, pp. 1-19.

<sup>96</sup> Directriz 52 relativas a las restricciones verticales en relación al Reglamento 330/2010.

<sup>97</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 55.

<sup>98</sup> Directriz 56 relativas a las restricciones verticales en relación al Reglamento 330/2010.

tativas de la red, no se autorizaría y el distribuidor no puede vender los productos ahí. Sin embargo, la venta *on line* no puede considerarse un establecimiento más sujeto a la aprobación de la venta por parte del proveedor<sup>99</sup>. Los proveedores podrían evitar los distribuidores *on line* puros siempre que el tipo de producto necesitara por sus cualidades y sus características un establecimiento físico, pero en ningún caso un portal web puede considerarse un establecimiento y quedar sujetas las ventas por internet a la autorización del proveedor.

**58.** Partiendo de las consideraciones anteriores y dada la proliferación e importancia de las plataformas de comercio electrónico en la última década, un aspecto que ha sido clave es la determinación de la licitud de las cláusulas que proveedores imponían a sus distribuidores autorizados de prohibir la venta en plataformas de *ecommerce* de terceros. Este particular no se solucionaba en el Reglamento 330/2010 ni tampoco en las Directrices que le acompañaban. Una solución a este interrogante vino del asunto *Coty Germany* y que dio lugar a una sentencia del TJUE en diciembre de 2017<sup>100</sup>. Así, hasta la entrada en vigor en junio de 2022 del nuevo Reglamento de exención por categorías, la respuesta jurídica a la licitud o no de este tipo de restricciones en la venta *on line* se derivaba fundamentalmente de la jurisprudencia del TJUE y de las decisiones de la Comisión europea.

## B) La jurisprudencia del TJUE: De Pierre Fabre a Coty Germany

**59.** En atención a la jurisprudencia del TJUE es necesario destacar dos asuntos: el asunto *Pierre Fabre* y el asunto *Coty Germany*.

**60.** El asunto *Pierre Fabre* fue resuelto por el TJUE en su sentencia de 13 de octubre de 2011<sup>101</sup>. Este caso es consecuencia de la investigación sectorial realizada por las autoridades de competencia francesas en el sector de la distribución de productos cosméticos y de higiene corporal. *Pierre Fabre*, fabricante, solía comercializar productos cosméticos y de higiene corporal a través de farmacias tanto en el mercado francés como en el europeo y exigía en los contratos de distribución que los productos debían comercializarse obligatoriamente en un espacio físico y con la presencia de un licenciado en farmacia, excluyendo cualquier forma de venta por internet<sup>102</sup>. Las empresas investigadas acordaron con la autoridad francesa una serie de compromisos lo que dio lugar a concluir la investigación, salvo en relación a *Pierre Fabre*. Este fabricante consideraba que en el caso de sus productos la venta por internet debía prohibirse por completo debido a que por la naturaleza de los mismos. Esto dio lugar a que la autoridad de competencia francesa considerara que tal restricción era especialmente grave y se enmarcaba dentro del art. 4 letra c) del Reglamento 2790/199 (primer Reglamento de exención por categorías en materia de acuerdos verticales y anterior al Reglamento 330/2010<sup>103</sup>) ya que (i) limitaba la libertad comercial de sus distribuidores y (ii) restringía las ventas activas y pasivas de los distribuidores. Para la Autoridad de competencia francesa dichos acuerdos no podían quedar exentos tampoco vía exención individual en atención al art. 101.3 TFUE, por lo que debían prohibirse en atención al art. 101.1 TFUE. La autoridad de competencia francesa al igual que señaló el TJUE posteriormente consideraron que la restricción de la venta *on line* no

<sup>99</sup> Directriz 57 relativas a las restricciones verticales en relación al Reglamento 330/2010.

<sup>100</sup> STJUE 6 diciembre 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 (Rcd)*, 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.

<sup>101</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

<sup>102</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 12 y 14.

<sup>103</sup> Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

mejoraba la distribución de este tipo de productos dermocosméticos los cuales no eran medicamentos y no precisaban la asistencia de un farmacéutico para su venta<sup>104</sup>. Además, el TJUE consideró que la venta mediante Internet no podía entenderse como un “lugar de establecimiento” sino como un medio para vender y promocionar bienes. Por lo tanto, la prohibición de comercializar los productos mediante la red no se podía justificar en base al art. 4. c), por el cual se permite prohibir las ventas fuera del lugar establecido para ello. Un distribuidor autorizado debe tener la posibilidad de vender y anunciarse en Internet, ya que la restricción total al distribuidor de poder vender por internet es una cláusula que da lugar a la protección territorial absoluta, restringiendo las ventas pasivas en usuarios finales<sup>105</sup>.

**61.** En el asunto *Coty Germany*, la multinacional estadounidense *Coty*, fabricante de productos cosméticos, perfumes, de belleza y que los comercializa mundialmente a través de diferentes tipos de distribución, en particular su filial alemana, perseguía evitar que un distribuidor selectivo que operaba en Alemania vendiera productos a través del portal de *ecommerce Amazon*<sup>106</sup>. En primera instancia, los tribunales alemanes dan la razón al distribuidor oficial considerando que en base a asuntos anteriores europeos como *Pierre Fabre* se trataba este tipo de cláusula que restringían las ventas del distribuidor oficial en plataformas de terceros de una restricción contraria al Derecho de la competencia. Sin embargo, cuando en segunda instancia llega el asunto al Tribunal regional de Frankfurt decide preguntarle al TJUE para que interprete este tipo de cláusulas en atención al R. 330/2010. Básicamente el TJUE considera que este tipo de restricciones que impiden al distribuidor vender en plataformas de terceros productos considerados de lujo son lícitas en atención al art. 101.1 TFUE y no supondrían una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales (en atención al art. 4 letra c) R. 330/2010) ni tampoco una restricción de clientela (en el sentido del art. 4.b) R. 330/2010). La licitud de este tipo de restricciones no es sin condiciones. El TJUE exige que esa restricción al distribuidor para que venda en plataformas de terceros debe perseguir la preservación de la imagen de marca, nunca ir más allá de lo necesario y debe aplicarse de forma uniforme y no discriminatoria<sup>107</sup>.

### C) Las decisiones de la Comisión Europea

**62.** Esa aplicación uniforme y no discriminatoria de este tipo de restricciones en las ventas *on line* de distribuidores oficiales es lo que falló en el asunto *Guess*. La Comisión Europea el 17 de diciembre de 2018 multó a la compañía de ropa estadounidense y accesorios de moda *Guess* con 39,8 millones de euros por infringir el art. 101.1 TFUE<sup>108</sup>. Aunque esta multa se redujo a la mitad debido a la colaboración de la empresa textil, a *Guess* le multó la Comisión debido a la inclusión en sus contratos de distribución selectiva las siguientes restricciones<sup>109</sup>:

- 1) El condicionamiento de la venta *on line* de sus distribuidores a la consecución de una autorización previa. En otras palabras, si *Guess* no autorizaba la venta *on line*, el distribuidor no podía vender por internet. El problema también residía en que la concesión de esa autorización no se basaba en criterios basados en la protección de la imagen de la marca. Muy al contrario, *Guess* utilizaba criterios arbitrarios y discriminatorios a la hora de seleccionar a los distribuidores que podían vender *on line*<sup>110</sup>. El objetivo era que muy pocos distribuidores oficiales pudieran vender *on line* y así *Guess* poder quedarse gran parte de las ventas por internet para sí<sup>111</sup>.
- 2) La limitación del uso que los distribuidores oficiales podían hacer de su marca *on line*. En otras palabras, *Guess* impedía que sus distribuidores hicieran uso de su marca con fines pu-

<sup>104</sup> STJUE 13 de octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 24 y 47.

<sup>105</sup> *Ibidem*, apartados 56 y 58.

<sup>106</sup> STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 8 a 19.

<sup>107</sup> *Ibidem*, apartados 36, 52 y 58.

<sup>108</sup> Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final.

<sup>109</sup> *Idem*, pp. 11-12.

<sup>110</sup> *Idem*, p. 14, apartados 53 y 62.

