

Noticias jurídicas más relevantes para el sector de productos de consumo

Diciembre 2018



Queridos amigos:

Les adjuntamos nuestra última alerta sobre las novedades más relevantes de los últimos meses en el sector de fabricación y distribución de productos de consumo en la que, aprovechando el anuncio de una investigación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC) contra Adidas España, realizamos un estudio más amplio de la posición —no siempre coincidente— de las autoridades de competencia europeas sobre las implicaciones del Derecho de la competencia para el comercio electrónico, con especial énfasis en el tratamiento de las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de distribución.

Confiamos que sea de su interés y nos ponemos a su disposición para cualquier duda que puedan tener.

Aprovechamos para desearles una **FELIZ NAVIDAD Y UNA EXCELENTE SALIDA Y ENTRADA DE AÑO.**

El equipo de productos de consumo de Marimón Abogados

Introducción

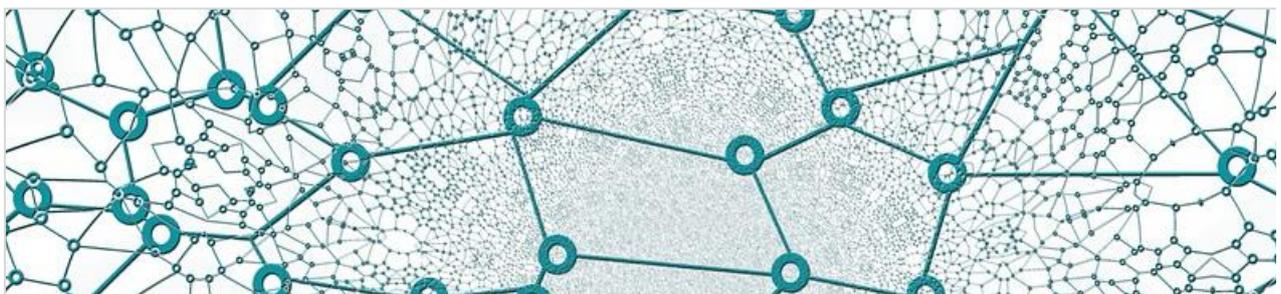
El pasado 22 de noviembre, la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** (CNMC) hizo pública la incoación de un **expediente sancionador contra Adidas España** por prácticas restrictivas en sus relaciones con sus franquiciados, al considerar que existen indicios de que la empresa estaría fijando indirectamente los precios de reventa, imponiendo obligaciones de no competencia y restringiendo indebidamente ciertos tipos de venta, como las ventas cruzadas y la venta *online* (ver la [nota de prensa](#)).

Centrándonos en esta última cuestión, es uno de los escasos ejemplos de análisis por parte de la autoridad española de las **restricciones a la venta *online* en el marco de una relación vertical de distribución**, lo cual no deja de ser sorprendente dado el gran interés suscitado por esta cuestión en el resto de los países de la UE y, sobre todo, la importancia que el desarrollo del comercio electrónico está teniendo tanto para las empresas como para las autoridades de competencia¹.

La posición de la CNMC

En todo caso, para un **resumen de la posición de la autoridad española** sobre los aspectos de competencia del comercio electrónico, puede consultarse el documento de contribución al estudio de la OCDE de junio de 2018 disponible [aquí](#).

De hecho, en el citado informe se habla también de tres investigaciones preliminares iniciadas por la CNMC sobre el uso de las cláusulas de paridad de precios, la prohibición absoluta de ventas por internet y el establecimiento de un sistema dual de precio. Seguramente, una de estas tres investigaciones ha dado lugar al caso Adidas. Asimismo, destaca cómo se han creado grupos de trabajo internos para analizar las restricciones al comercio electrónico, con especial énfasis en las limitaciones a la publicidad *online* y las estrategias de discriminación de precios en beneficio del *offline* versus el *online*.



