

Limitaciones concurrenciales en el contrato de franquicia. Aspectos normativos

Franchising, business networks, concurrence, vertical restraints

MARÍA CRUZ MAYORGA TOLEDANO

*Profesora Titular de Derecho mercantil
Universidad de Málaga*

ORCID ID: 0000-0002-4183-7187

Recibido:16.06.2025/ Aceptado 25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9888

Resumen: Mediante los contratos de franquicia se forma una red de distribución que precisa de cierta coordinación entre los miembros y de un posicionamiento en el mercado, lo que genera potenciales restricciones de la libre competencia. La normativa europea *ad hoc* establece las condiciones y límites dentro de los que estas redes pueden operar legalmente. A estos efectos, el nuevo marco legal europeo introduce algunas novedades necesarias, modificando levemente la normativa anterior y, por último, se mantiene en gran parte en la línea de lo anteriormente regulado.

El objetivo de este trabajo es analizar y valorar el tratamiento antitrust actual de la red de franquicias tal y como queda determinado en la nueva regulación europea y escrutar los principales cambios habidos a raíz de la citada norma referentes a la implantación y funcionamiento de la relacionada red de distribución. Se tendrán en cuenta tanto el análisis de la nueva norma tanto del TJUE como el de las autoridades nacionales de la competencia. Por otro lado, dentro del marco europeo, dicho cometido se completa con las consideraciones relativas al papel que juega el Derecho Internacional Privado, en tanto elemento imprescindible dado el carácter netamente internacional de las redes de franquicia. Es pues necesaria una revisión de las fuentes de los contratos internacionales de franquicia debido a la posible interferencia con la legislación comunitaria en materia de competencia.

Palabras clave: Franquicia, redes empresariales, competencia, restricciones verticales, carácter internacional

Abstract: Franchising agreements create a distribution network that requires a certain degree of coordination between the members and a market positioning, both generating potential restrictions on free competition. Specific European legislation establishes the conditions and limits within which these networks can operate legally. To this end, the new European legal framework introduces some necessary changes, which slightly modify the previous regulation, but it remains largely in line with what was previously regulated.

The aim of this paper is to analyze and assess the current antitrust regulation of the franchise network as established by the new European legal environment, and to evaluate the main changes that have occurred as a result of the aforementioned regulation concerning the implementation and operation of that distribution network. Both the CJEU's analysis of the new regulation and that of national competition authorities will be taken into account. Furthermore, within the European framework, this task is complemented by considerations regarding the role played by Private International Law, as an essential element given the distinctly international nature of franchise networks. A review of the sources of international franchise contracts is therefore necessary due to the potential interference with EU competition law.

Keywords: Franchise, business network, competition, vertical restraints, international carácter.

Sumario: I. Introducción. II. Estructura, rasgos competitivos y potenciales colusiones del contrato de franquicia. 1. El contrato de franquicia como contrato de red. 2. Carácter internacional de la red. 3. Rasgos competitivos y anti concurrenciales de la franquicia. III. Restricciones básicas y limitaciones normativas. 1. Condiciones para la aplicación de la exención. A) Cuota de mercado. B) Cláusulas DPI. C) La distribución dual y el intercambio de información. 2. Restricciones verticales prohibidas. A) Restricciones especialmente graves. a) Condiciones en los precios. b) Venta y publicidad *on line*. B) Restricciones especiales. 3. Efectos y limitaciones de Derecho Internacional Privado. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Las restricciones a la competencia en el mercado pueden surgir de diversas actividades o situaciones. El ámbito de la distribución comercial y, en consecuencia, la realizada a través de una red de franquicia, no es ajeno a la comisión de prácticas colusorias que deben analizarse y regularse. Es obvio que los posibles beneficios y eficiencias que se generan para los miembros de la red y para el mercado y los consumidores se perfilan como elementos a valorar a la hora de calibrar la respuesta del legislador, que como veremos focaliza su análisis en el poder de mercado y el impacto de la conducta en el mismo¹.

2. En este contexto, la red de franquicia, como una de las principales redes de distribución, implica de partida un grado de coordinación entre las distintas unidades, de tal forma que, las ventajas económicas que se producen a través de dicha cooperación, solo son posibles mediante la restricción de la competencia entre los miembros adheridos al sistema². Así, las prácticas antitrust devienen de la coordinación de la red, en gran medida alimentada de factores como el intercambio de información, pero también consisten en el descenso en la intensidad de competencia entre los miembros de la red, la imposición de barreras de acceso, de la imposición de restricciones verticales, especialmente referente a la fijación de precios.

3. A este respecto, la normativa europea tomando como base de lo regulado en el TFUE³ ha sufrido continuos procesos de renovación hasta concluir en el vigente Reglamento (UE) 2022/720 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 (RECAV 2022). La doctrina ha calificado la sucesión de los diversos Reglamentos de restricciones verticales como una política legislativa continuista y que escenifica una evolución hacia una menor preocupación del legislador europeo por los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales⁴.

4. Además, desde mediados de los años noventa del siglo pasado, la Comisión ha mostrado en materia de competencia un giro hacia un “enfoque más económico”, conocido como ‘more economic approach’ o ‘more economic based approach’⁵. Así, el foco en materia de competencia se ha ido situando

¹ L. BERENGUER FUSTER, “Los contratos de distribución y la competencia”, en J.I. RUIZ PERIS, (coord.) *Claves del derecho de redes empresariales = Business networks law keys*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2017, p. 516. Este autor señalaba cómo el legislador europeo ha transitado en la regulación de los sistemas de distribución restringida del “ordenacismo y categorización de los contratos a un enfoque más economicista”.

² Se entiende así que determinadas prácticas antitrust son necesarias para el funcionamiento de la red, v. M. SCHULTES, “Redes empresariales y la dicotomía y el carácter estático del derecho de competencia. La combinación de un control de conducta dinámico y la estructural como un enfoque superador”, en J.I. RUIZ PERIS, (coord.) *Claves del derecho de redes empresariales = Business networks law keys*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2017, pp. 190 y ss., quien además pone de manifiesto cómo las redes evidencian efectos en la conducta de los miembros y en la estructura del mercado.

³ El artículo 101 TFUE prohíbe los acuerdos colusorios en el mercado y también recogido en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

⁴ J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de las redes de franquicia”, en J.I. RUIZ PERIS, (coord.) *Claves del derecho de redes empresariales = Business networks law keys*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2017, pp. 560 y ss.; L. BERENGUER FUSTER, “Los contratos de distribución ... cit., 515 y ss.

⁵ P. VAN WIJCK, “Loyalty rebates and the more economic approach to EU competition law”, 2021, nº17 (1), p. 2.

do predominantemente en los efectos sobre el bienestar del consumidor y la integración del mercado. De esta forma, se ha considerado que, desde un punto de vista práctico y de consistencia legal, este enfoque resulta más eficiente puesto que centrarse en un solo objetivo evita potenciales conflictos con otros objetivos alternativos como podrían ser el bienestar total o el bienestar social⁶. Así, el enfoque más económico se convierte en un mínimo común denominador para construir una referencia estable con un efecto estabilizador. Sin embargo, esta opción no está exenta de críticas, ya que se aduce que ello no debe impedir que otros objetivos, sociales, políticos o morales se dejen de lado y que la regulación de la competencia sea suficientemente flexible para afrontar los diversos retos actuales⁷. En el proceso de revisión del RECAV, el papel de la evidencia económica ha sido muy relevante, de acuerdo con el “enfoque más económico” que hemos mencionado. No obstante, se ha sugerido que no siempre con la misma intensidad dependiendo del sector o mercado. Por ejemplo, la evidencia empírica econométrica en algunos sectores específicos de efectos positivos de acuerdos, ilegales con una versión anterior, no se han considerado extrapolables o generalizables. Y en cambio, algunas evidencias econométricas significativas de tipo negativo sobre el bienestar del consumidor de nuevas restricciones verticales en determinados sectores sí se han considerado generalizables para prohibirlas⁸.

5. El objetivo de este trabajo es analizar y valorar el tratamiento antitrust actual de la red de franquicias tal y como queda determinado en la nueva regulación europea y escrutar los principales cambios habidos a raíz de la citada norma referentes a la implantación y funcionamiento de la relacionada red de distribución. Es por ello que, el trabajo se enfocará al análisis del RECAV 2022⁹, y las Directrices que lo acompañan, esto es, las Directrices relativas a las restricciones verticales¹⁰ (Directrices 2022), con las consecuencias y efectos que apareja que parte del “contenido normativo” se encuentre ubicado en este formato. En todo caso, debemos tener presente que, con el último proceso de reforma, se pretende adaptar la legislación de competencia de la UE a los retos de la economía digital y mantener la claridad jurídica, reduciendo así la carga administrativa de las empresas.

II. Estructura, rasgos competitivos y potenciales colusiones del contrato de franquicia

6. En el análisis del contrato de franquicia como generador de la red de distribución se parte de la vinculación de la estructura, de la necesidad de pactos o condiciones límites con la libre competencia para su viabilidad en el mercado. Es por ello que debe atenderse de forma específica al concepto y características de las redes empresariales donde su ubica específicamente.

1. El contrato de franquicia como contrato de red

7. El contrato de franquicia supuso en su origen una forma de evolución de los meros contratos de distribución directa, por el que el franquiciador impondrá a los franquiciados una política comercial, que previamente ha desarrollado y testado en el mercado, a cambio de la concesión, entre otros aspectos, de derechos de propiedad industrial e intelectual. Surge así una nueva generación de contratos de dis-

⁶ J.P. SLUIJS, “Evidence-Based Legislation in EU Competition Law. Reform of the Vertical Block Exemption Regulation as a Case Study”, *European Journal of Law Reform*, 2022, n° 24(1), p. 86.

⁷ B. ZELGER, “Competition Law, Economics and the ‘More Economic Approach’: The Necessity of a Broader Perspective; en AA.VV. *Restrictions of EU Competition Law in the Digital Age. Studies in European Economic Law and Regulation*, 2023, vol. 25. Springer, Cham, p. 21.

⁸ J.P. SLUIJS, “Evidence-Based Legislation...”, cit., p. 102.

⁹ Como se ha afirmado, esa aparente simplicidad del articulado del RECAV 2022, oculta un régimen a complejo y engorroso, que se encuentra fundamentado en las resoluciones de la Comisión y el TJUE sobre la materia y que se desarrolla en las Directrices. R.M. GIRONA DOMINGO, “El nuevo Reglamento 2022/720 de exenciones por categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, *La Ley Mercantil*, n° 97, 2022, p. 2.

¹⁰ Comunicación de la Comisión COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01, C/2022/4238, DO C 248 de 30.6.2022.

tribución que da como resultado de redes contractuales de distribución indirecta e integrada porque los sujetos son independientes entre sí, pero actúan en estrecha colaboración debiendo respetar la fórmula comercial y el manual operativo de la filial¹¹. Se trata de un sistema de adhesión específico, mediante la cesión de uso de los elementos que conforman su modelo de empresa van a crear o a reforzar una red estratégica de distribución. De esta forma, lo que resulta propio de la franquicia es la caracterización particular del modelo de empresa que se reproduce por parte de los franquiciados adheridos a la red mediante contratos bilaterales con el franquiciador.

8. Pese a la importancia y desarrollo de estos contratos en el tejido empresarial donde ha germinado de forma evidente, su regulación siempre ha sido deficitaria. Así se manifiesta la STS de 4 de junio de 2020, que aunque destaca que no es completamente atípico al estar dotado de una regulación fragmentaria e incompleta, referida fundamentalmente a aspectos relativos a normas de competencia, información precontractual y contenido mínimo o esencial de las prestaciones de los contratantes¹², lo que evidencia es la falta de regulación para el resto del contrato.

9. La definición legal se encuentra en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio minorista (LOCM), completada por el RD 201/2010 que, tras su última reforma, elimina el registro de franquiciadores¹³ y sólo desarrolla el concepto de franquicia y regula escasamente la información precontractual y el deber de confidencialidad del franquiciado¹⁴. En dichas normas, la definición del contrato de franquicia parte de un aspecto esencial como es la cesión el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios que como mínimo debe implicar el uso de denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato, la transmisión del know-how y la asistencia comercial y técnica y de la supervisión que se puede establecer en el contrato. En estos elementos encontramos rasgos básicos que definen la futura red de franquicias. Es decir, una imagen uniforme bajo los mismos signos distintivos, unidad de dirección bajo la misma política comercial y modelo empresarial y la reserva contractual de la facultad de supervisión por parte del franquiciador para verificar la correcta ejecución de lo anterior.