<sup>111</sup> Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, p. 15, apartado 55.

blicitarios en buscadores *on line*. En particular, la textil estadounidense impedía a sus distribuidores pujar por sus marcas en *Google adwords*. La razón descansaba en que *Guess* quería maximizar el tráfico a su propia web en detrimento de los distribuidores. En definitiva, esta restricción le permitía a *Guess* que todo lo relativo a su marca en internet llevara a los consumidores a su propia web, no a sitios webs de distribuidores oficiales, lo que le hacía reducir los costes en publicidad *on line*<sup>112</sup>.

- 3) La prohibición de suministros cruzados. Como se ha estudiado, los distribuidores selectivos no pueden ser obligados a suministrarse de una única fuente. Mayoristas y minoristas de una misma red deben poder suministrarse los productos en atención a normas europeas como el art. 4.d) R. 330/2010. Sin embargo, *Guess* impedía en sus acuerdos que sus mayoristas y minoristas pudieran suministrarse los productos. De hecho, también se incluían en estos contratos cláusulas mediante las cuales el distribuidor era obligado a vender en un territorio concreto y le impedían proveerse a través de otros miembros de la red que no fuera *Guess*. El objetivo de esta restricción era evitar que los distribuidores pudieran vender los productos de *Guess* fuera del territorio asignado<sup>113</sup>.
- 4) La prohibición de vender a consumidores fuera del territorio asignado restringiendo ventas activas y pasivas. Los distribuidores selectivos de *Guess* en base a estas cláusulas sólo podían comercializar los productos y hacer publicidad en el territorio asignado, lo que impedía *ad ex*. que un consumidor que no fuera del territorio asignado pudiera comprar en la web del distribuidor (restricción ventas pasivas). La Comisión consideró que este tipo restricciones no sólo eran lesivas por ser contrarias al art. 101.1 TFUE, también lesionaban el Reglamento 2018/302 contra el *geo-blocking*<sup>114</sup>.
- 5) La fijación de precios de reventa. *Guess* recomendaba a sus distribuidores los precios a los debían comercializar las mercancías. Sin embargo, en realidad no era una recomendación era una fijación de precios. *Guess* monitorizaba a qué precios vendían sus distribuidores y si se alejaban de su recomendación tomaba represalias. La fijación de precios es una cláusula restrictiva grave para el Derecho de la competencia.

El resultado de estas restricciones es que la Comisión consideró que se lesionaba la competencia dentro del mercado único europeo, vulnerando por objeto el art. 101.1 TFUE y sin posibilidad de que dichas cláusulas pudieran quedar exentas de prohibición en atención a la exención por categorías en base al R.330/2010<sup>115</sup> ni tampoco de forma individual en atención al art. 101.3 TFUE<sup>116</sup>. El resultado de estas prácticas no sólo lesionaba a la competencia, al mercado único europeo y a los distribuidores afectados. También como sucede en gran parte de las prácticas *antitrust* se dañaba a los consumidores, en particular a los de Europa del Este. Como consecuencia de estas restricciones consumidores de países como Eslovenia, Bulgaria, Croacia, Rumania, Polonia, entre otros, compraron esos productos de *Guess* a un precio más elevado (entre un 5-10%) que el resto de consumidores europeos entre los años 2014 a 2017.

**63.** Otro asunto que también terminó en multa y con la cooperación de la empresa textil para conseguir una reducción de la misma en un 40% fue el asunto *Nike*<sup>117</sup>. La empresa estadounidense mundialmente conocida por el diseño y venta de calzado y ropa deportiva fue multada en marzo de 2019 con

<sup>112</sup> *Idem*, p. 14, apartado 50.

<sup>113</sup> Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, p. 22, apartado 83.

<sup>114</sup> Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE LI 60/1 de 2 de marzo de 2018).

<sup>115</sup> Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, p. 35.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 36, apartado 163.

<sup>117</sup> Estas reducciones en las cuantías de las multas son posibles en atención al art. 37 de las Directrices para el cálculo de multas (DOUE C 210/2 1 de noviembre de 2006) debido a que las empresas no sólo reconocen la infracción si no que también facilitan a la Comisión la investigación. La cuantía de las multas se fija por la Comisión en atención a: 1) el valor de las ventas vinculadas con la infracción; 2) la gravedad de la infracción y su duración; 3) la cooperación de la empresa durante la investigación.

12,5 millones de euros por restringir la venta de los licenciarios oficiales en determinados mercados del EEE<sup>118</sup>. En particular, estas restricciones en las ventas afectaban determinados clubes y federaciones de fútbol mundialmente conocidos.

En atención a los acuerdos de distribución y licencia que *Nike* firmaba con estos clubes y federaciones, éstos podían fabricar y distribuir calzado y ropa deportiva con la marca *Nike* pero también con el logo, marca o signo de sus clubes deportivos y federaciones. Mediante estos acuerdos, las empresas vinculadas con clubes y federaciones de fútbol fabricaban y vendían no sólo ropa y calzado deportivo con la marca *Nike* también todo tipo de productos, conocido como *merchandising*. Esto significaba que los licenciarios podían incluir la marca Nike en productos de tan diversa naturaleza como sábanas, tazas productos de papelería, etc.

En particular, a *Nike* se le impuso la multa por la Comisión en 2019 por restringir el art. 101.1 TFUE con estos acuerdos de licencia y distribución que había firmado con sus licenciarios debido a que restringía las ventas activas y pasivas fuera del territorio asignado tanto de forma directa como indirecta. Entre las medidas directas, destacar las siguientes: 1) *Nike* obligaba a sus licenciarios a remitir los pedidos que no se correspondían con el territorio asignado; 2) La devolución de cánones o ingresos obtenidos por ventas realizadas fuera del territorio o incluso la imposición de dobles cánones para esas ventas.

Respecto de las medidas indirectas, destacar *ad ex* la amenaza de *Nike* a rescindir los contratos, se negaba a suministrar determinados logos y también había creado un sistema de control donde diferenciaba licenciarios de sublicenciarios, haciendo que los primeros controlaran a los segundos y así evitar por ejemplo el suministro cruzado entre miembros de la red.

**64.** Esta visión de las autoridades europeas en relación a las restricciones de la venta *on line* a distribuidores autorizados ha tenido ya su reflejo en asuntos solucionados por autoridades de competencia y tribunales nacionales. Así, *ad ex* destacar el asunto que afectó a la empresa de zapatillas deportivas *Asics*, resuelto por el Tribunal Federal alemán finales de diciembre 2017<sup>119</sup>, donde confirma lo dispuesto por la autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) en 2015 y en la cual para resolver se basa en la jurisprudencia del TJUE, considerando lo siguiente: 1) Que las zapatillas de *Asics* no puede ser considerado de lujo, a pesar de la calidad y la innovación técnica que pueden presentar; 2) La cláusula que impide que los distribuidores puedan utilizar motores de búsqueda que les permitan comparar precios en internet es una cláusula restrictiva por el objeto y contraria a las normas de competencia.

**65.** También las autoridades francesas han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las restricciones en las ventas *on line* en contratos de distribución selectiva que la conocida empresa *Stihl* había celebrado con sus distribuidores. Este asunto fue resuelto por la Autorité de la concurrence francesa en octubre de 2018<sup>120</sup> y confirmado en 2019 por la Corte de Apelación francesa<sup>121</sup> y aunque los productos no son relacionados con la industria de la moda, es interesante tenerla presente debido a que se consideró que exigir a los distribuidores que entreguen en mano el producto a los consumidores aunque el producto se comercialice *on line* era un requisito demasiado gravoso (los distribuidores debían pedir al consumidor pasarse por la tienda física a recoger el producto o incluso llevárselo el propio distribuidor en mano a la casa del cliente). La autoridad de competencia francesa entendió que tal exigencia no quedaba justificada en atención a las características de los productos objeto de estos contratos de distribución selectiva (motosierras, podadoras eléctricas, etc.).

<sup>118</sup> Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2019 relativa a un procedimiento en virtud del art. 101.1 TFUE y del art. 51 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, asunto AT-40436-complementos deportivos, C(2019) 2172 final.

<sup>119</sup> Este asunto puede consultarse en lengua alemana en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=80673&pos=25&anz=515> (consultado el 31 de marzo de 2021).

<sup>120</sup> Decisión de la autoridad francesa de competencia 18-D, 23 de octubre de 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture, disponible en francés en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/18d23.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2021).