¹ Tan solo conocemos el caso [S/DC/0592/16 Laboratorios Marti Tor](#), en el que se analizaban las prácticas de fijación de precio de reventa de una empresa de parafarmacia y que fue archivado en diciembre de 2016 dada la escasa relevancia del mercado cubierto por los productos afectados.

Tensiones entre proveedores y distribuidores

La posibilidad de acceder a millones de clientes a través de internet, facilitada por el desarrollo de potentes *agregadores* o *market places* como Amazon, eBay o los comparadores de precios, es una gran tentación para muchos distribuidores que, hasta hace poco tiempo, se limitaban a atender una determinada zona geográfica o un grupo de clientes reducida.

Ello ha revolucionado las relaciones entre proveedores y distribuidores y ha aflorado importantes tensiones entre ellos, pues muchos de los fabricantes desearían reservarse para sí las ventas *online*, aunque solo sea para controlar la imagen de marca o el posicionamiento en precio de sus productos.

Tales **tensiones** han sido analizadas a fondo por la Comisión Europea en el estudio sectorial sobre comercio electrónico, cuyas [conclusiones principales](#) se publicaron en mayo de 2017, en las que se identifican las principales prácticas restrictivas utilizadas por los proveedores en sus contratos de distribución:



- Una **prohibición absoluta** a los distribuidores de vender por internet. Esta restricción ya fue declarada ilegal en 2011 por el Tribunal de Justicia de la UE en el caso [C-439/09 Pierre Fabre](#), y ello con independencia de las características del producto en cuestión – aunque sean productos de lujo como perfumes, automóviles, etc. –.
- **Restricciones a la venta a través de marketplaces o comparadores de precios.** Estas han sido analizadas también en múltiples ocasiones, sobre todo por la autoridad alemana, habiéndose pronunciado también el Tribunal de Justicia en diciembre de 2017 a favor de su admisibilidad cuando se trate de proteger la imagen de un producto de lujo y dentro de un sistema de distribución selectiva en el caso [C-230/16 Coty Alemania](#).
- **Establecimiento de sistemas de doble precio** que favorezcan las ventas *offline* versus las *online*, y que han sido perseguidas por los reguladores como en el [Caso Lego](#) también resuelto por el BKA alemán, en la medida en que buscan una vía indirecta para prohibir la venta por internet.
- **La fijación del precio mínimo de reventa**, restricción especialmente perseguida en nuestro sistema europeo, y que cobra una particular relevancia en el mundo de internet donde la competencia en precios puede resultar para algunos insostenible, alimentada por los comparadores de precios o el uso de algoritmos que permiten una adaptación inmediata de los precios propios a los de la competencia.

- La obligación de disponer previamente de **una tienda física** para poder vender *online*. Aunque es una posibilidad recogida en las Directrices sobre restricciones verticales, la Comisión ha dejado claro que esta solo se justifica si realmente promueve una mejora en la distribución de los productos pero no cuando su único objetivo es excluir a los *pure online sellers*.

Pues bien, además del caso español sobre Adidas – nótese que tanto la autoridad francesa como el BKA alemán ya tuvieron ocasión de analizar la estrategia *online* de Adidas, forzándola a permitir a sus distribuidores vender en los *marketplaces* o usar términos relacionados con la marca como palabras de búsqueda en los buscadores de internet como Google AdWords [ver [aquí](#) y [aquí](#)] –, lo cierto es que **en las últimas semanas hemos conocido un aluvión de noticias sobre esta cuestión que resultan de gran interés.**

La Comisión Europea

En primer lugar, cabe hablar de las Decisiones de la Comisión Europea de julio de 2018, publicadas recientemente, en las que se imponen multas por un total de 111 millones de euros a varios fabricantes de productos electrónicos – asuntos [AT.40181 Philips](#), [AT.40182 Pioneer](#), [AT.40465 Asus](#) y [AT.4069 Denon & Marantz](#) – por realizar todo tipo de presiones, incluyendo el uso de algoritmos para la monitorización automática o la implantación de sistemas de doble precio, **para controlar el precio de reventa de sus distribuidores en el canal *online*** y evitar – en el caso de *Pioneer* – el comercio paralelo entre países de la UE.