10. La definición de red aportada por la doctrina se condensa especialmente en el hecho de que su origen parte de diferentes tipos de acuerdos que dan lugar a una estructura relacional estable y múltiple, cuyos rasgos más destacables son la interdependencia, la estabilidad o carácter duradero de la red,

¹¹ No debemos olvidar que el franquiciador se sirve de otros contratos para lograr la expansión de la red de franquicia, como son el contrato de *area development* y el contrato de master franquicia, que cada uno a su manera contribuye a planificar y organizar el crecimiento de la red. Ver J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de ...” cit., pp. 564 y ss. Si consideramos que para el franquiciador el franquiciado es un medio o herramienta para reproducir un modelo de empresa, es lógico que se sirva de estas herramientas contractuales para asegurar el mayor de los éxitos en su política de desarrollo de la red. Ver J.I. RUIZ PERIS, “La franquicia como red empresarial”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J.B. VIVERO SERRANO (coords.) *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, Granada, Comares, 2019, p. 4.

¹² M.C. MAYORGA TOLEDANO, “Del incumplimiento recíproco en el contrato de franquicia: efectos y consecuencias. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 4 de junio de 2020”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 320, 2021, pp. 1-28.

¹³ El Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, derogó los arts. 5 a 12 del RD 201/2010 por considerar que la única información la única información que el Registro verificaba era la titularidad real o derecho de uso de la marca por parte de la empresa franquiciadora, aspecto que ya estaba cubierta por la Oficina Española de Patentes y Marcas. De esta forma, aspectos como el elevado coste de actualizar telemáticamente el registro, la carga que el mismo ha supuesto para los obligados, las limitaciones que impone la normativa vigente y la escasa relevancia de la información que el mismo proporciona fueron utilizados por el legislador para su eliminación, en tanto que el objetivo era liberar de trabas a las empresas, incentivar la actividad económica y de racionalizar los recursos.

¹⁴ Si bien es cierto que la información precontractual es esencial para la protección de los franquiciados, normas como la italiana Ley nº 129 de 2004 «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale» regulan otros aspectos esenciales dentro de la fase de formación del contrato, estableciendo en esa fase las concretas obligaciones de las partes y ciertas condiciones como la duración mínima del contrato. Ver al respecto, J. BADENAS BOLDÓ, “La regulación de los contratos de distribución en el derecho italiano”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 64, 2024, pp. 1-35.

la autonomía empresarial y la responsabilidad ilimitada de sus miembros, por cuanto los miembros de la red, en tanto empresario independientes, son responsables de forma ilimitada de la actividad económica que realiza en nombre propio¹⁵.

11. Partiendo de la idea de red como un juego de elementos que interaccionan entre ellos dando lugar a un sistema *identificable de carácter estable, reconocible y delimitable*¹⁶, vemos que los rasgos de la franquicia quedan perfectamente contextualizados dentro del entorno de las redes empresariales¹⁷. De esta manera, que el compartir un modelo de empresa comprensiva del resto de los elementos esenciales supone la clave de la cohesión de la red. Se trata de una red de colaboración formada por empresarios independientes adheridos a la misma a través de contratos bilaterales firmados con el franquiciador quien, como creador de la idea de negocio, asume un papel directivo. Ese poder de dirección que se reserva el franquiciador resulta fundamental para la correcta marcha de la red, y se debe interpretar como la búsqueda del interés común de los miembros de la red a través de la correcta ejecución del modelo de empresa. Ese interés común se encuentra, entre otros aspectos, en el posicionamiento competitivo en el mercado frente al resto de la oferta, en definitiva, mantener e incrementar el valor de la red. Dicho interés no afecta al hecho de que se trata de una red de empresarios jurídicamente independientes y en ese sentido son consideradas por la jurisprudencia¹⁸. Se trata de una red por naturaleza esencialmente vertical que se evidencia en los distintos niveles en que se encuentran dentro de la cadena de producción o distribución¹⁹.

12. Por otro lado, precisamente los elementos de identificación externa de la empresa y la exclusividad propias de la franquicia que la configuran como una red de distribución integrada es lo que faculta al franquiciador a desarrollar su poder de dirección y como se apunta, resulta plenamente legítimo en ese sentido, que dicho poder trate de alcanzar la actuación coordinada de los miembros de la red para preservar la viabilidad y buen funcionamiento de la misma. A este respecto, la red de franquicias se ha definido por la doctrina como una modalidad de redes de distribución con plena integración, compuesta por un grupo de empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes como consecuencia de compartir la explotación de un modelo de empresa²⁰. Dicha integración se desprende de factores presentes en la red de franquicias, esto es la exclusividad y la uniformidad²¹.

2. Carácter internacional de la red

13. El objetivo natural de la franquicia es su expansión y, en ese sentido, dicho crecimiento encuentra su desarrollo natural en el ámbito internacional. En especial, se ha señalado que las ventajas que

¹⁵ J.I. RUIZ PERIS, “Un Derecho específico para las redes empresariales”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.) *Nuevas perspectivas de las redes empresariales*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012, pp. 78 y ss. Este autor precisamente señala a la interdependencia como uno de los elementos diferenciadores de las redes empresariales y los otros tipos de redes.

¹⁶ J.I. RUIZ PERIS, “Las redes empresariales como fenómeno económico y realidad jurídica”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J.B. VIVERO SERRANO (coords.) *Impacto laboral de las redes empresariales*, Granada, Comares, 2018, p. 13.

¹⁷ Como destacan las propias Directrices 2022, apartado 165 la franquicia es una estrategia que permite al franquiciador establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos.

¹⁸ Especial incidencia ha tenido este aspecto de la red de franquicia tanto en el ámbito laboral, donde se establece que los trabajadores contratados por el franquiciado no deben ser considerados empleados del franquiciador (STS 28 febrero 2024, (RJ/JUR/2024/88226) y a tal efecto se especifica que se advierte la ausencia de los elementos definidores de un grupo de empresas con efectos laborales por el mantenimiento de la autonomía y personalidad jurídica de las sociedades franquiciadas), como en el ámbito civil respecto si el franquiciador es responsable frente a los clientes del franquiciado. Así, la STS 23 febrero 2021, (RJ/2021/758) donde expresamente se razona que las facultades de supervisión del franquiciador previstas en el contrato pueden impedir que un franquiciado deje inconcluso el tratamiento contratado por un cliente, ni que el franquiciado cese en su actividad por entrar en un estado de insolvencia. Una red de franquicias en condiciones normales y no patológicas mantiene su independencia nuclear.

¹⁹ Para J.I. RUIZ PERIS, “La franquicia como red...”, cit., p. 4, pueden reconocerse diversos núdulos en una red de franquicias además del franquiciador, como los plurifranquiciados, multifranquiciados, franquicia corner...

²⁰ Ver J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de ...” cit., pp. 569 y ss.

²¹ J. MARTI MIRAVALLS, *Redes de franquicia*, Oporto, ed. Juruá, 2028, p. 26.

aporta el sistema de franquicias tienen un efecto multiplicador cuando la franquicia traspasa el mercado nacional²². Se procura de esta manera la extensión de una operación de franquicia interna al proyectar, más allá de las fronteras, el modelo nacional en el que se basa²³. Este contexto o carácter de la franquicia es el que ha potenciado el desarrollo de sistemas como el de master franquicia o franquicia principal en el que se producen diferentes niveles de coordinación franquiciador (master franquiciador), master franquiciado y franquiciados. De esta forma, el franquiciador desconocedor de otros mercados, contrata a un tercero o master franquiciado (suele ser local o con infiltración en dicho ámbito) y le encomienda el desarrollo de la red de franquicias en esa zona.

14. Este carácter internacional no hace sino potenciar el concepto de red y de uniformidad con ese modelo, por lo que para garantizar dicha uniformidad internacional de los elementos de la franquicia se establecerán cláusulas contractuales que lo fuercen y que en todo caso pueden generar ciertas confrontaciones con la interpretación canónica del Derecho de la competencia. Así, se afirma que, sin una aplicación colectiva y escrupulosa de este sistema y, en consecuencia, con mercados idénticos y datos socioeconómicos comparativos, ya no puede existir un sistema único como el de la franquicia²⁴.

15. Por otro lado, este rasgo de la red de franquicias que aquí señalamos implica la integración de la franquicia en un sistema jurídico, extranjero o internacional, distinto de aquel en el que se originó. En este sentido, se hace imprescindible adaptar dicha operación de expansión a las normas aplicables y, en general, tenerlo en cuenta para su desarrollo e implantación. A este respecto, se debe tener en cuenta que, si bien a los efectos el Derecho Internacional Privado, la presencia de un elemento internacional en el contrato de franquicia es suficiente para determinar su aplicación, pese a que no nos encontremos ante un acuerdo con repercusión transfronteriza²⁵. Además, se debe tener presente que en el ámbito europeo la Unión Europea ha centrado sus esfuerzos de armonización legislativa precisamente dentro del Derecho de la competencia y, en este caso, como se explica más adelante, ni el RECAV 2010 ni el RECAV 2022, aunque resulte incluida dentro del ámbito de aplicación, hacen referencia directa a ella²⁶.

16. En relación con la normativa europea de competencia debe tenerse en cuenta que establece una serie de limitaciones y prohibiciones que afectan al contenido contractual del contrato. De esta manera, dada la importancia de la legislación antimonopolio para los contratos de franquicia es evidente, dada la idoneidad de estas normas para limitar imperativamente la libertad de las partes para determinar el contenido del contrato, se hace pues necesaria una revisión de las fuentes de los contratos internacionales de franquicia debido a la posible interferencia con la legislación comunitaria en materia de competencia²⁷.

3. Rasgos competitivos y potenciales colusiones del contrato de franquicia

17. Obviamente, la creación de una red de franquicias va a crear ciertas distorsiones en el ámbito del Derecho de la competencia, por cuanto supone una actuación conjunta en el mercado de una serie

²² Sobre el carácter internacional de la franquicia, E. GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de distribución en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 272, M.C. MAYORGA TOLEDANO, “Contratos de franquicia en el comercio internacional”, en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Dir.) *Estudios de Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 104 y ss.

²³ D. FERRIER, “Le franchise internationale”, *Journal de Droit International*, 1988, p. 627.

²⁴ D. FERRIER, “Le franchise internationale . . .”, cit., p. 629.

²⁵ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia en Derecho internacional privado europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 36.

²⁶ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., p. 53, quien advierte que la regulación de los contratos internacionales de franquicia en el ámbito europeo se encuentra condicionada “por una fuerte estatalización”. No obstante, tal y como reseña D. GESMANN-NUSSL, *Internationales Franchise-Recht*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2019; p. 5, las legislaciones nacionales de franquicia de Francia, Bélgica, España, Suecia e Italia, se limitan en gran medida a estandarizar las obligaciones de información sobre la divulgación precontractual para evitar o minimizar la brecha informativa entre el franquiciador y el franquiciado.

²⁷ G. IORIO FIORELLI, “Contratti internazionali di distribuzione, problemi di legge applicabile e di giurisdizione”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 637.

de empresarios bajo una dirección y conformando un bloque o unidad frente al resto de operadores del mercado y limitando o eliminando las posibilidades de competencia dentro de la red. Es decir, las medidas o formas de actuación de la red en el mercado, su volumen y las medidas de autoprotección creadas y adoptadas por el franquiciador, que ejerce el poder de dirección, evidencian la potencialidad de las limitaciones al mercado y prácticas antitrust por parte de la red.

18. De esta forma, si entendemos la integración en una red es un medio o estrategia para expandirse e incrementar la competitividad de los servicios que presta, a todas luces se observa que ello implica un proceso de concentración empresarial. Si bien es verdad que existen formas diversas de integración (horizontal, vertical y modalidades mixtas) y que algunas modalidades de franquicia se podrían adscribir dentro de estas categorías, el legislador comunitario ha optado desde siempre de valorar desde la óptica de las restricciones verticales la actividad de las franquicias de distribución y servicios. El propio RECAV 2022 define el acuerdo vertical como aquel realizado entre dos o más empresas que operen en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados productos o servicios (art. 1)²⁸. Por otro lado, las restricciones verticales son valoradas por el legislador comunitario como de prácticas que pueden aportar beneficios evidentes para los consumidores, pues las partes tienen mayores incentivos, y a su vez, son de menor impacto sobre el mercado y la competencia que las horizontales²⁹. En este sentido, las Directrices 2022 entienden que, a diferencia de los acuerdos horizontales, las partes en un acuerdo vertical tienden a tener un incentivo para acordar precios más bajos y niveles de servicio más altos, para oponerse a las acciones de la otra parte que puedan perjudicar a los consumidores, y proporcionan un mayor margen para la eficiencia, como la optimización de los procesos de fabricación y distribución y los servicios.