<sup>121</sup> Cour D'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 7, arrêt du octobre 2019, disponible en francés en [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/appealsd/2019-10/ca18d23\\_oct17.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/appealsd/2019-10/ca18d23_oct17.pdf) (consultado el 31 de octubre de 2021).

66. Del mismo modo las autoridades de competencia españolas también se han podido pronunciar sobre este particular en relación a asunto que afectaba a la empresa Adidas. Este asunto se incoó por la CNMC en octubre de 2018 y terminó en febrero de 2020 por la vía convencional<sup>122</sup>. Sobre este asunto simplemente destacar que debido a que será tratado en el capítulo dedicado a la franquicia en la presente obra, ya que las restricciones que incluía Adidas afectaban a contratos de franquicia y no a distribución selectiva, que Adidas tuvo que modificar los contratos de franquicia en relación a las restricciones de la venta por internet de sus franquiciados. En los contratos objeto de investigación por las autoridades de competencia que databan de 2014, no se hacía alusión alguna a que los franquiciados de Adidas pudieran comercializar los productos *on line*. Con las modificaciones que exige la CNMC, Adidas debe hacer una referencia expresa a que los franquiciados pueden vender *on line*, pudiendo también vender en plataformas de terceros siempre que las mismas se ajusten a las condiciones que Adidas exige para ser miembro de la red y no pudiendo prohibir el uso de motores de búsqueda para que los franquiciados puedan hacer publicidad en internet. Lo establecido por la CNMC en el asunto Adidas podría ser perfectamente aplicable a los contratos de distribución selectiva.

67. En definitiva, en relación a las restricciones que el proveedor podía exigir al distribuidor respecto de la venta *on line* de los productos en relación al Reglamento de exención por categorías 330/2010 podemos destacar las siguientes consideraciones:

- 1) El proveedor no podía prohibir de forma absoluta que el distribuidor venda los productos por internet;
- 2) El distribuidor debía ajustarse a unos criterios de calidad también para la venta *on line* que deben ir acorde con la imagen y prestigio de la marca. No obstante, estos requisitos para la venta *on line* no podían ser nunca más gravosos que las que se exigen para la venta física ni tampoco implicar una prohibición indirecta de las ventas *on line*;
- 3) El proveedor, si las características del producto lo necesitan, podía evitar los distribuidores *on line* puros y exigir que tuvieran un establecimiento físico;
- 4) El proveedor no podía exigir que el distribuidor aplicara un precio diferente a los productos que se comercializaban *on line*;
- 5) El proveedor podía restringir las ventas en plataformas electrónicas de terceros con el fin de proteger la imagen de marca. Esta restricción debía aplicarse de forma uniforme y nunca que fuera más allá de lo necesario.

### 3. Las restricciones que puede exigir el proveedor respecto a la venta *on line* en el Reglamento 2022/720

68. Con el Reglamento (UE) 2022/720 no es que se haya transformado por completo lo dispuesto en el régimen anterior pero sí que hay una mayor profundización y aclaración respecto a las restricciones que los fabricantes/proveedores pueden imponer a sus distribuidores autorizados. Las restricciones que el proveedor puede imponer al distribuidor y quedar aun así exentas de prohibición serían las siguientes:

- 1) Restringir o incluso prohibir al distribuidor el uso de determinados *marketplaces*.
- 2) Exigir criterios cualitativos para poder desarrollar la venta *on line*.
- 3) Obligar al distribuidor a que cuente con una tienda física para poder vender *on line*. Esta era una cuestión que generaba duda sobre si se exceptuaba de prohibición en el régimen anterior de exención por categorías. En la actual regulación se ha aclarado, y por tanto, se ha ganado en seguridad jurídica.

<sup>122</sup> Resolución de la CNMC de 6 de febrero de 2020, disponible en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2835757\\_9.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2835757_9.pdf) (consultado el 31 de marzo de 2021).

- 4) Requerir al distribuidor a que disponga de precios diferentes para las ventas físicas y para la venta *on line*. El precio dual con el anterior Reglamento 330/2010 no se permitía. Con el actual Reglamento es posible que el fabricante/proveedor fije para un mismo un precio mayorista diferente al distribuidor en función de si éste lo va a comercializar en tienda física u *on line*<sup>123</sup>. El precio dual ha dejado de ser una restricción especialmente grave siempre que i) no tenga por objeto (directo o indirecto) que el distribuidor o sus clientes no utilicen internet como canal para la venta de los productos, ii) se recompense un nivel adecuado de inversiones, iii) se relacione con los costes soportados en cada canal. El precio dual esconde una prohibición de las ventas por internet cuando i) ese precio hace que al distribuidor la venta *on line* no le sale rentable; ii) el precio dual se utiliza para limitar la cantidad de productos que el distribuidor puede comercializar *on line*.
- 5) Exigir al distribuidor a que realice un número de ventas mínimo en tienda física.

**69.** En contraposición, el proveedor no puede llevar a cabo las siguientes prácticas<sup>124</sup>:

- 1) Obligar al distribuidor a que para poder vender *on line* pida primero permiso al proveedor.
- 2) Exigir al distribuidor que sólo venda en tienda física o con la presencia física de personal autorizado<sup>125</sup>.
- 3) Requerir al distribuidor que impida a los clientes situados en otro territorio visitar su sitio web.
- 4) Obligar al distribuidor a que rescinda las transacciones con los consumidores cuando los datos de su tarjeta de crédito revelan que esos consumidores no pertenecen al territorio del distribuidor.
- 5) Prohibir al distribuidor que establezca o explote una o más tiendas *on line*, con independencia de que dicha tienda esté alojada en el servidor del propio distribuidor o de un tercero.

**70.** Respecto a las restricciones que se le pueden exigir al distribuidor en relación a los mercados de comercio electrónico, las Directrices recogen unas indicaciones para esos casos donde las partes superan el 30% de poder de mercado<sup>126</sup>. Así, los cuatro aspectos a valorar para saber si las restricciones impuestas a los distribuidores en relación al uso de *marketplaces* quedaría exenta de prohibición serían los siguientes:

- a) Se debe evaluar la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores. Esto permite conocer el grado de competencia intermarca. Una reducción de la competencia intramarca es difícil que produzca por sí misma efectos negativos en la competencia intermarca si existe competencia fuerte intermarca a nivel de proveedor y distribuidor<sup>127</sup>.
- b) Hay que atender al tipo y alcance de la restricción que se le impone al distribuidor en relación a los *marketplaces*. Es mucho más probable que una restricción total del uso de mercados en línea pueda ser más lesiva para la competencia que una restricción que sólo va dirigida al uso de determinados *marketplaces*<sup>128</sup>.
- c) Se debe valorar la importancia que tienen los *marketplaces* restringidos como canal de venta en los mercados de producto y geográfico de referencia<sup>129</sup>.
- d) Es necesario evaluar el efecto acumulativo de cualquier otra restricción exigida por el proveedor en relación a las ventas o a la publicidad en línea<sup>130</sup>.

<sup>123</sup> Directriz nº 209 relativas a las restricciones verticales.

<sup>124</sup> Directriz nº 206 relativas a las restricciones verticales.

<sup>125</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 47.

<sup>126</sup> Directriz nº 337 a 342 relativas a las restricciones verticales.

<sup>127</sup> Directriz nº 341 relativas a las restricciones verticales.

<sup>128</sup> Directriz nº 341 relativas a las restricciones verticales.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> *Idem*.

71. Este análisis basado en los criterios señalados permitirá determinar si tales restricciones pueden quedar exentas de prohibición en atención al art. 101.3 TFUE, o si por el contrario, deben prohibirse. Las mismas quedarán exentas si generan eficiencias como evitar las falsificaciones o asegurar el aura de prestigio de la marca. Las restricciones de venta en *marketplaces* a los distribuidores basadas en la calidad no van a quedar exentas de prohibición cuando<sup>131</sup>: i) El propio proveedor utiliza el mercado en línea que al distribuidor se le prohíbe utilizar; ii) El proveedor prohíbe el uso de *marketplaces* a algunos distribuidores, pero no a otros; iii) La plataforma de comercio electrónico es un miembro de la red de distribución selectiva.

#### 4. Las restricciones del proveedor respecto a la publicidad *on line* en el Reglamento 2022/720

72. El proveedor puede requerir a sus distribuidores que la publicidad en línea llevada a cabo por los mismos cumpla determinados requisitos, los cuales pueden estar relacionados con proporcionar información de calidad, concreta y rigurosa a los clientes.

73. La regla general es que el proveedor no puede prohibir directamente el uso de las herramientas webs que permiten la comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda. Esto es así porque este tipo de servicios permite al distribuidor ganar visibilidad en la red lo que se traduce en muchas ocasiones en más ventas. Sin embargo, muchas veces los proveedores restringen el uso de comparadores de precios argumentando la protección de la imagen de la marca debido a que en estos buscadores los productos se diferencian únicamente por el precio y no por otros aspectos como la gama de los productos o su calidad<sup>132</sup>. También es habitual encontrar restricciones en la publicidad en línea, prohibiendo a los distribuidores que pujen por palabras claves, con el fin hacerlo el proveedor por sí mismo. Pues bien, las Directrices señalan que ni directamente pero tampoco indirectamente se puede prohibir al distribuidor a que utilice herramientas en línea de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda, así estaría prohibido conforme a las normas de competencia: i) Que el proveedor prohíba la utilización de las marcas o nombres comerciales del proveedor para pujar con el fin de posicionarse en motores de búsqueda<sup>133</sup>; ii) Que el proveedor prohíba que el distribuidor proporcione información relativa a los precios en las herramientas de comparación de precios. Esto es así debido a que esta restricción debilita la competencia en precios, pudiendo dar lugar a la compartimentación del mercado, y por tanto, afectando negativamente a la competencia intramarca e intermarca. No obstante, el proveedor sí puede prohibir el uso de determinadas herramientas de comparación de precios cuando éstas no cumplan determinados aspectos relacionados con la calidad y cuando no sean utilizados por la mayoría del público<sup>134</sup>.

74. Al igual que señalamos en las restricciones de venta *on line*, las Directrices recogen una serie de pautas para evaluar la compatibilidad de las restricciones en el uso de herramientas de comparación de precios por parte del distribuidor en aquellos acuerdos que no caen dentro de la exención en bloque porque *ad ex*. superan el umbral de la cuota de mercado del 30%. Dichos factores a tener en cuenta son<sup>135</sup>:

- 1) La posición del mercado del proveedor y de sus competidores.
- 2) La relevancia de las herramientas de comparación de precios como canal publicitario en el mercado de referencia para la venta de servicios y bienes contractuales.
- 3) El tipo y alcance de las restricciones y la importancia relativa al servicio concreto de comparación de precios que se restringe o prohíbe.

<sup>131</sup> Directriz nº 342 relativas a las restricciones verticales.

<sup>132</sup> Directriz nº 345 relativas a las restricciones verticales.

<sup>133</sup> Directriz nº 206 letra g) relativas a las restricciones verticales.

<sup>134</sup> Directriz nº 350 relativas a las restricciones verticales.

<sup>135</sup> Directriz nº 353 relativas a las restricciones verticales.

- 4) Si el proveedor también impone restricciones al distribuidor para utilizar otras formas de publicidad en línea.

## VIII. Las cláusulas de paridad

### 1. Concepto

75. En el Reglamento 330/2010 ni tampoco en las Directrices que lo acompañaban se regulaban ni tampoco se mencionaba nada al respecto sobre las cláusulas de paridad. Así, se consideraba que estas cláusulas en principio eran lícitas si caían dentro del paraguas de la exención del art. 2.1 del Reglamento 330/2010<sup>136</sup>. Sin embargo, como estudiaremos más adelante, en el Reglamento (UE) 2022/720 ya sí que se menciona este tipo de cláusulas y se establece una regulación sobre las mismas<sup>137</sup>.

76. Las “cláusulas de paridad” o MFNs son cláusulas que se pactan entre proveedores y distribuidores (actualmente el distribuidor o intermediario adopta la forma de plataforma de comercio electrónico) en las que el proveedor garantiza al distribuidor que nadie en el mercado va a vender su producto y/o servicio a un precio menor o en base a mejores condiciones que dicho distribuidor<sup>138</sup>. Esas condiciones pueden ser relativas a precios pero también en relación a otros aspectos como el inventario, la disponibilidad de los productos o cualquier otra condición de oferta o venta<sup>139</sup>. En este trabajo nos vamos a centrar especialmente en las cláusulas de paridad relativas a los precios. El proveedor se compromete durante toda la vigencia del contrato a que el precio o las condiciones contractuales al que el distribuidor va a ofrecer el producto y/o servicio es el precio más bajo al que el proveedor va a permitir su venta en el mercado. Así, podríamos destacar dos elementos presentes en “las cláusulas de paridad de precios”<sup>140</sup>:

- i) *Elemento vertical*: las firmas involucradas no se encuentran en la misma fase de la cadena productiva y/o distributiva. Las cláusulas de paridad de precio se firman entre proveedor y distribuidor.
- ii) *Elemento horizontal*: el fin de la cláusula es establecer un precio de reventa para productos competidores o que venden minoristas competidores.

77. El concepto de “cláusulas de paridad de precios” ha cambiado, lo que se denominaba así, es diferente con lo que se entiende en la actualidad. El concepto de MFNs se ha ampliado hasta acercarse a lo que en el sector hotelero se conoce como “cláusula de paridad de tarifas”<sup>141</sup>. Así, sería posible diferenciar entre “cláusulas de paridad de precios mayoristas” y “cláusulas de paridad de precios minoristas”. En relación a las primeras, la cláusula asegura al distribuidor el mejor precio mayorista, nadie va a

<sup>136</sup> Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución on line y Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 217.

<sup>137</sup> Tal y como venía reclamando algunos autores vid. G. GÜRKAYNAK/A. GÜNER/ S. DINIZ/ J.FILSON, “Most favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline”, *European Journal of Law and Economics*, vol 42, nº 1, 2016, pp. 129-155, en particular, p. 134.

<sup>138</sup> Vid. M.ALFTER/ M.HUNOLD, “Weit, eng oder gar nicht? Unterschiedliche Entscheidungen zu den Bestpreisklausen von Hotelportalen”, *WuW*, Nr. 11, 2016, p. 526; Baena Zapatero R., “El lío de las llamadas MFNS y el derecho de la competencia: de Apple a booking.com”, Recuerda Girela M.A., Problemas prácticos y de actualidad del derecho de la competencia, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 185; Gürkaynak G. / Güner A. / S.Diniz/ Filson J., “Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline”, *Eur J. Law Econ* (2016), p.130; Fisse B., “Facilitating practices, vertical restraints and most favoured customers”, Competition Law Conference, Mayo 2016, disponible en [http://www.brentfisse.com/images/Fisse\\_-\\_Facilitating\\_practices\\_most\\_favoured\\_customer\\_clauses\\_220516.pdf](http://www.brentfisse.com/images/Fisse_-_Facilitating_practices_most_favoured_customer_clauses_220516.pdf) (consultado el 28 de noviembre de 2016); M.TAMKE, “Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreisklausen von Internetplattformen”, *WuW* 6, 2015, p. 595.

<sup>139</sup> Directriz nº 356 relativas a las restricciones verticales.

<sup>140</sup> Sobre este particular vid. OCDE Summary of Discussion of the hearing on Across-Platforms Parity Agreements, Octubre 2015, disponible en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)2/ANN2/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)2/ANN2/FINAL&doclanguage=en) (consultado el 15 de noviembre de 2016).

<sup>141</sup> Vid. Baena Zapatero, R., “El lío de..., *op. cit.*”, p. 185.

comprar más barato que él. El proveedor no se preocupa por el precio minorista, no determina el precio al que debe vender el distribuidor a sus clientes. Así, una “cláusula de paridad de precios mayoristas” podría verse reflejada en el siguiente ejemplo. Un distribuidor minorista de cosméticos consigue proveerse de productos, *ad ex.*, pintalabios de la marca X a un precio menor que cualquiera de los competidores que venden ese mismo producto y que son suministrados por el mismo proveedor de dicha marca. Esta cláusula MFN le supone una importante ventaja competitiva para este distribuidor, ya que puede distinguirse en el mercado vendiendo dicho producto a un precio menor que al que venden sus competidores o vender el producto a un precio similar al de sus competidores y garantizarse mayor margen de beneficio.