19. Ello, en el ámbito de la franquicia tiene como interpretación que franquiciador y franquiciado, en principio, no compiten entre sí, sino que el contrato suscrito se centra en la organización de cada una de las unidades de la red de distribución. Se trata de optimizar el modelo empresarial o sistema de distribución al máximo y hacerlo lo más competitivo frente al resto. No obstante, se trata de acuerdos verticales que incluyen determinadas condiciones que entran en colisión con las normas ordenadoras de la competencia en el mercado.

20. En este sentido, se hace preciso advertir la consideración que recibe la franquicia por parte del legislador europeo. En dicho contexto, ni el anterior Reglamento de 2010 relativo a la exención a categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento 330/2010 –RECAV 2010-)³⁰ ni el RECAV 2022 hacen referencia expresa a las redes de franquicia, sino que se centran en la distribución exclusiva y la distribución selectiva. El RECAV 2022 define la distribución selectiva como un sistema de distribución en el que existe una selección de los distribuidores y condiciones contractuales en las que se establece un compromiso de distribución o venta solo a dichos distribuidores, quienes a su vez no pueden distribuirlo a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema. Respecto de la distribución exclusiva, el RECAV 2022 establece condiciones específicas

²⁸ A este respecto, la resolución CNMC 12 julio 2023, S/0013/21, Amazon/Apple Brandgating, determina como punto de partida de su análisis, en relación de autorizaciones de Apple a determinados revendedores para vender productos de su marca a través de Amazon que sólo se aplicará el RECAV si las condiciones del acuerdo están relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales, junto con la circunstancia de que las partes operen en distintos niveles de la cadena. No obstante, Si bien, podemos encontramos ante acuerdos verticales que incluyan cláusulas que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios y que, en consecuencia, requieran una valoración individual y separada del acuerdo vertical en su conjunto. Directrices 2022, apartado 26.

²⁹ J.P. SLUJIS, “Evidence-Based Legislation ...” cit., i pp. 86 y ss., donde pone de manifiesto que las normas de competencia de la UE descansan sobre un enfoque estrecho sobre la evidencia económica en términos del bienestar de los consumidores, criticando por un lado que la Comisión no recopile pruebas económicas sobre aspectos legislativos específicos y por otro lado, que cuando lo hace no las procese de forma objetiva sino estratégica.

³⁰ Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril 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.

que no aparecían en su predecesor. De esta manera, amplía el concepto de exclusividad, en tanto que las restricciones propias de este sistema no resultan desnaturalizadas si esa exclusividad se reserva a cinco distribuidores exclusivos para el mismo territorio. Esta consideración de la exclusividad participada supone una mayor delimitación de la distribución selectiva en el contexto de la exención por categorías que puede tener como efecto para la red que conforme a ello, tenga diferentes posibilidades de alcanzar mayores niveles de eficiencia³¹.

21. Es en el texto de las Directrices relativas a las restricciones verticales de 2010³² (Directrices 2010) y, posteriormente, en las Directrices 2022 donde encontramos el tratamiento de la franquicia justificando la aplicación de estos Reglamentos a la franquicia ya que puede integrar o compartir, según la modalidad o contenido del contrato, aspectos o condiciones propias de la distribución selectiva o la distribución exclusiva, es por ello que el vigente Reglamento RECAV 2022 se centra en estas tipologías o sistemas de distribución y se aplicará a la franquicia por cuanto incluya elementos de los anteriores. A tal efecto, las Directrices 2022 hacen referencia a ello respecto de la valoración de las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de franquicia. De esta manera, para su evaluación se acudirá a los principios aplicables al sistema de distribución que más se ajuste al acuerdo de franquicia concreto³³.

22. Los elementos potencialmente anticompetitivos de los contratos de franquicia se derivan pues, de las medidas de protección de los elementos esenciales del contrato, de la implantación real de la red en el mercado, su poder de mercado, y de cláusulas concretas para alcanzar el nivel máximo de uniformidad de la red. Por otro lado, como veremos, las posibles y diversas restricciones que tienen su origen en la franquicia van a tener impacto diferente dependiendo de los factores reiterados y determinados en el RECAV 22, obteniendo en función de ello de diferente tratamiento legal.

23. Dado que una parte importante de los rasgos potencialmente anticompetitivos de la franquicia los extraemos de los elementos esenciales incluidos en su definición, contruidos en torno al objeto del contrato que es la transmisión de un modelo de empresa para reproducirlo en las condiciones fijadas por su creador (franquiciador). En consecuencia, para replicar ese modelo es preciso, como parte esencial el contrato la cesión de los elementos necesarios para ello. Así, entre los elementos básicos que se ceden encontramos derechos de propiedad industrial (marcas o signos registrados) y conocimientos técnicos sustanciales; todo ello acompañado de la asistencia comercial o técnica por parte del franquiciador al franquiciado durante la vigencia del contrato³⁴. Tal ayuda técnica se suele traducir especialmente en servicios de contratación, formación del personal, asesoría sobre bienes inmuebles y planificación financiera. En consecuencia, de todo ello se deriva el valor económico y estratégico empresarial que tienen los elementos objeto de cesión. El valor económico de la cesión se traduce en la obligación de pago de diversos cánones por parte del franquiciado al franquiciador. No obstante, se trata de una cesión temporal que reportará al franquiciado un aprendizaje específico y fundamental, pero respecto de las cuales debe tener cierto comportamiento que parte de ciertas restricciones contractuales impuestas por el franquiciador³⁵.

³¹ I. ANTÓN JUÁREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, p. 30, quien habla de “exclusividad compartida”.

³² Directrices relativas a las restricciones verticales de 10 de mayo de 2010, 2010/C 130/01.

³³ Directrices 2022, apartado 167.

³⁴ Identificados en el artículo 1 i) del RECAV 2022 como derechos de propiedad intelectual: los derechos de propiedad industrial, los conocimientos técnicos, los derechos de autor y derechos afines.

³⁵ El artículo 1 h) RECAV 2022 reconoce esos conocimientos técnicos como un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor. Es por ello que dichos conocimientos son secretos sustanciales y determinados; «secreta»: es decir que no son de dominio público, con información indispensable a la contraparte para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y aparecen descritos lo suficientemente y necesario para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y substancial. No olvidemos que ya en la etapa precontractual el RD 201/2010, en su artículo 4, reconoce al franquiciador el derecho a imponer en dichos tratos un deber de confidencialidad respecto de toda la información que le facilite.

24. Por otro lado, la cesión por vía contractual de este modelo de empresa³⁶ y de la consiguiente red que se crea, exige, como señalamos, un nivel suficiente de uniformidad y normalización de la calidad. La necesidad de protección de la reputación de la red y de incrementar su competitividad en el mercado se convierte así en un elemento imprescindible que el franquiciador debe modular en el contrato y exigir de los franquiciados cierto grado de uniformidad y de normalización de la calidad. En esta tesitura, la política de imposición de precios uniformes en la red se convierte en uno de los posibles y principales aspectos que plantean problemas en el ámbito de la competencia. Además, la creación e implantación de la red en el mercado puede provocar que se alcance una cuota de mercado lo suficientemente elevada para ser considerada como un posible elemento anti concursal. Por último, otro de los aspectos que son esenciales son los intercambios de información relativos a la aplicación del modelo de negocio uniforme en la red y así, se puede imponer al franquiciado el deber de informar sobre la experiencia con la ejecución de dicho modelo.

III. Restricciones básicas y limitaciones normativas

25. La imposición de ciertas cláusulas restrictivas de la competencia al franquiciado no se traduce automáticamente en la ilegalidad de la conducta. Si bien el art. 101.1 TFUE veda aquellos acuerdos y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior; ello no implica una prohibición absoluta y radical (acuerdos declarados nulos de pleno derecho, art. 101.2 TFUE). El Derecho de la competencia se aplica y construye sobre la base de la protección del mercado y de la búsqueda de la mayor eficiencia de sus operadores y de los efectos sobre los consumidores³⁷; por lo que las limitaciones impuestas a la conducta de aquellos tienen en cuenta una serie de criterios y elementos que modulan la aplicación de la regla principal del precepto citada. De esta manera, el art. 101.3 TFUE introduce condiciones y excepciones a la aplicación de la regla del apartado 1, sobre la justificación básica de que coadyuven al progreso y prosperidad del mercado en determinadas condiciones; en concreto, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, habida cuenta de que la restricción debe ser indispensable para alcanzar tales objetivos; siempre que no impliquen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios afectados³⁸. Dichas condiciones se deben advertir dentro de proceso de autoevaluación³⁹, por el que son los propios agentes económicos implicados los que deben valorar el cumplimiento de los requisitos del art. 101.3 TFUE. Así pues, las autoridades de competencia implicadas solo procederán a una evaluación a posteriori (no autorización previa como en otra época), agilizando el sistema e imprimiendo más fluidez al mercado sin merma de la seguridad. En este sentido, el Derecho de la competencia establece modulaciones a sus reglas básicas a través de distintos mecanismos tanto de forma individual -exenciones individuales⁴⁰- como en bloque -Reglamentos de exenciones por categorías-.

³⁶ El art. 62 LOCM lo identifica como un “sistema propio de comercialización de productos o servicios”.

³⁷ Tal y como se señala en las Directrices 2020, apartado 5, el objetivo del artículo 101 del Tratado es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado en detrimento de los consumidores; es decir, compatibilizar el mayor bienestar posible de los consumidores con una eficaz asignación de recursos. Pero, además matizando lo anterior y como se reafirma, entre otras, en la STJUE 4 junio 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, 8/08, ECLI:EU:C:2009:343, párr. 38, no solo debe servir a los intereses inmediatos de los competidores o consumidores individuales, sino también a proteger la estructura del mercado y, por tanto, la competencia como tal.

³⁸ Ello siempre que no impongan restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

³⁹ La autoevaluación aparece detallada en el Reglamento (CE) 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actualmente, 101 y 102). Este sistema supone implicar más directamente a las empresas en el proceso y responsabilizarlas de su comportamiento en el mercado, en concreto, al cesar el sistema de notificación previa a la Comisión, deben asegurarse de que sus acuerdos no vulneran los límites de legalidad de la libre competencia.

⁴⁰ Las Directrices 2022 recogen en los apartados 293 a 296 las consideraciones específicas e interpretación de los criterios del art. 101.3 TFUE para justificar una exención individual: que genere eficiencias o beneficios económicos objetivos, que permitan las restricciones participar a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, que sea indispen-

26. En otras palabras, los reglamentos de exención por categorías son un acceso directo fiable a la exención del artículo 101.3 TFUE. En comparación con la autoevaluación basada únicamente en el artículo 101, apartado 3, los reglamentos de exención por categorías son mucho más concretos y ofrecen una vía de salvaguardia, ya que se aplican como leyes vinculantes en toda la UE. En este contexto, el RECAV 2022 se conforma como parte del núcleo esencial del Derecho europeo de la competencia. Es de suma importancia práctica, ya que proporciona un puerto seguro para los acuerdos de distribución dentro del ámbito del Derecho de la competencia ya que busca permitir una autoevaluación jurídicamente segura de los acuerdos verticales mediante la exención abstracta de los acuerdos. Esta norma se orienta a aportar cierta simplificación y seguridad jurídica a los acuerdos de suministro y distribución.

27. Dentro de las condiciones que efectivamente evitan la aplicación de la prohibición del art. 101.1 TFUE establecidas en el RECAV 2022 se encuentran aquellas que permiten y justifican la exención en bloque y todo lo relativo al tratamiento y categorización de las cláusulas restrictivas que no tienen cabida dentro de la exención. Por un lado, el primero de elementos hace referencia a las dimensiones o influencia de cada empresa en un mercado específico, es decir la cuota de mercado y a aquellas restricciones que se entienden necesarias para el funcionamiento de la red de distribución y por otro lado, a las condiciones que no son aceptables o compatibles con los principios esenciales del Derecho de la competencia y no existe justificación suficiente para provocar la aplicación de la exención otorgada por el RECAV 2022, es decir, las cláusulas especialmente graves (cláusulas negras) y las restricciones excluidas (cláusulas grises).

1. Condiciones para la aplicación exención

28. La exención recogida en el artículo 2 RECAV 2022, que se contempla en el marco del artículo 101. 3 TFUE que declara la no aplicación del artículo 101.1 TFUE a determinada categoría de acuerdos, se refiere a los acuerdos verticales que reúnan una serie de condiciones. De esta manera, la exención se aplicará en tanto que dichos acuerdos contengan restricciones verticales y se encuentren dentro de los márgenes que señala la norma. Es por ello que debemos hacer referencia a dos aspectos importantes relacionados con la red de franquicias, la cuota de mercado y las cláusulas DPI.

A) Cuota de mercado y mercado de referencia

29. El artículo 3 del RECAV 2022, al igual que el Reglamento anterior, delimita el umbral que determina su aplicabilidad al acuerdo. De esta forma, la cuota de mercado sigue siendo el punto de partida para alcanzar el beneficio de la exención. En consecuencia, se sigue manteniendo el 30% de cuota de mercado de referencia como límite o umbral sobre el sustentar o justificar la exención. Ello no afectará a los acuerdos de menor importancia, en los que el cálculo de la cuota de mercado es prescindible para los acuerdos celebrados por pymes (sin restricciones de objeto) ya que se considera acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros (sin efecto sobre el comercio) o que no restringen la competencia de forma sensible⁴¹.

30. Uno de los elementos que más controversia ha despertado en este ámbito es el papel de la definición de mercado relevante o de referencia. Esta es de una gran trascendencia en el ámbito del derecho de la competencia, dado que es un instrumento habitualmente utilizado para poder establecer las cuotas

sable para lograr esos beneficios y que no ofrezca a los contratantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los bienes o servicios afectados. Es decir, de la valoración de estos requisitos se debe extraer que la confluencia de los mismos genera unos beneficios objetivos superiores al impacto de tales restricciones sobre el mercado.

⁴¹ En este sentido, la Comisión entiende que, a menos que incluyan restricciones de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101.1 TFUE, apartado 1, del Tratado, los acuerdos verticales entre las pymes generalmente quedan excluidos de su ámbito de aplicación (apartado 28 Directrices 2022).

de mercado y sus consecuencias en el concepto de poder de mercado. Es la herramienta que sirve como delimitadora en el análisis tradicional de la competencia y se puede entender como una precondition para elaborar evaluar las conductas anti competitivas⁴². En muchos casos de análisis del nivel real de competencia, el resultado depende sustancialmente de la definición de mercado adoptada. Por otro lado, desde el ámbito la economía de la competencia tradicional, la definición de los mercados de referencia no había tenido un papel preponderante⁴³, por lo que se ha señalado que no ha sido hasta los años 1990 que se han producido aportaciones desde la perspectiva económica con herramientas útiles para el derecho de la competencia, como modelos econométricos para estimar elasticidades de sustitución, el test del monopolista hipotético, también conocido como test SSNIP ('Small but Significant and Non-transitory Increase in Price'), etc.⁴⁴. Estas herramientas han tenido acogida en el "enfoque más económico" que se ha experimentado en el derecho de la competencia en la UE.

31. De esta forma se ha construido el paradigma mercado relevante-cuota de mercado-poder de mercado, que necesita como primer paso la definición del mercado de referencia. De acuerdo con la Comunicación de Mercado de Referencia (CMR), actualizada a 2024⁴⁵, este incluye a todos los productos y servicios considerados sustituibles por el consumidor dadas sus características, precios y uso. Por ello, se requiere conocer bien el comportamiento del consumidor y las elasticidades de sustitución.⁴⁶ De esta forma, los mercados se definen por los bienes o servicios, es decir, el mercado de productos de referencia y el territorio, en otras palabras, el mercado geográfico de referencia⁴⁷, donde el mercado de referencia a los efectos de valoración de la competencia comprende un producto y una dimensión geográfica. En concreto, se considera que el mercado relevante incluye todos aquellos productos que son considerados sustituibles por el consumidor los clientes en razón de las características de los productos, sus precios y su uso previsto, teniendo en cuenta las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado en el área geográfica en la que las empresas intervienen en el suministro de bienes o servicios y en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

32. En este contexto, a los efectos de determinar el impacto en el mercado es preciso calcular las cuotas de implantación en el mismo, por lo que hay que tener en cuenta tanto las cuotas de mercado que posee el proveedor en el mercado donde vende los bienes o servicios a sus compradores y la cuota de mercado que posee el comprador en el mercado donde adquiere los bienes o servicios (artículo 3 RECAV 2022). El mercado de referencia se considera un instrumento clave para el análisis y valoración en el Derecho de la competencia, de hecho, señala que la definición de mercado no es sino un paso intermedio en la evaluación global de la competencia. En dicha evaluación se tienen en cuenta y examinan todas las limitaciones pertinentes impuestas a las empresas implicadas en los mercados de productos y los mercados geográficos de referencia y, además puede incluir una evaluación de los obstáculos a la entrada o la expansión, el impacto de las economías de escala o los efectos de red, el acceso a activos e insumos específicos, así como la diferenciación de productos (apartado 8 CMR)⁴⁸.

⁴² K. STYLIANOU, y B. CARBALLA-SMICHOWSKI, "Market' definition in ecosystems", *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, JNAE046, p. 3.

⁴³ R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA Y A. GIANNACCARI, "Market power, market definitions and entry barriers", en R. VAN DEN BERGH (Ed.) *Comparative Competition Law and Economics*, 2017, Edward Elgar Publishing Cheltenham, UK, p. 126.

⁴⁴ A. OIKONOMOU, "Methods of relevant product market delineation in antitrust cases: a critical survey", *European Competition Journal*, 2023, nº 19 (2), p. 249.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, (C/2024/1645), de 8 de febrero de 2024, DOUE 22 de febrero de 2024.

⁴⁶ R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA Y A. GIANNACCARI, "Market power, market ...", cit., p.127.

⁴⁷ CMR, apartado 12.

⁴⁸ No obstante, dada la heterogeneidad de factores que intervienen en el mercado y la constante evolución del mismo, la dificultad para delimitar el mercado de referencia es muy alta. De este modo, la Comisión partiendo de ese contexto, contempla diferentes opciones de valoración del mercado conforme a los múltiples escenarios que se pueden presentar. De esta manera, la definición del mercado de referencia a los efectos de valorar una conducta dependerá de un conjunto de circunstancias concretas que deberán ser tenidas en cuenta. Así, la Abogada General, en las Conclusiones 5 septiembre 2024, *Alphabet, Google y otros*, 233/23, ECLI:EU:C:2024:694, entiende que dicha definición no tiene que hacerse de forma exhaustiva conforme al CMR, en casos como cuando una empresa dominante deniega el acceso a una plataforma, sino que es suficiente con que la

Por otro lado, el umbral del 30% alcanza a todas las partes que forman el acuerdo concreto, de ahí que en los acuerdos de múltiples partes se debe tener en cuenta que se aplica a cada una de ellas. De esta manera, el artículo 3.2 RECAV 2022, lo concibe para el caso de que una empresa adquiera los bienes o servicios de una empresa parte del acuerdo y los venda a otra empresa igualmente parte del acuerdo.

33. El cálculo de los umbrales del mercado se realiza a partir de datos del valor de las compras y ventas o, en su defecto, de estimaciones fundamentadas basadas en información fiable del mercado disponible, por ejemplo, cifras de volumen (artículo 8 a) RECAV 2022). En referencia a las cuotas de mercado de los proveedores, los distribuidores integrados verticalmente se consideran, en consecuencia, una sola entidad con su proveedor, por lo que la cuota de mercado de un proveedor incluye también los bienes o servicios suministrados a sus distribuidores integrados verticalmente (artículo 8 c) RECAV 2022). De esta manera, respecto del contrato de franquicia, en el cálculo de la cuota de mercado debemos tener en cuenta esta regla y el franquiciador, en tanto e distribuidor de un modelo de empresa que ponen en ejecución en el mercado los franquiciados, debe incluir en su cálculo el valor de los servicios prestados por los franquiciados en ese mercado. Obviamente, este análisis de la competencia es especialmente importante respecto de aquellos casos que se encuentran cercanos de superar el umbral⁴⁹ y ante las dificultades que plantea dicha valoración resulta difícil crear un entorno de seguridad jurídica.

34. Además, sobre la cuota de mercado en el ámbito de la franquicia, se especifica en el apartado 74 D. 2022 que si en el contrato se incluyen cláusulas de DPI⁵⁰ que ayudan al comprador a comercializar los bienes o servicios contractuales, la cuota de mercado del proveedor en el mercado en el que venden los bienes o servicios contractuales es pertinente para la aplicación del RECAV 2022. De esta forma, si lo que suministra el franquiciador es un paquete de servicios y bienes junto con cláusulas de DPI que forman el método comercial que se franquicia, el franquiciador debe tener en cuenta su cuota de mercado como proveedor de un método empresarial para el suministro de bienes o servicios específicos a los usuarios finales. En este contexto, el franquiciador debe calcular su cuota en el mercado en que se explota el método comercial, es decir, el mercado en el que los franquiciados explotan el método comercial para suministrar bienes o servicios a los usuarios finales. Luego, el franquiciador debe partir del valor de los bienes o servicios que sus franquiciados suministran en el mercado para calcular su cuota de mercado. En consecuencia, entre los competidores del franquiciador en el mercado se encuentran tanto los proveedores de otros métodos comerciales franquiciados como los proveedores de bienes o servicios sustituibles que no aplican la franquicia.

B) Cláusulas DPI

35. Por otro lado, otro aspecto del RECAV 2022 especialmente aplicable a la franquicia es la inclusión dentro del ámbito de aplicación a aquellos contratos que incluyan cláusulas DPI. En concreto, el artículo 2.3 RECAV 2022 hace extensiva la exención que otorga a aquellos pactos contractuales que impliquen la cesión y explotación por el comprador (franquiciado) de derechos de propiedad intelectual. Las condiciones que deben reunir las citadas cláusulas son, en primer lugar, que no pueden constituir el objeto principal del contrato y que dichos acuerdos y que deben estar directamente relacionadas con

autoridad de defensa de la competencia demuestre que el comportamiento de que se trata puede producir efectos contrarios a la competencia en relación con productos o servicios que compiten entre sí. La correspondiente STJUE 25 febrero 2025, , *Alphabet, Google y otros*, 233/23, ECLI:EU:C:2025:110, sostiene que en determinadas circunstancias basta con que pueda determinarse un mercado potencial o incluso hipotético.

⁴⁹ B. ROHRSEN, *EU Competition Law for Vertical Agreements. Digital, Dual, Exclusive and Selective Distribution plus Franchising*, Springer 2023, Cham (Suiza), pp. 82 y ss.

⁵⁰ DPI incluyen, según el artículo 1.1 i) RECAV 2022, derechos de propiedad intelectual, es decir, los derechos de propiedad industrial, los conocimientos técnicos, los derechos de autor y derechos afines.

el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes⁵¹. Ello nos sitúa dentro del contexto de prestaciones accesorias, por cuanto no constituyen el objeto principal del contrato⁵², están directamente relacionadas con la distribución de los bienes o servicios, son necesarias para la ejecución del contrato y para proteger los DPI que se ceden⁵³. Queda claro que el objeto principal del contrato es la cesión del modelo de empresa, para lo cual se hace necesario aportar ciertos conocimientos englobados bajo los DPI. Son necesarios porque son sustanciales e indispensables para la ejecución del acuerdo y ayudan al franquiciado en el uso y la reventa de los productos y servicios adquiridos o resultantes y porque garantizan la uniformidad y la normalización de la calidad de la red. Directrices 2022 (apartados 16 y 86).

36. De esta forma, la exención de estas restricciones contractuales tiene como fundamento la protección de las licencias y la transferencia de los conocimientos de carácter secreto y exclusivo y las Directrices 2022 entienden que las obligaciones necesarias para proteger los DPI del franquiciador, en la medida que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE también están cubiertas por el RECAV 2022⁵⁴. En concreto, hace referencia a imposición al franquiciado de obligaciones como la de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar; no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público⁵⁵; comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder al franquiciador y a otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; de informar al franquiciador de las infracciones de los DPI cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia y, por último, no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador⁵⁶ (debemos recordar que el contrato de franquicia es un contrato de carácter *intuitu personae*, por lo que es el franquiciador o, en su caso, el desarrollador de área o el master franquiciado, son los que, en última instancia, tienen y pueden ejercer dicha prerrogativa).

37. Por otro lado, en segundo lugar, la exención recogida en el artículo 2.3 RECAV 2022 se aplicará siempre y cuando, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales no exentas con arreglo al presente Reglamento. Tal y como reiteran las Directrices 2022 apartado 72) e) las cláusulas de DPI, anudadas a los bienes o servicios contractuales, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al RECAV 2022. Es decir, las citadas cláusulas no pueden contener restricciones a la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales no exentas en virtud del RECAV 2022; es decir, el acuerdo no debe tener por objeto ninguna de las restricciones especialmente graves

⁵¹ Directrices 2022, apartado 72.

⁵² Las Directrices 2022 (apartado 86) advierten que todo acuerdo de franquicia implique, exclusiva o principalmente, la licencia de DPI, no queda cubierto por Reglamento (UE) 2022/720. Como afirma el apartado 168 los acuerdos de franquicia que no cubiertos por Reglamento (UE) 2022/720 requieren una evaluación individual en virtud del artículo 101 TFUE.