**78.** Respecto a las “cláusulas de paridad de precios minoristas” son cláusulas que aseguran al distribuidor un precio de venta al por menor. Si el distribuidor ha firmado una “cláusula de paridad de precio minorista” no se va a preocupar por competir en precio con sus competidores. Su precio minorista siempre se lo va a garantizar el proveedor, así si para competir debe bajar los precios, dicha bajada se la va compensar el proveedor, su margen siempre está garantizado con este tipo de cláusulas.

**79.** Las MFNs minoristas son las más relevantes actualmente debido a que son las que tienen relevancia en comercio electrónico. De hecho, estas cláusulas MFNs utilizadas específicamente por las plataformas de comercio electrónico han pasado a ser consideradas un tipo específico de cláusulas MFNs, denominándolas *platform MFNs*<sup>142</sup>. La relevancia de estas cláusulas ha surgido en relación a asuntos, tanto a un lado como al otro del atlántico, como el de *booking.com*, plataforma que fue investigada por las autoridades de competencia francesa, sueca e italiana, el cual analizaremos en profundidad más adelante o el asunto de los e-books en EE.UU. Sobre este particular es importante tener presente cómo son consideradas estas cláusulas en el Derecho de la competencia de algunos Estados miembros. Así, en agosto de 2015 la Ley Macron declaró nulas las cláusulas de paridad precios celebradas entre agencias de viajes *on line* y los hoteles, lo mismo sucedía en el ordenamiento austriaco un poco más tarde, en noviembre de 2016 y también ha sucedido así en el ordenamiento italiano en agosto de 2017. La Ley de competencia desleal austriaca también ha declarado nulas todas las cláusulas de paridad de precios celebradas por agencias de viajes *on line*.

**80.** En el sector de las plataformas *on line* de reservas hoteleras, una cláusula MFNs implica que el hotel se compromete a conceder a la plataforma con la que pacta este tipo de cláusulas la tarifa más barata para la reserva *on line*, ni el hotel en su página web ni otros competidores de dicha plataforma podrán ofertar tarifas a un precio menor para la reserva *on line*. Además del mejor precio, “las cláusulas de paridad de precios” también incluyen otros beneficios para la plataforma como contar con la posibilidad de ofertar el mayor número de alojamientos o las mejores políticas de cancelación.

**81.** Dentro de las “cláusulas de paridad de precios minoristas” es necesario diferenciar entre las “amplias” y las “estrechas”, las que se han encontrado en el punto de mira por las autoridades de competencia en los últimos años ha sido “las estrechas”. Ello es así por los efectos que presentan para el mercado y la competencia. Cuando se trata de “cláusulas de paridad de precios minoristas estrechas” las eficiencias que podrían presentar para la competencia prácticamente desaparecen. Bajo este tipo de cláusulas el proveedor se compromete a no comercializar sus productos y/o servicios en el canal directo a un precio inferior a lo que lo hace la plataforma de *ecommerce* en su página web. Estas cláusulas limitan la capacidad del proveedor para fijar sus precios, ya que, en ningún caso podrá vender a un precio más bajo que la plataforma y si lo hiciera debería compensar al distribuidor-plataforma manteniéndole su margen de beneficio, con independencia de que el precio de venta al público fuera más bajo. La plataforma nunca pierde su margen. Esta cláusula provoca que el proveedor deba cerciorarse de que sus otros distribuidores no vendan a un precio menor que lo pactado en la cláusula MFN. Es decir, el compromiso de “la cláusula de paridad de precios” le obliga en mayor o menor medida a coordinar el precio con sus distribuidores.

<sup>142</sup> G.GÜRKAYNAK/ A.GÜNER/ S.DINIZ/ J.FILSON, “Most-favored-nation...”, *op. cit.*, p.131.

## 2. La regulación de las cláusulas de paridad de precios en el Reglamento (UE) 2022/720

**82.** En atención al Reglamento (UE) 2022/720 quedan exentas de prohibición todas las cláusulas de paridad salvo aquellas a las que se refiere el art. 5.1 letra d. Las cláusulas de paridad que no se benefician de la exención en bloque son aquellas que bien recogidas en un acuerdo de distribución o bien basadas en obligaciones exigidas de forma directa o indirecta impidan al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante plataformas electrónicas de intermediación competidoras.

**83.** Un ejemplo del tipo de cláusulas que no quedan exentas de prohibición podría ser el siguiente: Un distribuidor de productos cosméticos y de belleza de marcas conocidas vende sus productos a través de tres establecimientos físicos situados en el centro de Madrid. Este distribuidor también comercializa dichos productos a través de internet a través de su propia web. Sin embargo, quiere llegar a más clientes y entabla conversaciones con *Amazing*, una plataforma de *ecommerce* donde se pueden vender y comprar todo tipo de productos que opera en todo el mundo y cuenta con una importante cuota de mercado en Europa y también en España (en torno al 30%). Cuando el distribuidor madrileño analiza el contrato que debe firmar con *Amazing* se da cuenta de que no puede vender sus productos a un precio más bajo en otras plataformas de *ecommerce*. Esto hace que los clientes del distribuidor donde más barato van a poder comprar sus productos es en la plataforma *Amazing*. Este tipo de cláusulas no van a poder beneficiarse de la exención en bloque del art. 2.1 del Reglamento (UE) 2022/720 debido a que generan riesgos para la competencia, tales como<sup>143</sup>: 1) Riesgo de colusión entre proveedores de servicios de intermediación en línea; 2) Riesgo de impedir la entrada al mercado de nuevos proveedores de servicios de intermediación en línea.

**84.** Las Directrices que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720 recogen determinados factores para evaluar si una cláusula de paridad minorista entre plataformas en línea que no se beneficia de la exención en bloque podría acogerse a la exención individual en atención al art. 101.3 TFUE, dichos factores son<sup>144</sup>:

- 1) La posición en el mercado del proveedor de servicios de intermediación en línea que impone la obligación y de sus competidores. Los efectos que generan para la competencia este tipo de obligaciones son más restrictivos cuando las exigen una o más plataformas. Este tipo de obligaciones también da lugar a que el proveedor de servicios de intermediación más grande afiance su posición en el mercado frente a proveedores más pequeños<sup>145</sup>.
- 2) El número de compradores de los servicios en línea a los que les afecta tales obligaciones. Este es un aspecto especialmente importante porque puede darse la situación de que las obligaciones de paridad del proveedor restringen la competencia respecto a una cuota de demanda que supera la cuota de mercado del proveedor<sup>146</sup>. Un ejemplo podría ser el siguiente
- 3) El comportamiento de conexión de los compradores de los servicios de intermediación en línea y los usuarios finales. La cuestión a resolver es cuántos servicios de intermediación competidores utilizan esos compradores. Los compradores de servicios de intermediación en línea muchas veces se conectan a varias plataformas para llegar a clientes que se conectan a una única plataforma y no cambian de plataforma<sup>147</sup>. La multiconexión de los compradores es posible debido a los modelos de negocio que ofrecen las plataformas. El comprador de servicios solo paga al proveedor de los servicios de intermediación de la plataforma cuando se genera una transacción. La multiconexión por parte de los compradores puede dar lugar

<sup>143</sup> Directriz nº 360 relativas a las restricciones verticales.

<sup>144</sup> Directriz nº 361 relativas a las restricciones verticales.

<sup>145</sup> Directriz nº 362 relativas a las restricciones verticales.

<sup>146</sup> Directriz nº 362 relativas a las restricciones verticales.

<sup>147</sup> Directriz nº 364 relativas a las restricciones verticales.

a que la demanda de dichos servicios de intermediación que se ven afectados por las obligaciones de paridad aumente. El hecho de que los clientes finales se conecten a una única plataforma se puede traducir en que cada proveedor controle el acceso a un grupo distinto de usuarios finales<sup>148</sup>. Este escenario beneficia al proveedor de servicios de intermediación en línea debido a que puede incrementar su poder de negociación y su capacidad para imponer cláusulas de paridad minoristas.