⁵³ J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de ...”, cit., pp. 57.6 y ss.

⁵⁴ No obstante, el apartado 166 Directrices 2022 especifica que la franquicia cuenta con una serie de características específicas (uso de un nombre comercial uniforme, métodos comerciales uniformes -con concesión de licencias de DPI- y el pago de cánones a cambio) en tanto que estrictamente necesarias para el funcionamiento de los sistemas de distribución quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Así deja expresamente fuera a las restricciones que impiden al franquiciado utilizar los conocimientos técnicos y la asistencia proporcionados por el franquiciador para beneficiar a los competidores de este último y las cláusulas de no competencia en relación con los bienes o servicios adquiridos por el franquiciado que son necesarias para mantener la identidad común y la reputación de la cadena de franquicia, siempre que esta última limitación no exceda de la duración del propio contrato.

⁵⁵ Advirtiéndose que el artículo 5 RECAV 2022 en su parte final permite y admite la posibilidad de establecer prohibiciones ilimitadas en el tiempo sobre el uso y divulgación de conocimientos técnicos que no se hayan hecho públicos.

⁵⁶ Apartado 87 Directrices 2022.

de los artículos 4 ni ninguna de las restricciones excluidas del artículo 5 del RECAV 2022. En este sentido, se advierte que debería haberse operado una coordinación más precisa entre los artículos 2.3 y 5 RECAV 2022, por cuanto resulta sorprendente que el artículo 5 solo excluye la exención del artículo 2 para la obligación o cláusula concreta, mientras que el resto del acuerdo queda exento si está cubierto por el RECAV 2022. Sin embargo, una interpretación literal del artículo 2.3 excluiría todo el acuerdo de tal salvaguarda⁵⁷.

C) La distribución dual y el intercambio de información

38. La distribución dual se presenta cuando un proveedor vende bienes o servicios no solo a nivel ascendente, sino también en sentido descendente, compitiendo así con sus distribuidores independientes. En el caso de la franquicia, se produce cuando el franquiciador compite en el mismo mercado con los franquiciados. Esta figura se da en el excepcional ámbito para el RECAV 2022 de acuerdos entre competidores⁵⁸. El propio RECAV 2022 señala que los acuerdos verticales celebrados en dichas situaciones de distribución dual deben quedar exentos, salvo que vayan acompañados de restricciones especialmente graves, y en tanto que el comprador no compita con el proveedor en el nivel ascendente. La justificación para el legislador se encuentra en el impacto positivo sobre la competencia de este acuerdo vertical sobre la competencia en general supera con creces al impacto negativo potencial del acuerdo vertical en la relación competitiva entre el proveedor y el comprador a nivel descendente⁵⁹. De esta manera, la exención se recoge en el artículo 2.4 RECAV 2022 de forma más puntualizada que en el artículo 2.4 RECAV 2010, distinguiendo entre la distribución de bienes y servicios. El citado precepto, en concreto para la distribución de bienes, el proveedor debe operar en el nivel superior, ya sea como fabricante, importador o mayorista. Al mismo tiempo, el comprador puede ser importador, mayorista o minorista en el nivel inferior. Este es un cambio pequeño pero bienvenido en comparación con RECAV 2010, que solo incluía „fabricante“ como permitido aguas arriba y „distribuidor“ como permitido aguas abajo.

39. En este contexto, los intercambios de información adquieren especial relevancia respecto del Derecho de la competencia, aunque hasta el RECAV 2022, ni el RECAV 2010 ni las Directrices que lo acompañaban no mencionaban dichos intercambios en el seno de la distribución dual. Desde el Derecho de la competencia, aunque con ese intercambio se puedan producir efectos favorables a la competencia de los acuerdos verticales, en el caso de la distribución dual el intercambio de determinados tipos de información puede plantear problemas horizontales⁶⁰. De esta manera, se han de considerar especialmente las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)⁶¹. En estas Directrices se pone el acento respecto de la cooperación empresarial que la autonomía en la toma de decisiones no es incompatible con la adaptación de forma inteligente al comportamiento actual o previsto de los competidores o a las condiciones del mercado⁶². De esta manera, partiendo de lo anterior, el intercambio de información evidencia resultados positivos que contribuyen a mejorar la eficiencia por los efectos sobre la toma de decisiones que ayudan a las empresas, entre otros aspectos, a reducir costes y mejorar u ofrecer productos y servicios nuevos. Por otro lado, en las Directrices horizontales se es consciente de la potencialidad de esta práctica de compartir información (directamente o a través de terceros) y los efectos sobre crear y consolidar prácticas contrarias a la competencia. En este sentido, se

⁵⁷ B. ROHRSEN, *EU Competition Law for Vertical ...*, cit., p. 68.

⁵⁸ La Resolución CNMC, de 12 de julio de 2023, S/001321, Amazon/Apple Brandgating, remarca que en este caso no serían beneficiarias de la exención por tratarse de competidoras a nivel de producción y distribución, a diferencia de lo que establece el artículo 2.4 a) RECAV 2010 y RECAV 2022, que se trate de un acuerdo vertical no recíproco y que el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de la fabricación. Ver igualmente STS 8 abril 2024, RJ JUR\2024\141939.

⁵⁹ Considerando 12 RECAV 2022.

⁶⁰ Considerando 13 RECAV 2022.

⁶¹ Publicadas en el DOUE el 21 de julio de 2023, en adelante Directrices horizontales.

⁶² Directrices horizontales, párrafo 374.

contemplan las condiciones para que los participantes en un sistema de intercambio de información no incurran en infracciones de la competencia⁶³.

40. Bajo estas circunstancias, el intercambio de información en el contexto de un acuerdo vertical, en el que se intercambia información entre un proveedor y un comprador, puede beneficiarse de la exención por categorías prevista en el RECAV 2022 si, conforme al artículo 2.5, la información intercambiada está directamente relacionada con la aplicación del acuerdo vertical entre dichas partes y/o es necesaria para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios considerados en el contrato. En el caso de que ninguna de estas condiciones se cumpla, el intercambio de información deberá evaluarse individualmente con arreglo al artículo 101 del Tratado y con la ayuda de las Directrices horizontales⁶⁴. En definitiva, tanto el RECAV 2022 como las Directrices horizontales vigentes lo que hacen es recoger de forma sistemática y coordinada el intercambio de información en los acuerdos verticales, dando mayor armonía y coherencia al conjunto de la regulación sobre las exenciones en el ámbito comunitario⁶⁵.

41. Además como otra novedad, se advierte que en la Directrices 2022⁶⁶ se incluye una explicación del artículo 2.5, añadiendo una lista explícita de ejemplos clarificadores de lo que se debe entender por intercambios permitidos y prohibidos. No obstante, hay que matizar que no se distingue entre información per se permitida o prohibida y la lista de ejemplos no es exhaustiva; de tal manera que las Directrices 2022 requieren una evaluación individual por parte del proveedor y del comprador caso por caso, de tal forma que no se crea un puerto seguro para ciertos intercambios de información⁶⁷. En este contexto, como advierten las Directrices 2022⁶⁸, los requisitos que marca el artículo 2.5 RECAV 2022 para alcanzar la exención dependerán en buena medida del tipo o modelo concreto de distribución de que se trata, que para el modelo de franquicia confirma que el intercambio de información puede ser necesario en el caso de que se intercambie información relativa a la aplicación de un modelo de negocio uniforme en toda la red de franquicia. Es decir, es lícito que el sistema –red- creado a través de contratos de franquicia intercambie información precisa para mantener la uniformidad y buen funcionamiento.

2. Restricciones verticales prohibidas

42. Los artículos 4 y 5 del RECAV 2022 determinan el límite dentro del que los acuerdos pueden gozar de la exención otorgada por dicha norma. En concreto, se describen las cláusulas “negras” o restricciones especialmente graves y “grises” o restricciones especiales, que incluidas en contratos de distribución descritos en el Reglamento suponen la pérdida de dicho reconocimiento en todo o en parte. En el caso de artículo 4, los efectos de la inclusión de la citada cláusula son más radicales, por cuanto implica la no aplicación de la exención a todo el acuerdo; mientras que, si nos trasladamos al ámbito del artículo 5, las consecuencias restrictivas se limitan a la cláusula afectada y dicho efecto no se contagia al resto del acuerdo. No obstante, en el caso de la aplicación del artículo 4, aun cabría la posibilidad de acudir al artículo 101.3 TFUE para obtener una hipotética exención⁶⁹.

⁶³ Directrices horizontales, apartado 6.2.4.4 y, en especial, el subapartado 408. A este respecto, A. PICÓN y C. VILA, “Las nuevas normas sobre acuerdos entre competidores: reglamentos de exención, directrices y sostenibilidad”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2023, nº 32, pp. 7 y ss.

⁶⁴ Directrices horizontales, párrafo 370.

⁶⁵ B. MORAL DEL VALLE, “El contrato de franquicia desde la óptica del Derecho de la competencia. Especial incidencia del Reglamento (UE) 2022/720”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 43, 2023, p. 347.

⁶⁶ Directrices 2022, apartados 96 a 103.

⁶⁷ T. MÄGER y P.O. NEIDECK, “Vertical Block Exemption Regulation: Dual distribution”, *Concurrences*, 2022, nº 4, p. 14.

⁶⁸ Directrices 2022, apartado 98.

⁶⁹ Los apartados 183 y 184 Directrices 2022 aportan ejemplos de posibles supuestos aptos para obtener la exención que confiere la aplicación del artículo 101.3 TFUE.

A) Restricciones especialmente graves

a) Aspectos generales

43. Las cláusulas descritas en el artículo 4 se consideran restricciones de la competencia que se entienden muy perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, en tanto que este tipo de acuerdos contribuyen a compartimentar los mercados y provocar restricciones de la competencia dentro de la UE⁷⁰. En concreto, se contemplan los acuerdos relativos a la imposición del precio de reventa (artículo 4 a), restricciones territoriales o de clientes (artículo 4 b), c) y d), restricciones a la venta y publicidad por internet (artículo 4 e) y las relativas a la venta de piezas de recambio (artículo 4 f). No obstante, pese a la gravedad de las cláusulas descritas y el impacto sobre el mercado, el artículo 4 contempla excepciones a dicha prohibición, en tanto que el saldo resultante entre el perjuicio provocado y los beneficios que generan sale favorable a estos últimos.

44. En este sentido, cabe destacar como novedad respecto de las restricciones de territorio o clientela donde, en nuestro caso, el franquiciado puede vender los bienes o servicios pactados en contrato. En este caso, las excepciones referentes a las ventas activas se detallan de forma más concreta, por cuanto introduce dentro del artículo 1 referente a las definiciones los conceptos de venta activa⁷¹ y pasiva⁷². La distinción entre ambas figuras parte de la persona que toma la iniciativa en la operación, y por ello ventas activas son aquellas resultantes de dirigirse activamente a clientes y, por eliminación, las ventas pasivas son ventas a clientes a los que el vendedor no se ha dirigido de forma activa⁷³. Respecto de las ventas activas, la norma actualiza los medios publicitarios utilizados en las ventas activas para la promoción de los productos o servicios, introduciendo dentro de los mismos los relativos al mundo digital⁷⁴.

45. A este respecto, recordemos que las Directrices 2022 ya señalan que, si un acuerdo de franquicia da lugar a una red cerrada, con prohibición a los franquiciados de vender a no franquiciados, se le aplican las normas sobre distribución selectiva y, si no se crea dicha red, pero se pacta exclusividad territorial y protección frente a las ventas activas de otros franquiciados, estamos ante distribución exclusiva⁷⁵. De esta manera, la diferencia se encuentra que, en la distribución exclusiva, el distribuidor queda protegido contra la venta activa procedente de fuera de su territorio exclusivo, y en la distribución selectiva el distribuidor se encuentra protegido contra las ventas activas y pasivas de distribuidores no autorizados⁷⁶.

46. En ese contexto, la reforma del artículo 4. b. i. del RECAV 2010 que se ha operado en el RECAV 2022 cambia sensiblemente las condiciones. De esta forma, la anterior norma señalaba que se con-

⁷⁰ M.V. PETIT LAVALL, “Distribución y ventas on line”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 25, 2019, p. 4.

⁷¹ Artículo 1.1 k) RECAV 2022: “«ventas activas»: dirigirse activamente a clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa o a través de publicidad y promoción personalizadas, fuera de línea o en línea, por ejemplo mediante medios de comunicación impresos o digitales, incluidos los medios en línea, servicios de comparación de precios o publicidad en motores de búsqueda dirigidos a clientes de determinados territorios o grupos de clientes, operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos, u ofrecer en un sitio web lenguas de uso común en determinados territorios, cuando dichas lenguas sean diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que esté establecido el comprador”.