- 4) La existencia de barreras de entrada en el mercado de referencia para la prestación de servicios de intermediación en línea. Si hay barreras de entrada los efectos negativos de las cláusulas de paridad minoristas se agravan<sup>149</sup>.
- 5) La relevancia de los canales de venta directa de los compradores de servicios de intermediación en línea y la medida en que dichos compradores pueden dejar de utilizar la plataforma de los proveedores de servicios de intermediación en línea<sup>150</sup>. Los compradores de servicios de intermediación en línea pueden tener una tienda física o una *web* donde directamente venden sus productos o servicios al cliente final. Para evaluar el impacto en la competencia de las cláusulas de paridad minoristas es necesario determinar si las mismas también van dirigidas y afectan a los canales de venta directa del comprador. También es conveniente conocer cuán potentes son esos otros canales de venta para el comprador, porque si son relevantes y le generan muchas ventas, es más fácil dejar de utilizar la plataforma del proveedor. *Ad ex.*, si en el contrato de servicios de intermediación el proveedor de servicios exige al comprador que no puede vender a un precio más bajo (u ofertar la nueva gama de un determinado producto) en su tienda física y/o en su tienda *on line* que en la plataforma del proveedor la cláusula de paridad impacta de lleno en otros canales de venta del comprador. Para evaluar el impacto de este tipo de cláusulas es necesario saber como señalábamos lo que suponen para el comprador estos canales de venta directos alternativos a la plataforma.

**85.** Las Directrices también recogen diferentes criterios a tener en cuenta para evaluar otro tipo de cláusulas de paridad (obligaciones de paridad minoristas relativas a los canales de venta directa, obligaciones de paridad ascendentes y obligación de cliente más favorecido) cuando las mismas no pueden beneficiarse de la exención en bloque. Esto sobre todo puede suceder cuando las partes ostentan más de un 30% de poder de mercado en el mercado de referencia.

**86.** Por último, un aspecto a tener en cuenta es que las autoridades de competencia pueden en virtud del art. 6.1 del Reglamento (UE) 2022/720 retirar la exención a un acuerdo vertical en un principio exento de prohibición debido a que consideran que el mismo presenta efectos incompatibles con respecto al art. 101.3 TFUE. El citado art. 6.1 señala que tales efectos contrarios al art. 101.3 TFUE pueden tener lugar cuando en el mercado de referencia para la prestación de servicios de intermediación en línea haya mucha concentración 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 directos.

## IX. Las cláusulas de no competencia

**87.** Las restricciones de los art. 4 y 5 tienen consecuencias jurídicas diferentes. Mientras las especialmente graves del art. 4 implican la nulidad de acuerdo y por ende, la no exención en bloque. Las restricciones del art. 5 no provocan la nulidad de todo el acuerdo. Sus efectos no son considerados tan perjudiciales como para dañar el acuerdo en su totalidad. Así, el artículo 5 establece, a diferencia

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Directriz nº 364 relativas a las restricciones verticales.

<sup>150</sup> Directriz nº 366 relativas a las restricciones verticales.

del anterior, que la exención no se aplica a “*las obligaciones contenidas en los acuerdos verticales*”. Sólo dichas cláusulas concretas se considerarán contrarias a la competencia y no se beneficiarán de la exención en bloque del Reglamento. El resto del acuerdo podría beneficiarse de la exención siempre que pueda ser separado de dichas cláusulas y cumpla los arts. 2 y 3 del Reglamento (UE) 2022/720.

**88.** Este artículo 5 del Reglamento de exención por categorías se centra por completo en las cláusulas de prohibición de competencia. La letra a) recoge la regla general, la letra b) apunta las restricciones posteriores al contrato y la letra c) menciona una especialidad para los supuestos de distribución selectiva. Una novedad con respecto al Reglamento 330/2010 es que el actual incluye una letra más en el art. 5, la letra d. Esta letra d) del art. 5 excluye de la exención en bloque a aquellas cláusulas contenidas en un acuerdo de distribución dirigidas a obligar al comprador de servicios de intermediación en línea, de forma directa o indirecta, a no ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea.

**89.** Por lo tanto, podemos diferenciar cuatro tipos de cláusulas no competencia que no quedarían exentas de prohibición: 1) obligaciones de no competencia impuestas mientras el acuerdo de distribución esté en vigor; 2) Obligaciones de no competencia tras la extinción del acuerdo; 3) Obligaciones de no competencia en la distribución selectiva; 4) Obligaciones de no competencia a los compradores de servicios de intermediación en línea.

**90.** En particular, nos vamos a centrar en las obligaciones de no competencia mientras esté en vigor el acuerdo vertical. Por lo tanto, las cláusulas de no competencia que tengan una duración indefinida o superior a cinco años no se beneficiarán de la exención<sup>151</sup>. De este modo, no todas las cláusulas de no competencia están prohibidas porque las que tengan una duración igual o inferior a cinco años pueden perfectamente beneficiarse de la exención. Además, también están incluidas en el Reglamento aquellas que, tras un período de cinco años, las partes quieran renovarlas. Y con respecto a la renovación de las cláusulas de no competencia, hay un cambio que introduce el Reglamento (UE) 2022/720. Así, con la actual regulación, las renovaciones tácitas de las cláusulas de no competencia quedarían exentas de prohibición. Con el Reglamento 330/2010 las renovaciones de las cláusulas de no competencia tras un período de cinco años podían quedar exentas de prohibición siempre que la renovación fuera explícita. Ahora ya no es necesario una renovación expresa. Las renovaciones tácitas se excluían de la exención debido a que se consideraban que los efectos que tenían eran los mismos que los de las cláusulas indefinidas. Sin embargo, con el nuevo Reglamento de exención por categorías pueden quedar exentas esas renovaciones tácitas siempre que se cumplan dos condiciones<sup>152</sup>: 1) El distribuidor debe disponer de un periodo de preaviso razonable y no se le causen costes desproporcionados; 2) El distribuidor debe poder tener la posibilidad de renegociar las cláusulas o resolver la obligación de no competencia a partir del quinto año.

## X. El contrato de agencia

### 1. Marco jurídico

**91.** El contrato de agencia se define en el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia (en adelante, LCA)<sup>153</sup>, como el contrato mediante el cual “*una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el*

<sup>151</sup> Directriz nº 248 sobre restricciones verticales.

<sup>152</sup> Directriz nº 248 sobre restricciones verticales.

<sup>153</sup> BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992. Para un comentario sobre esta Ley *vid.* F. PALAU RAMÍREZ/F. MARTÍNEZ SANZ/M. MONTEAGUDO, *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2006.

*riesgo y ventura de tales operaciones*”. La definición del contrato de agencia es la misma en todos los Estados miembros ya que su regulación es consecuencia de la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales<sup>154</sup>. La LCA es consecuencia de la transposición de esta Directiva. Muchas de las normas que contiene esta ley son de carácter imperativo, no pudiendo las partes que intervienen en el contrato derogarlas<sup>155</sup>. De hecho, los agentes que ejerzan su actividad en un Estado miembro no podrán renunciar a las prerrogativas esenciales que les confiere la Directiva ni tan si quiera en el supuesto de que contraten con un principal de un tercer Estado y la ley que gobierne el contrato sea la ley de ese Estado<sup>156</sup>. Esto es así debido a que la *ratio legis* de la Directiva y de la LCA es proteger al agente por ser considerado como parte más débil de la relación contractual.

**92.** La LCA no ha ayudado a clarificar si la naturaleza de la actividad que desempeña el agente en el tráfico jurídico es laboral, mercantil o civil<sup>157</sup>. De este modo, de forma complementaria, a la LCA también es posible aplicar la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo para determinar el régimen jurídico de la actividad que desempeña el agente<sup>158</sup>. En concreto, la actividad del agente podría encuadrarse dentro del régimen paralaboral de los denominados trabajadores autónomos económicamente independientes. El agente cuadra perfectamente con la definición que el art. 11 de esta ley proporciona sobre este tipo de trabajadores, así los define como *“aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*.

## 2. Objeto del contrato

**93.** El objeto del contrato es la promoción continuada y estable de actividades del comercio. Se puede afirmar que este tipo de contrato también es bastante habitual en la industria de la moda, sobre todo es común encontrarlo para comercializar internacionalmente joyas<sup>159</sup>. Esto es así porque es una forma que tienen las empresas que producen este tipo de productos de expandirse internacionalmente cuando todavía no se sabe del todo bien si ese producto será aceptado bien en un determinado mercado extranjero.

**94.** Estas actividades comerciales no tienen por qué ceñirse exclusivamente al concepto de “acto de comercio” del art. 2 Código de Comercio<sup>160</sup><sup>161</sup>. La labor del agente es promover los contratos que le han sido encomendados, de esta forma su labor es la recepción de pedidos u ofertas de terceros para posteriormente transmitirlos al principal. Es decir, la agencia es un contrato de gestión de intereses ajenos<sup>162</sup>. La función del agente es de intermediación entre el empresario principal y un tercero.

<sup>154</sup> DO L 382, 3 de diciembre de 1986.

<sup>155</sup> Vid. R. BERCÓVITZ ÁLVAREZ, “El contrato de agencia”, en A. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M<sup>a</sup>.A. CALZADA CONDE, *Contratos mercantiles*, 5<sup>a</sup> ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 676.

<sup>156</sup> STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, *Rec.* 2000, p. I-09305, apartados 21-26.

<sup>157</sup> Vid. A. ESCUDERO PRIETO, “¿Qué criterios delimitan las figuras del representante del comercio y del agente mercantil? Situación actual y nuevas perspectivas ante la futura regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *Rcd*, n<sup>o</sup> 1, 2007, pp. 173- 181.

<sup>158</sup> BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2007.

<sup>159</sup> Un ejemplo podría ser el contrato de agencia internacional al que dio lugar la SAP de Barcelona de 3 de julio de 2019, ECLI:ES:APB:2019:8280, asunto que enfrentaba a un agente comercial alemán con un taller de joyería español. Para un comentario sobre esta sentencia vid. H. AGUILAR GRIEDER, “Problemas de Ley aplicable en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11) de 3 de julio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (cdt)*, vol. 12, n<sup>o</sup> 1, pp. 435-443.

<sup>160</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, Gaceta de Madrid, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

<sup>161</sup> R. BERCÓVITZ ÁLVAREZ, “El contrato de...”, p. 682.

<sup>162</sup> Vid. F. PALAU RAMÍREZ, “El contrato de agencia”, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 14.

95. En otras palabras, con la agencia el empresario principal persigue expandirse a áreas geográficas donde no opera y así ampliar su clientela sin la necesidad de crear un puesto fijo ocupado por un empleado a su cargo. El empresario principal elige la agencia porque le resulta más eficiente colaborar con un empresario independiente que tener un trabajador fijo al que debe pagar como mínimo un salario más las cuotas pertinentes a la Seguridad Social. En muchas ocasiones, el contrato de agencia se complementa con un contrato de representación en los casos en los que el principal desea que el agente concluya las operaciones con terceros en su nombre<sup>163</sup>. Cuando no existe representación, el agente ofrece los productos del principal a un tercero de acuerdo a las condiciones pactadas entre ambos *-invitatio ad offerendum-*. El tercero responde con un pedido, que es considerado la oferta y que el agente transmite al principal. Una vez que el principal la acepta se habrá perfeccionado el contrato.

### 3. Diferencia con otros contratos de distribución e implicaciones para el Derecho de la competencia europeo

96. En atención a la definición y características estudiadas se puede extraer la conclusión de que la agencia no es un contrato de distribución en sentido estricto<sup>164</sup>. A pesar de que la agencia comparte algunas características con los contratos de distribución, no se puede afirmar que compartan la misma naturaleza. El distribuidor actúa por cuenta propia asumiendo el riesgo de la reventa de los bienes al proveedor. Sin embargo, el agente actúa en el mercado por cuenta del principal sin asumir el riesgo que entraña la reventa de las mercancías, salvo pacto en contrario<sup>165</sup>. La remuneración también es un dato a tener en cuenta para diferenciar ambas figuras. Mientras que los ingresos del agente son vía comisiones en función de las ventas que realice; la ganancia del distribuidor se encuentra en el margen entre el precio de compra y el de reventa<sup>166</sup>. Así, el agente sería un mero colaborador, a pesar de que, formalmente es independiente, pero al no asumir los riesgos de la venta, no es un auténtico empresario desde un punto de vista económico<sup>167</sup>. Sin embargo, aunque la agencia no se pueda incluir en la categoría de contrato de distribución sí que se es una forma de distribución de bienes y servicios<sup>168</sup>.

97. Respecto al tratamiento de los acuerdos de agencia desde el ángulo del Derecho europeo de la competencia destacar la Directriz nº 29 de las Directrices relativas a las restricciones verticales. Esta Directriz recoge una definición muy similar a la establecida en la citada Ley de agencia<sup>169</sup>.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 679.

<sup>164</sup> La inclusión del contrato de agencia en la categoría de contratos de distribución no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia española. Así, hay autores que consideran que el contrato de agencia se podría incluir dentro de la distribución comercial pero no dentro de un concepto estricto de contrato de distribución. En este sentido *vid.* 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, p. 1276 y ss. Sin embargo, otros autores consideran que la agencia sí es un tipo de contrato de distribución. *Vid.* F. MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por...*, pp. 24-28.

<sup>165</sup> Es necesario distinguir entre el riesgo que implica la actividad del agente (intermediación) y el riesgo de las operaciones de reventa que el agente lleva a cabo actuando por cuenta ajena. Los riesgos de actividad como agente, como empresario independiente que organiza su empresa son asumidos por el agente. Sin embargo, los riesgos derivados de la promoción y contratación en nombre del principal no los asume el agente, ya que, en este caso funciona como intermediario. Esto es así debido a que el agente no llega a ser el propietario de las mercancías que revende, ni está obligado a realizar inversiones en gastos de financiación de la operación o publicidad, ni, tampoco, entre otras actividades, a prestar ningún servicio de posventa.

<sup>166</sup> El hecho de que el agente pueda realizar descuentos a cargo de su comisión no implica que exista riesgo económico y financiero para que se le considere un empresario independiente. Así lo recoge la STPI de 15 de septiembre de 2005, *Daimler-Chrysler*, T- 325/01, *Rec.* 2005, p. II-03319, apartado 99.

<sup>167</sup> *Vid.* 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 (Dir.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 73.

<sup>168</sup> *Vid.* C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 46.

<sup>169</sup> La definición del contrato de agencia dado por la Comisión en la Directriz nº 29 relativa a las restricciones verticales es la siguiente: “Un agente es una persona física o jurídica que dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la: compra de bienes o servicios por parte del principal, o venta de bienes o servicios suministrados por el principal”.

**98.** La diferencia entre los contratos de distribución propiamente dichos y la agencia es de especial importancia para el Derecho de la competencia<sup>170</sup>. Así, los acuerdos entre el agente y el principal no son susceptibles de la prohibición del art. 101.1 TFUE, así lo estableció la Comisión ya en 1962 en la conocida como la Comunicación de Navidad<sup>171</sup>. Esto implica que los acuerdos de agencia no podían beneficiarse de la exención en bloque del Reglamento 330/2010 ni tampoco del actual Reglamento (UE) 2022/720, como posteriormente vamos a estudiar cuando se cumplan las condiciones expuestas en la Directriz nº 33 relativas a las restricciones verticales. La razón de excluir el contrato de agencia cuando es genuino radica en que no son considerados pactos entre dos empresas independientes debido a que el agente actúa como un representante del principal en el mercado del producto<sup>172</sup>. Los intereses del principal y el agente en las transacciones son prácticamente los mismos. Cuestión diferente sucede en el mercado de los servicios. En este caso, como el agente es considerado un empresario independiente cuando actúa en el mercado de los servicios de intermediación, los pactos que afecten a este mercado de servicios pueden considerarse prohibidos sin ser contrarios al Derecho de la competencia.