⁷² Artículo 1.1 l) RECAV 2022: “«ventas pasivas»: ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos, e incluyendo las ventas resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación”.

⁷³ Directrices 2022, apartados 211 a 215. Especialmente el párrafo 214 supone un cambio en la consideración de la publicidad frente al régimen anterior, por cuanto ahora considera la publicidad general como ventas pasivas solo cuando no es posible evitar que dicha publicidad sea vista por clientes de otros territorios.

⁷⁴ E. GALAN CORONA, “El Reglamento de exención de la prohibición de las restricciones verticales de la competencia” en M.J. CASTELLANO/ A.B. CAMPUZANO (coords.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, 2024, pp. 541 y ss.

⁷⁵ Directrices 2022, apartado 166.

⁷⁶ Directrices 2022, apartado 145.

cedía la exención si la limitación de ventas activas en el territorio o a los clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, no restringiera las ventas de los clientes del comprador⁷⁷; mientras que ahora se declara exenta la restricción de las ventas activas del distribuidor exclusivo y sus clientes directos en un territorio o a un grupo de clientes reservado al proveedor o asignado por el proveedor, limitado a un máximo de otros cinco distribuidores exclusivos⁷⁸.

b) Condiciones en los precios

47. Como ya sabemos, dentro del comportamiento de los precios en el mercado, la libre formación de precios se conforma como un indicador de especial relevancia para la valoración de la existencia de competencia y correcto funcionamiento del mercado y cuyos efectos afectan en mayor medida al consumidor. Bajo esta premisa, partimos de la prohibición del propio artículo 101.1 TFUE de aquellos acuerdos que fijen directa o indirectamente los precios de compra o de venta. No obstante, por vía del artículo 101.3 TFUE se incluye la posibilidad de evitar tal prohibición a condición de que el acuerdo contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, a la par que reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Es decir, que el tajante veto a los acuerdos de imposición de precios puede quedar exceptuada introduciendo una valoración de los beneficios que produce.

48. En el caso de los acuerdos verticales, las restricciones de precios se consideran una de las infracciones más graves que pueden afectar a los acuerdos de distribución. Sin embargo, la prohibición se focaliza en los acuerdos que tengan por objeto precios de venta mínimos (artículo 4, a) RECAV 2022), no alcanzando a aquellos relativos a los precios máximos y las recomendaciones de los precios de reventa. En concreto, en nuestro caso, no se aplica la exención a los acuerdos que tengan por objeto la restricción de la facultad del franquiciado de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el franquiciador pueda imponer precios de venta máximos⁷⁹ o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a establecer un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. De esta manera, la búsqueda de la uniformidad para la red, fácilmente identificable por su imagen, calidad y modo de gestión, no puede suponer la eliminación total de la capacidad de los franquiciados de fijar los precios de reventa. Resulta obvio que la uniformidad de precios devendría de la posibilidad de imponerlos, pero tal opción en las condiciones previstas por el artículo 4, a) no resulta viable en tanto que produce efectos nocivos contra la libertad empresarial y la libre circulación de mercancías.

49. No obstante, pese a que a lo establecido por el artículo 4, a), las Directrices 2022, determinan que las conductas de fijación de precios están sometidas al análisis de la valoración de los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las mismas. De esta forma, así se permitirán aquellas conductas prohibidas inicialmente por el citado artículo, en tanto que reúnen unas condiciones concretas y que producen efectos procompetitivos superiores y se prohibirán aquellas inicialmente quedaban exentas pero que tienen consecuencias anticompetitivas más elevadas. Es decir, para las Directrices 2022, aun partiendo que la restricción relativa a la imposición de precios se acomoda dentro del tipo de restricción

⁷⁷ A este respecto, la SJUE 8 mayo 2025, *Beevers Kaas*, 581/2023, ECLI:EU:C:2025:323, señala que el artículo 4 b) i), del RECAV 2010 debe interpretarse en el sentido de que, “cuando un proveedor ha asignado un territorio exclusivo a uno de sus compradores, la mera constatación de que los otros compradores de este proveedor no realizan ventas activas en ese territorio no basta para probar la existencia de un acuerdo entre el referido proveedor y esos otros compradores en relación con la prohibición de ventas activas en ese territorio”.

⁷⁸ En el mismo sentido para la restricción de las ventas activas por parte de los miembros del sistema de distribución selectiva y de sus clientes directos (artículo 4 c) i) 1).

⁷⁹ A este respecto, la resolución de la CNMC 6 noviembre 2024, S/0024/20, *The Good Burger*, reitera, que estarían amparadas por la exención conforme al RECAV 2022 una franquicia con un modelo de precios máximos, en situaciones en las que alguna de las partes del acuerdo supera el umbral del 30% de cuota de mercado.

por el objeto, sostienen que la prohibición del artículo 101.1 TFUE no es una consecuencia automática, a falta de realizar las oportunas valoraciones de los efectos de la citada conducta⁸⁰.

50. Si bien resulta evidente que en la nueva normativa no se perciben cambios significativos de tratamiento respecto de la imposición de precios de reventa (IPR), es cierto que se pueden realizar ciertas apreciaciones que afectan a la interpretación de esta regulación. Partimos, por un lado, de la STJUE 29 de junio 2023, *Super Bock Bebidas*, 211/2022, ECLI:EU:C:2023:529, que viene a confirmar de forma clara la tendencia de TJUE ya apuntadas en sentencias previas respecto de la consideración de las IPR prohibidas por el artículo 4, a) RECAV 2010, ahora recogido en el mismo artículo RECAV 2022. Así, si bien el TJUE mantuvo en un principio que la IPR es una restricción de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101. 1 TFUE⁸¹, su posición se ha tornado a considerar que se ha de hacer una interpretación más restrictiva del concepto de infracción por el objeto y huir de considerar que hay una equivalencia entre las restricciones especialmente graves y las restricciones por el objeto y, por tanto, alejarse de la calificación automática de una restricción especialmente grave como una restricción por el objeto. De esta manera, la citada sentencia entiende que no son términos intercambiables⁸².

51. En segundo lugar, otro aspecto importante que recoge la sentencia *Super Bock* es el hace referencia al concepto de acuerdos, planteándose la cuestión de si el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la existencia de un «acuerdo», con arreglo a dicho artículo, entre un proveedor y sus distribuidores puede acreditarse únicamente mediante pruebas directas. En las Directrices 2022 se considera que la IPR se puede realizar a través de dos formas, de manera directa y la indirecta. En el caso del contrato de franquicia, pese a que se afirme que las cláusulas de fijación de precios no son unas cláusulas esenciales de ningún acuerdo vertical, dado que, desde una perspectiva meramente contractualista, este pacto de es un elemento accidental, ni esencial ni natural⁸³, se encuentran presentes en una parte sensible de los contratos⁸⁴. No obstante, en relación con la imposición indirecta, la sentencia *Super Bock* entiende que un «acuerdo», conforme al artículo 101.1 TFUE en relación a precios mínimos de reventa se puede acreditar tanto con pruebas directas, como recurriendo a la existencia de coincidencias e indicios objetivos y concordantes, de los que pueda inferirse la existencia de tal acuerdo. De esta forma, circunstancias como que, en la práctica, los precios mínimos de reventa sean seguidos por los distribuidores o de que su indicación sea solicitada por estos últimos y no aplican otros por iniciativa propia, serían una indicación de que existe consentimiento de los distribuidores a la determinación de precios mínimos de reventa por el suministrador.

⁸⁰ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de los precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo: antecedentes, evolución y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, nº 2, 2024, p. 1496.

⁸¹ STJUE 3 julio 1985, *Binon/AMP*, 243/83, ECLI:EU:C:1985:284.

⁸² SSTJUE 11 septiembre 2014, *Groupement des cartes bancaires*, 67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 y 20 de abril de 2020, *Budapest Bank Nyr y otros*, 228/18, ECLI:EU:C:2020:265, que expresamente citando a la anterior declara que “ para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto», a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes”, afirmando que el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. También se ha incluido la STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, 230/16, ECLI:EU:C:2017:941, por cuanto el tratamiento por separado del TJUE de que el acuerdo concreto suponía o no una restricción por el objeto y de que si la restricción aplicada estuviera contenida dentro del artículo 4 (RECAV 2010), era un reconocimiento de que no se debe interpretar que hay una equivalencia entre ambos conceptos. En tal sentido, L. González Pachón, “La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso «Super Bock»”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 33, 2023, p. 7.

⁸³ J. MARTÍ MIRAVALLS, “En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa”, *La Ley Mercantil*, nº 62, 2019, p. 6.

⁸⁴ STS 11 noviembre 2024, (*RJ JUR*/2024/432173), donde referencia casos que tienen en común la misma circunstancia, contratos en los que el franquiciador fijaba unilateralmente los precios de los productos, sin garantizar el margen comercial del franquiciado; conociendo el franquiciador la ilicitud de dicha conducta.

52. La fijación de precios máximos no parece plantear dificultades en tanto que supone un beneficio evidente para los consumidores, aun se puede alcanzar un precio competitivo y la lógica de la actividad empresarial indica que ese precio máximo será acorde con los beneficios y la sostenibilidad económica del negocio⁸⁵. Respecto de la recomendación de los precios de reventa, con respecto a las Directrices 2022 y el RECAV 2022 habría que entender que en aquellas situaciones en las que no estén presentes otras cláusulas que puedan contener elementos coercitivos⁸⁶, se preserva la libertad del distribuidor de fijar sus propios precios de reventa⁸⁷. En todo caso, las Directrices 2022⁸⁸, dado que no descartan que tanto con los precios de reventa recomendados como con los precios máximos se puedan producir efectos anticompetitivos, y que ello se encuentra especialmente relacionado con factores como la posición de mercado del proveedor; es decir, que el riesgo de imposición efectiva del precio se eleva en situaciones en que el proveedor tenga una posición fuerte de mercado. En este contexto, si dicha imposición de precios produce esos efectos nocivos sobre la competencia, resultará necesario proceder a evaluar si cumplen las condiciones de la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE. No obstante, con la sentencia Super Bock las recomendaciones, dado el concepto amplio de acuerdos que formula y aplica, sería difícil mantenerlas pacíficamente dentro de la exención del artículo 4, a) RECAV 2022, si consideramos que esa indicación es seguida por todos los distribuidores de forma unánime⁸⁹. En todo caso, se establece una limitación entre las meras sugerencias de carácter orientativo para los franquiciadores y las recomendaciones consideradas como auténticas IPR.

53. Dado que las IPR se pueden alcanzar a través de medios indirectos, las Directrices 2022 contemplan la posibilidad de que se intente establecer “medidas” para mantener un precio mínimo u obstáculos para desviarse de un precio mínimo, por lo que hace una descripción de algunas situaciones en que ello se produce. De entre estos ejemplos se debe destacar la novedad relativa a imponer precios mínimos anunciados (PMA), que prohíben al distribuidor anunciar precios por debajo de un nivel fijado por el proveedor⁹⁰. Es decir, que el veto que se impone a los distribuidores por parte del proveedor se sitúa en la mera antesala de las posibles ventas, es meramente realizar el anuncio en sí mismo y no vender a precios inferiores, circunstancia que no estaría prohibida. Ello se debe a la consideración de que la imposición de PMA, supondría directamente un desincentivo para los distribuidores a vender a precios inferiores de los marcados por el proveedor. Sin embargo, esta posición implica considerar de partida que toda PMA resulta una IPR y, en consecuencia, una restricción especialmente grave del art. 4, a) RECAV 2022. Sobre

⁸⁵ L.A. VELASCO SAN PEDRO, La imposición de ..., cit., p. 1484. I. ANTÓN JUÁREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, p. 41.

⁸⁶ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de ...”, cit., p. 1484. Las Directrices 2022, apartado 188, entienden que, si el proveedor combina este precio máximo o recomendación de precio de reventa con incentivos para aplicar un determinado nivel de precios o desincentivos para bajar el precio de venta, esto puede equivaler a una IPR.

⁸⁷ Se afirma que los medios indirectos de IPR resultan más eficaces si van acompañados bien de medidas de implantación del control de precios con el fin de identificar a los distribuidores que no aplican la limitación de precios mínimos, bien de medidas que obliguen a los minoristas a informar sobre los miembros de la red que se desvían de los precios fijados. A. Valdés Burgui, “La imposición de precios de reventa (IPR). Su tratamiento en las principales jurisdicciones de los Estados miembro de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho de la competencia* 2023, p. 204, este autor enfatiza el hecho de que los controles de seguimiento de los precios no constituyen por sí mismos IPR. A este respecto, cabe mencionar la resolución de la CNMV 30 noviembre 2022, S/0049/19, ISDIN, que a través de su aplicación informática ISDIN Connect, las farmacias (distribuidores) compartían con ISDIN sus datos de venta, tanto del volumen como del valor, lo que permitía a ISDIN monitorizar a sus distribuidores y controlar si respetaban los precios establecidos. En este sentido, para reconducir esta conducta se adoptan ciertas medidas, presentes en las Directrices 2022 como las murallas chinas o cortafuegos en calidad de mecanismos para prevenir intercambios de información no deseado.