#### 4. Las novedades que introduce el Reglamento (UE) 2022/720 en relación al contrato de agencia

**99.** Tres son los aspectos que introduce el Reglamento (UE) 2022/720 con respecto al Reglamento 330/2010:

- 1) La consideración de la compra temporal de los bienes por parte del agente. Una característica clave en los contratos de agencia genuinos es que el agente no es el propietario de los bienes que comercializa en el tráfico económico. El agente actúa por cuenta del principal y los bienes son propiedad de éste. Sin embargo, es posible que el agente se siga considerando como genuino aunque adquiera la propiedad de los bienes temporalmente siempre que se cumplan dos condiciones: a) El agente vende los bienes por cuenta del principal; b) El agente no incurre en costes o riesgos vinculados con la transmisión de la propiedad<sup>173</sup>. Esto implica que, aunque de forma puntual la relación entre el principal y el agente pueda parecerse más a la derivada de un contrato de distribución eso no implica perder la consideración de agente genuino.
- 2) El pago de los costes al agente. El principal puede reembolsar los costes al agente genuino para evitar que éste incurra en riesgos. Ese reembolso puede ser<sup>174</sup>: a) El reintegro de los costes exactos en los que haya incurrido el agente; b) El abono de una cantidad a tanto alzado; c) El pago de un porcentaje fijo de los ingresos en atención al contrato de agencia. Es importante que el agente pueda diferenciar entre estos pagos del principal en concepto de riesgos de los pagos por remuneración por la prestación de los servicios<sup>175</sup>.

<sup>170</sup> Vid. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de distribución Comercial en el Derecho Internacional privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 221-222.

<sup>171</sup> DO 139 de 24 de diciembre de 1962. Vid. Directrices nº 15-17 relativas a las restricciones verticales.

<sup>172</sup> La Comisión diferenció en las anteriores Directrices relativas a las restricciones verticales referentes al R. 2790/1999 entre agencia genuina y agencia no genuina en función de la asunción del riesgo financiero y comercial en la reventa de los productos. Si el agente asume los riesgos de la reventa se le va a considerar agente no genuino. De este modo, a sus pactos con el principal se le podría aplicar el art. 101.1 TFUE en el caso de fuera restrictivo de la competencia. Cuando el agente asume el riesgo derivado de la reventa se le considera un distribuidor. En este sentido, *vid.* STJCE de 1 de octubre de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, as. 311/85, *Rec.* 1987, p. 3801, apartados 17-21. En esta sentencia el TJCE considera que algunos acuerdos de agencia “no genuinos” en los que el agente asume el riesgo económico de la venta pueden estar prohibidos por el art. 85.1 TCEE debido a los efectos anticompetitivos que producen. En cambio, cuando el agente no asume riesgo comercial o financiero es considerado agente genuino y su relación con el principal no infringe el art. 85.1 TCEE al entenderse integrado el agente en la organización empresarial de aquél. Para un mayor detalle *vid.* las Directrices nº 14 a 16 del actual Reglamento de exención de acuerdos verticales 330/2010 donde se señalan los riesgos que debería asumir el agente para ser considerado un empresario independiente. La Directriz nº 20 establece una excepción a lo anterior debido a que recoge que un acuerdo de agencia puede entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE en el caso de que facilite la colusión, aún cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales.

<sup>173</sup> Directriz nº 33 relativas a las restricciones verticales.

<sup>174</sup> Directriz nº 35 relativas a las restricciones verticales.

<sup>175</sup> Directriz nº 35 relativas a las restricciones verticales.

- 3) Los acuerdos celebrados por empresas que operan en la economía de plataformas en línea no se pueden considerar acuerdos de agencia genuinos. Estas empresas suelen actuar en el tráfico económico como empresas independientes, prestando servicios a un elevado número de vendedores y llevando a cabo un importante número de inversiones en programas informáticos, publicidad o servicios posventa<sup>176</sup>. Por lo tanto, estos acuerdos no quedan excluidos de la aplicación del art. 101.1 TFUE de forma automática y se tendrá que abordar en el caso concreto los efectos que pueden presentar para la competencia y si podrían quedar exentos de prohibición en virtud del Reglamento (UE) 2022/720.

**100.** Por lo tanto, para concluir, un aspecto que no ha cambiado con respecto al Reglamento 330/2010 son los dos escenarios que se plantean con respecto al contrato de agencia y la aplicación de las normas de competencia:

- 1) *Escenario 1.* En el caso de que el contrato de agencia se puede calificar de genuino en atención a las Directrices no quedará sujeto a lo dispuesto en el art. 101.1 TFUE.
- 2) *Escenario 2.* En el supuesto de que el contrato de agencia no se pueda calificar de genuino quedará sujeto al art. 101.TFUE y si contiene restricciones de competencia podrían quedar exentas de prohibición en atención al Reglamento (UE) 2022/720, ya que se le daría el mismo trato que a cualquier otro acuerdo vertical.

## XI. Conclusiones

**101.** El Reglamento (UE) 2022/720 no ha modificado su estructura ni tampoco ha introducido cambios que hayan dado lugar a que la exención de prohibición por categorías de acuerdos verticales se haya transformado por completo. Aún así, sí que hay cambios, y los mismos afectan a diferentes áreas dentro de la distribución comercial.

**102.** Uno de los objetivos que persigue el legislador es introducir flexibilidad a la hora de aplicar las normas de competencia con el fin de que los sistemas de distribución puedan ser más eficientes y rentables. Prueba de ello es la posibilidad de que con el nuevo Reglamento sea posible en la distribución exclusiva asignar por territorio o grupo de clientes hasta cinco distribuidores, no como sucedía anteriormente que sólo podía ser asignado en exclusiva un único distribuidor. También prueba de esa flexibilidad es en relación a la excepción de prohibición que se incluye respecto de los precios mínimos anunciados, los cuales se permiten cuando se limitan a un período de tiempo que puede coincidir con el lanzamiento de un producto. El objetivo de esta previsión es que exista una coherencia con la normativa de competencia desleal, en la cual se prohíbe la venta a pérdida, con el fin de evitar vulnerar la imagen de marca. Del mismo modo, mucho más tolerante es la regulación actual en relación a las cláusulas de no competencia. Las cuales son lícitas cuando no tienen una duración superior a cinco años. Sin embargo, el cambio con la regulación actual radica en que una vez llegado al quinto año, las partes pueden renovar dicha cláusula de no competencia de forma tácita, sin necesidad de llevar a cabo un pacto expreso para tal renovación.

En la misma línea, persiguiendo sobre todo que los sistemas de distribución puedan ser rentables en una economía digital como la actual, el legislador introduce por vez primera la posibilidad de precios duales. Es decir, los proveedores pueden fijar con sus distribuidores unos precios de los productos al por mayor diferentes en función de si el producto va a comercializarse *on line* u *off line*. Esto permitiría que el precio que se le exige al distribuidor por esos productos si se venden *on line* sea mayor que si se vende en tienda física, ya que los márgenes con los que cuenta el distribuidor en la venta *on line* son mayores que cuando vende *off line*, en la cual tiene que asumir más costes.

<sup>176</sup> Directriz nº 46 relativas a las restricciones verticales.

**103.** Sin embargo, también es cierto que junto con esa flexibilidad que señalábamos perseguida por el legislador con esta nueva regulación, también se pretende por éste la aplicación más severa del Derecho de la competencia en determinadas áreas tales como en lo relativo a las restricciones a la venta *on line* a distribuidores autorizados, en relación a las cláusulas de paridad y en la distribución dual. El objetivo en este tipo de materias que señalamos ha sido introducir claridad, ya que esto permite que las normas se puedan aplicar de forma más uniforme por las autoridades de competencia tanto europeas como nacionales.

**104.** Por último, un aspecto novedoso que no se introducía en la regulación anterior, ha sido en relación a la sostenibilidad. Las normas de competencia actuales valoran que las empresas cumplan con medidas relacionadas con los objetivos de desarrollo sostenible. De este modo, sería posible incluir restricciones en las que el distribuidor se obligar a la compra en exclusiva a un único proveedor durante más de cinco años si con ello se persigue cumplir con objetivos relacionados con la sostenibilidad. Del mismo modo, a un distribuidor que persigue pertenecer a un red de distribución selectiva se le podrían exigir criterios relacionados con la implementación de medidas en su forma de vender o de producir relacionadas con la sostenibilidad.

**105.** En definitiva, las empresas que realicen en su práctica habitual acuerdos de distribución deberán tener muy presente esta normativa. A pesar de que no introduce cambios transformadores sí que incluye aspectos nuevos que generan riesgos para las compañías que de no cumplirlos pueden acarrearles multas en materia de competencia.