⁸⁸ Directrices 2022, apartados 200 y 201.

⁸⁹ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de ...”, cit., p. 1497.

⁹⁰ Directrices 2022, apartado 187. La lista no exhaustiva de supuestos reitera además los ya aparecidos en las Directrices 2010: fijar el margen de reventa; fijar el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un nivel de precios prescrito; supeditar la concesión de descuentos o el reembolso de los costes de promoción por parte del proveedor al cumplimiento de un determinado nivel de precios; vincular el precio de reventa prescrito a los precios de reventa de los competidores y las amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones, retraso o suspensión de suministros o rescisión de los contratos en relación con el seguimiento de un determinado nivel de precios.

todo, teniendo en cuenta que en los trabajos preliminares de las Directrices 2022 se contemplaba la citada calificación para aquellos casos en que además de establecer el PMA, el proveedor además se exigiera no aplicar descuentos, sancionase al distribuidor que aplicara precios más bajos o cuando se le prohibiera informar a los clientes finales de que el precio final pudiera variar del publicitado⁹¹.

54. Por último, como ya advertimos, desde el propio TFUE se entiende que, aunque la IPR sea una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 101.1, a), no es considerada directamente una infracción, en tanto que mejore la eficiencia conforme al artículo 101.3, quedando en ese supuesto exenta. En este sentido, la consideración por el artículo 4, a) RECAV 2022 de una restricción especialmente grave queda sometida a valoraciones de eficiencia marcada por las Directrices 2022, en tanto que establece una serie de ejemplos de eficiencias que pueden justificar y demostrar que se cumplan todas las condiciones del artículo 101.3 TFUE. De entre los ejemplos, se reitera que en la franquicia por cuanto, sistema de distribución uniforme, en aras a organizar campañas coordinadas de precios bajos a corto plazo, la IPR puede ser necesaria y no constituiría una restricción especialmente grave en tanto que tendría carácter temporal, apreciándose de este modo un balance favorable a la competencia. En este caso, no obstante, el balance no resulta especialmente favorable al consumidor pues los precios de venta al por menor fijos, aunque sea temporalmente le afectan y la uniformidad de la red no puede justificar la coordinación obligatoria de precios⁹².

b) Venta y publicidad on line

55. En la medida que estos acuerdos o restricciones pueden afectar a la red de franquicias, hay que mencionar los cambios operados por el RECAV 2022 en el ámbito de la venta y publicidad *on line*. Cabe poner de manifiesto que el nuevo reglamento actualiza lo regulado por el RECAV 2012 en materia de restricciones a la venta y publicidad por internet. La evidente revolución del negocio de la distribución con la entrada del escenario de internet ha supuesto un cambio paradigmático en las relaciones entre productor y distribuidor, en tanto que implica nuevas formas y modelos de canalizar los productos. Como se afirma, en el campo de la distribución minorista, el canal *on line* se ha convertido en el principal canal de distribución⁹³.

56. En esta tesitura, la citada sentencia STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, 230/16, ECLI:EU:C:2017:941, ya declaró la ilicitud de acuerdos que prohibieran la venta *on line* en general, avalando aquellos acuerdos de prohibición referente exclusivamente a un canal concreto. De esta manera, el artículo 4, e) RECAV 2022 declara ilícitos los acuerdos que supongan impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, sin perjuicio de la posibilidad de imponer al comprador: otras restricciones de la venta en línea, o restricciones de la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad. A tal efecto las Directrices 2022 ponen de manifiesto que los acuerdos que entran dentro de la prohibición del artículo 4, e) son del tipo de acuerdos verticales que incluyen restricciones de ventas en línea o de la publicidad en línea que implican prohibir de facto al comprador utilizar internet para vender los bienes o servicios contractuales tiene, como mínimo, el objetivo de restringir las ventas pasivas a los usuarios finales que desean comprar en línea y que están situados fuera de la zona comercial física del comprador⁹⁴.

⁹¹ C. VÉRGEZ MUÑOZ y E. CRESPO CIMAS, “Novedades en materia de prácticas verticales de precios introducidas por el Reglamento de Acuerdos Verticales y Directrices de 2022”, *Anuario de Derecho de la competencia* 2023, p. 386. Quienes califican la medida de especialmente dura en ausencia de alguna de las condiciones citadas.

⁹² Directrices 2022, apartado 197 b).

⁹³ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución ...”, cit., p. 45.

⁹⁴ Directrices 2022, apartado 203. En los apartados 206 y 208 se establecen los criterios o ejemplos sobre el tipo de cláusulas en este sentido que pueden gozar o no de la exención del RECAV 2022. A este respecto se ha destacado la claridad de los mismos. En este sentido, F. DÍEZ ESTELLA, “Los contratos de distribución se visten de Prada: derecho de la competencia,

B) Restricciones especiales

57. Por otro lado, las cláusulas comprendidas dentro del artículo 5 son especialmente en prohibiciones de competencia. Estas cláusulas se delimitan o definen por el elemento temporal, la duración de las mismas no puede superar los cinco años. Además, un factor importante es que se considera, como detalla el propio artículo 1.1 f) RECAV 2022, cláusula de no competencia tanto la obligación que prohíba al comprador fabricar, adquirir, como aquella que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente; es decir, aquella cláusula que prohíbe al comprador adquirir (fabricar, vender o revender) bienes o servicios de la competencia o que tales compras que superen el 20 % del total de sus compras durante el año natural precedente, sobre sus necesidades totales anuales⁹⁵.

58. El pacto de aprovisionamiento se encuentra especialmente presente en el contrato de franquicia⁹⁶, por cuanto es objeto de pacto específico en estos contratos al reservarlo a favor del franquiciador o de los proveedores designados por éste. Teniendo en cuenta que el mantenimiento de la identidad y reputación de la red se concibe la aplicación de la exención a estas cláusulas siempre que no exceda de una duración de cinco años. Se debe considerar que en la red de franquicia se organiza en torno a una central de compras⁹⁷, donde los franquiciados hipotéticamente obtendrán mejores precios de los productos que necesitan para el negocio frente a una negociación de compra de un franquiciado individual⁹⁸. Nos cuestionamos en este sentido, si el efecto de la nulidad que acompaña a las cláusulas aprovisionamiento que superan los cinco años o son renovables tácitamente determinada, el artículo 5.1, a) RECAV 2022 pudiera interpretarse en el sentido de que afectara al exceso del 80% del artículo 1.1, f) RECAV 2022.

59. Otro factor a tener en cuenta respecto de la duración de estas cláusulas, es que el artículo 5.2 no penaliza situaciones en que el contexto en que se produce tal prohibición se refiera a locales jurídicamente relacionados con el proveedor (ya sean de su propiedad o bien arrendados por éste a terceros sin vinculación con el comprador), con la condición de que la vigencia temporal de tal restricción se circunscriba al período de ocupación de los locales por parte del comprador. La justificación de esta medida resulta obvia en tanto que carece de sentido que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso⁹⁹ e incluya otras condiciones restrictivas de menor impacto para él. En todo caso, en la estrategia de la red de franquicias, el franqui-

restricciones verticales y luxury brands” en I. ANTÓN JUÁREZ (dir.) *Cuestiones actuales del Derecho de la Moda*, 2023, p. 201. Por otro lado, la resolución CNMC 12 julio 2023, S/0013/21 Amazon/Apple Brandgating, señala que se trata de una restricción por objeto resultante de una discriminación, en tanto que. acuerdos análogos a las cláusulas de *Brand Gating*, en tanto que impedian el acceso al canal de venta de Amazon a determinados vendedores autorizados de Apple, de tal manera que, como efecto de esas cláusulas de exclusión se habría producido la expulsión de más del 90-100% de los vendedores que estaban autorizados para vender en la página Web de Amazon en España antes de la conclusión de los acuerdos.

⁹⁵ Directrices 2022, apartado 247, donde indica que con este tipo de restricción se impide que el comprador adquiera bienes o servicios de la competencia o que tales compras se limiten a menos del 20 % del total de sus compras.

⁹⁶ Se deben excluir de estas consideraciones los casos de franquicias monomarcas, donde el proveedor de los productos es el franquiciador, en tanto único fabricante de los mismos. Por otro lado, debemos considerar que los productos afectados por estas cláusulas restrictivas se deben referir a aquéllos que sean esenciales para la identidad de la franquicia. B. MORAL DEL VALLE, “El contrato de franquicia . . .”, cit., p. 349.

⁹⁷ En este sentido, la resolución de la CNMC, 6 noviembre 2024, S/0024/20, *The Good Burger*, que son los criterios de calidad o adecuación para mantener la uniformidad de la franquicia los que justifican la inclusión en el contrato de cláusulas que obliguen al franquiciado adquirir productos del franquiciador. A tal efecto, la validez de dichas cláusulas de obligación de abastecimiento para los franquiciados no puede ser de carácter absoluto y deben afectar a aquellos productos esenciales y determinantes del servicio.

⁹⁸ Tal y como se afirma en la SAP de Barcelona 28 septiembre 2018 (*RJ JUR\2018\273906*), parece como lógico que, en una red de franquicias encaminada a la venta de determinados productos con unas determinadas características, el franquiciado adquiera el producto a la Central.

⁹⁹ Directrices 2022, apartado 249.

ciador puede establecer condiciones sobre ubicación y condiciones de los locales de los franquiciadores, pero no resulta muy compatible con la idea de negocio invertir en los locales, a este respecto es precisamente lo que ocurre con la franquicia de las grandes marcas hoteleras.

60. Igualmente, en relación con la duración, las Directrices 2022¹⁰⁰, respecto de la posibilidad de introducir en las cláusulas condiciones de renovación de las mismas y, a diferencia del sistema anterior, entienden válida su renovación tácita siempre que el comprador tenga la opción de renegociar o rescindir de forma efectiva el acuerdo vertical que incluye la citada obligación, para lo que debe contar con condiciones idóneas; esto es, con un preaviso en un plazo razonable y a un coste razonable. Es decir, el comprador debe contar con las condiciones suficientes para que su poder de decisión sea efectivo, de manera que esta no sea meramente un presupuesto formal, de esta manera la renovación tácita se hace posible por las garantías al poder de decisión del comprador. En consecuencia, pese a que se mantiene la limitación de los cinco años, que de alguna manera es un freno que impide a los franquiciadores estipular acuerdos de distribución con una duración superior a cinco años; ahora se puede incluir una cláusula tácitamente renovable en los acuerdos de distribución, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por las Directrices 2022¹⁰¹.

61. Por último, el artículo 5.3, referido a la competencia post contractual, de especial incidencia en los contratos de franquicia, avala la aplicación de la exención en caso de que presenten conjuntamente las siguientes condiciones: que afecten exclusivamente a los bienes o servicio objeto del contrato, se limiten al local y terrenos donde operó el franquiciado en el periodo contractual¹⁰², sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el franquiciador al franquiciado y tengan una duración máxima de un año desde el fin del contrato. Esas limitaciones, en todo caso no afectarán a las cláusulas restrictivas sobre el uso y divulgación de conocimientos técnicos no públicos, para los que la prohibición puede tener un carácter indefinido.

3. Efectos y limitaciones de Derecho Internacional Privado

62. Como se ha afirmado, la interacción entre el Derecho de la competencia y el Derecho internacional privado se produce en aquellas situaciones en que está presente un elemento internacional. En este contexto, recordemos que las normas de Derecho internacional privado tienen como objetivo nuclear resolver dos cuestiones fundamentales que son la determinación de la ley aplicable y la competencia judicial internacional en caso de conflicto entre las partes. A este respecto, se ha tener presente la doctrina de los efectos, en tanto que cimenta el contexto en el que se debe determinar el derecho aplicable¹⁰³.

63. En relación con los contratos de franquicia y en relación con la primera de las cuestiones, determinación de la ley aplicable al contrato, el Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales (Roma I), establece una regla específica. El artículo 4.e) precisamente determina que el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquici-

¹⁰⁰ Directrices 2022, apartado 248.

¹⁰¹ S. BORTOLOTTI, "The new Block Exemption Regulation on Vertical Restraints (Reg. 720/2022)" *Internationales Handelsrecht, IHR*, n° 1, 2023, p. 5.

¹⁰² Nótese que, respecto de la condición territorial limitada al local y terrenos, debe interpretarse de forma restrictiva ciñéndose el precepto al punto de venta desde el que ha operado el franquiciado, no haciéndose, por tanto, extensible un territorio concreto. Dicha interpretación restrictiva ya se aplicó a dicha condición, cuando formaba parte del Reglamento 2790/1999, por el ATJUE 7 febrero 2013, *La Retoucherie de Manuela*, 117/12, ECLI:EU:C:2013:72, que concretamente concluía que "«local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual» se refiere únicamente a los lugares desde los cuales se ponen a la venta los bienes o servicios contractuales y no a todo el territorio en el que tales bienes o servicios pueden venderse en virtud de un contrato de franquicia".

¹⁰³ A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Parte General, La Competencia, Madrid, Colex, 2009, p. 310 y C. SANTAOLALLA MONTOYA, "La interpretación necesaria del Derecho de la competencia desde un enfoque *ius internacional privatista*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, n° 1, p. 528.

ado tenga su residencia habitual, lo que se cohonestaría con la percepción de que el franquiciado es la parte más vulnerable de la relación contractual¹⁰⁴. En el caso de responsabilidad extracontractual, se aplicaría el Reglamento (CE) n° 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Por otro lado, en referencia a la competencia judicial, es el Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reglamento Bruselas I bis (RBI bis). Esta normativa resulta esencial pues para determinar ambas cuestiones: la competencia judicial internacional y la ley aplicable, especialmente en un contexto de infracciones del Derecho de la competencia con elementos internacionales¹⁰⁵.

64. Respecto de la interacción con el Derecho de la competencia, la aplicación de las normas descritas dependerá de que se califique como materia contractual o extracontractual. En este sentido, se puede entender que en relación con el foro que las relaciones entre franquiciador y franquiciado, donde se reclame responsabilidad por un acuerdo nulo conforme al artículo 101 TFUE se enmarcan dentro de las acciones en materia contractual, frente a la reclamación por daños por las interacciones de una de las partes anteriores con terceros¹⁰⁶¹⁰⁷. En lo referente a la determinación de la normativa aplicable, en similar valoración que, respecto de la determinación del foro, se plantean los mismos dos escenarios que determinan la aplicación de la norma respectiva.

65. En relación con ello, Roma II en su artículo 6 contempla normas específicas para la determinación de la ley aplicable en materia de defensa de la competencia. En concreto, el artículo 6.3 a) establece como regla general que la norma aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de restricciones de la competencia será la del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado¹⁰⁸. Por otro lado, en el artículo 6.3 Reglamento Roma II se da la opción a los tribunales civiles de aplicar el Derecho del mercado afectado de otro Estado miembro o del suyo propio. En este punto, se afirma que la aplicación privada del Derecho antitrust resulta esencial para alcanzar la eficacia necesaria del mismo y a ello contribuye el reconocimiento y aplicación de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC) por otros Estados miembros. De esta forma se defiende que el Derecho antitrust no debe quedar limitado al ámbito territorial de la ANC que dicte la resolución ni a la esfera del Derecho administrativo, sino que debe tener alcance sobre el territorio en el que ha producido los efectos y afectar al ámbito civil¹⁰⁹.

65. Otro elemento a tener en cuenta son las denominadas leyes de policía recogidas en el artículo 9 Roma I, conforme al cual estas normas son consideradas por el emisor como disposiciones de observancia esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos y se ordena su aplicación a toda situación

¹⁰⁴ M.C. MAYORGA TOLEDANO, “Contratos de franquicia en el ...”, cit., p.106, respecto de la posible falta de idoneidad de esta medida para el contrato de master franquicia y de la posible aplicación del artículo 4.2 del texto normativo. Igualmente, L. García Gutierrez, “Franchise contracts and the Rome I Regulation on the law applicable to international contracts”, *Yearbook of Private International Law*, 2008, Volume 10, p. 244.

¹⁰⁵ G. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 1, n 1, p. 33. Esta autora destaca cómo Roma I apuesta por la especialización del método de localización consagrándola como norma de conflicto específica para los contratos de franquicia y de distribución.

¹⁰⁶ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., p. 146.

¹⁰⁷ En este contexto, las relaciones jurídicas derivadas de daños a terceros se considerarán materia extracontractual, determinando la aplicación del artículo 7.2 RBI bis, que en definitiva acaba aplicándose en caso de daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y competencia desleal. En este sentido, C. SANTAOLALLA MONTROYA, “La interpretación necesaria...”, cit., p. 530.

¹⁰⁸ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., pp. 269 y ss., donde se distingue si el mercado afectado es el de un único país o de varios países.

¹⁰⁹ A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, Vol. 7, N° 2, p. 157, que señalan que la limitación de la vinculación a las decisiones de la ANC del Estado miembro en el que se plantee la acción civil implicaría restringir los efectos de una decisión sancionadora al territorio de un Estado miembro; aunque su alcance material sobrepase dichos límites, lo que restaría eficacia al Derecho antitrust.

comprendida dentro de su ámbito de aplicación, con independencia de la ley aplicable conforme Roma I. En este contexto, debemos tener presente que los artículos 101 y 102 TFUE se enmarcan dentro de la categoría de leyes policía, por cuanto queda establecida la prioridad de su aplicación frente todo como las normas de otro país o a la propia voluntad de las partes¹¹⁰. No obstante, dado que son normas fundamentales que afectan al mercado interior, la cuestión nuclear es decidir el criterio de aplicación de la norma en el sentido de determinar si se ha producido o no la afectación. De esta manera, es preciso valorar si tal afectación se produce cuando, con independencia de dónde se suscriba el contrato, los efectos se produzcan o puedan producirse en territorio europeo (teoría de los efectos¹¹¹) o cuando se pongan en práctica en el citado ámbito (*implementation*)¹¹². Si el objetivo es la defensa del mercado interior de prácticas anticompetitivas, debería poder aplicarse la norma europea en cualquier situación en que quede afectado dicho mercado.

66. En todo caso, la aplicación imperativa de la norma europea implica como efecto sobre el contrato de franquicia que, si el acuerdo ha sido declarado nulo, en todo o en parte, conforme al artículo 101 TFUE y no se ha beneficiado de la exención, idéntica consecuencia afecta al contrato de franquicia.

IV. Reflexiones finales

67. En el contexto de la distribución comercial, a través de los contratos de franquicia se construye una red o sistema uniforme de carácter estable que resulta reconocible y perfectamente delimitable. En este sentido, se trata de una red por naturaleza esencialmente vertical que se pone de manifiesto en los distintos niveles que se encuentran dentro de la cadena de producción y distribución. El mantenimiento y subsistencia de la red de franquicias se basa en la preservación del objeto del contrato, la transmisión de un modelo de empresa que está construido sobre una serie de conocimientos protegidos, sustanciales e indispensables para la ejecución de los contratos y garantizan la uniformidad de la red. Todo ello, bajo el poder de dirección del franquiciador, que resulta indispensable para el buen funcionamiento de la red y la consecución del interés común de todos sus miembros, que no es otro que el posicionamiento competitivo en el mercado frente al resto de la oferta.

68. En consecuencia, los aspectos potencialmente anticompetitivos que recogen los acuerdos de franquicia sobre los que se construye dicha red, se derivan de las medidas de protección de los elementos esenciales del contrato, de la implantación real de la red en el mercado y de cláusulas concretas para alcanzar el nivel máximo u óptimo de uniformidad de la red, ello empujado por la necesidad de protección de la reputación de la red y de incrementar su competitividad. Por tanto, las especificaciones referentes a la cuota de mercado, las cláusulas DPI, la IPR, la venta y publicidad en línea y las restricciones especiales, en concreto, las referentes fundamentalmente al territorio o al aprovisionamiento, son aspectos que afectan a la licitud concurrencial de los acuerdos de franquicia.

69. Partiendo de lo anterior, el RECAV 2022 no es sino la evolución lógica de los anteriores reglamentos, a los cuales sigue en sus líneas esenciales, introduciendo matizaciones y alguna novedad derivada del auge del comercio electrónico y las plataformas. En consecuencia, la orientación de la norma mantiene ese enfoque en el que la visión económica adquiere un valor especial. De esta forma, la cuota de mercado y el mercado de referencia, tal y como lo define la CMR, se convierten en elementos determinantes para la aplicación de la exención que, aplicado a la franquicia, el franquiciador debe incluir en su cálculo el valor de los servicios prestados por los franquiciados en ese mercado.

¹¹⁰ La STJUE 20 septiembre 2001, *Courage y Crehan*, 453/1999, ECLI:EU:C:2001:465, conforme al propio Tratado considera que dichas normas son disposiciones fundamentales indispensables para el funcionamiento del mercado interior.

¹¹¹ La doctrina de los efectos trata de dilucidar el alcance geográfico de las normas de conducta establecidas en la Ley de competencia del Foro y su posible aplicación extraterritorial, de manera que se puedan juzgar conductas que hayan tenido lugar en otros Estados cuando tengan efecto sobre la propia jurisdicción.

¹¹² M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., p. 287.

70. En relación con los DPI, dentro del marco dogmático de las prestaciones accesorias, especialmente aplicables a la red de franquicias se mantiene el régimen anterior relativo a la aplicación de la exención por cuanto son necesarios, ya que son sustanciales e indispensables para la ejecución del acuerdo y ayudan al franquiciado en el uso y la reventa de los productos y servicios adquiridos o resultantes y porque garantizan la uniformidad y la normalización de la calidad de la red.

71. Respecto de los intercambios de información en el seno de la distribución dual, tanto el RECAV 2022 como las Directrices horizontales vigentes recogen de forma sistemática y coordinada ese intercambio en los acuerdos verticales, dando mayor armonía y coherencia al conjunto de la regulación sobre las exenciones en el ámbito comunitario. En ese sentido, en tanto que el franquiciador compite con los franquiciados en el mismo mercado, el acuerdo se beneficiará de la exención si dicha información está directamente relacionada con la aplicación del acuerdo vertical para dichas partes y es necesaria para mejorar la producción y distribución de los bienes o servicios objeto del contrato.

72. La IPR en el RECAV 2022 no se perciben cambios significativos en su tratamiento, es cierto que sentencias posteriores como el caso *Super Bock* permiten realizar ciertas apreciaciones que afectan a la interpretación de esta regulación. En concreto, se hace una interpretación más restrictiva del concepto de infracción por el objeto y huye de considerar que hay una equivalencia entre las restricciones especialmente graves y las restricciones por el objeto y, por tanto, se aleja de la calificación automática de una restricción especialmente grave como una restricción por el objeto. Además, respecto del concepto de acuerdos a los que hace referencia el artículo 101 TFUE, la citada sentencia marca debe interpretarse que se puede acreditar tanto con pruebas directas, como recurriendo a la existencia de coincidencias e indicios objetivos y concordantes, de los que pueda inferirse la existencia de tal acuerdo. Ello cuestiona la valoración y tratamiento que hace el RECAV 2022 sobre las recomendaciones. Por otro lado, la regulación final de los PMA recibe en el texto un tratamiento especialmente severo por cuanto califica, sin distinción de circunstancias o condiciones, a todos los PMA como restricciones especialmente graves.

73. Otra novedad del RECAV 2022, igualmente aplicable a la red de franquicias, es la relativa a las ventas y publicidad en línea, por cuanto, siguiendo a sentencias como el Caso *Coty Germany*, declara ilícitos los acuerdos que supongan impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, sin perjuicio de la posibilidad de imponer al comprador: otras restricciones de la venta en línea, o restricciones de la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad.

75. Respecto del pacto de aprovisionamiento, especialmente presente en las redes de franquicia, sobre todo cuando estas redes suelen organizarse a centrales de compras en las que, hipotéticamente, los franquiciados podrán obtener mejores precios. No obstante, la insistencia en la duración de la restricción con el límite de cinco años es un claro condicionamiento a la configuración de los acuerdos de franquicia, es un freno que impide a los franquiciadores estipular acuerdos de distribución con una duración superior a cinco años, aunque suavizado por la circunstancia de que ahora se puede incluir una cláusula tácitamente renovable en los acuerdos de distribución, en tanto se cumplan las condiciones exigidas por las Directrices 2022.

76. Por último, la necesaria interacción del Derecho Internacional Privado con el Derecho de la competencia puede establecer ciertas condiciones a tener en cuenta en relación con el foro y la normativa aplicable y, de especial intensidad se manifiesta dicha interacción, teniendo en cuenta que las normas de competencia son consideradas como leyes de policía. Es este caso cabría entender que, dado que el objetivo es la defensa del mercado interior de prácticas anticompetitivas, debería poder aplicarse la norma europea en cualquier situación en que quede afectado dicho mercado.