Sin duda, se trata un supuesto **excepcional** dado que la Comisión se había literalmente desentendido de este tipo de restricciones verticales para dejar su persecución a las autoridades nacionales, lo que evidencia la importancia que tiene el mundo *online* en la estrategia sobre política de competencia del regulador europeo.

Asimismo, cabe mencionar la investigación abierta contra **Amazon** en su doble condición de distribuidor y propietario del principal *Marketplace*, y que parece centrarse –poco se conoce al respecto, más allá del hecho de que la Comisión ha enviado un cuestionario a decenas de empresas en octubre– en el uso que está haciendo la empresa de los datos obtenidos de los vendedores que utilizan su plataforma para beneficiar su propio negocio de distribución, o las investigaciones aún en curso contra **Guess** (que ya ha [anunciado](#) que espera una multa de unos 40 millones de euros), **Nike**, **Sanrio** o **Universal Studios** por restringir el comercio transfronterizo y las ventas *online* de sus distribuidores (ver [aquí](#) y [aquí](#)).



La autoridad francesa²

En cuanto a Francia, cabe hablar de la reciente [decisión](#) de la autoridad en el caso *Stihl*, del pasado 24 de octubre, por la que se sanciona al fabricante de productos de jardinería con una multa de 7 millones de euros por **prohibir la venta por internet a sus distribuidores**.

Es interesante destacar que la autoridad valida la utilización de un sistema de distribución selectiva y, en particular, la posibilidad de limitar las ventas a través de *marketplaces* de terceros, dada la naturaleza de estos productos, que requieren de servicios de preventa importantes para asegurar el buen uso y que tienen cierta imagen de calidad.

Pero lo que no cabe es prohibir por completo la venta *online*, **ni siquiera a través de medios indirectos** como los utilizados en este caso por el fabricante alemán que exigía que los productos se entregaran en mano en la tienda del distribuidor o en el domicilio del comprador —lo que en la práctica restringía las posibilidades de vender por internet— cuando no existe ninguna normativa europea o nacional que imponga la necesidad de llevar a cabo una demostración para el manejo de estos productos.



² Para un análisis bastante exhaustivo de la posición de la *Cours d'Appel de Paris* sobre las restricciones verticales en relación con el comercio electrónico, cabe citar la decisión de 28 de febrero de 2018 en el caso *Coty Francia* disponible [aquí](#).

Por otro lado, la posición de la autoridad francesa sobre las implicaciones del Derecho de la competencia para el comercio electrónico puede consultarse también [aquí](#).

La autoridad alemana³

En todo caso, no cabe duda de que **es el BKA alemán quien lidera la cruzada contra las restricciones a las ventas online**.

En efecto, entre las últimas iniciativas del BKA cabe destacar la publicación en octubre 2018 del informe "[Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what's next?](#)", del que cabe deducir **una posición bastante más dura de la autoridad alemana en relación con las restricciones verticales a la venta online que la de sus homólogos europeos**, pues no solo considera que debe *inaplicarse* la doctrina Coty cuando no se trate estrictamente de productos de lujo – así de hecho lo confirmó en enero 2018 el Tribunal Federal de Justicia en el caso *Asics* [ver [aquí](#)] –, sino que llama incluso a considerar la posible existencia de una suerte de **excepción alemana**, en la medida en que la importancia de los *marketplaces* y de los comparadores de precios es comparativamente mucho mayor que en el resto de países de la Unión.

Más recientemente aún, el pasado 29 de noviembre, el BKA hizo público el inicio de una **investigación contra Amazon** (de hecho, esta ya se anunciaba de manera indirecta en el informe de octubre que acabamos de comentar).

En todo caso, es necesario advertir que este caso difiere en gran medida de los analizados anteriormente en la medida en que, según la [nota de prensa](#) publicada, la autoridad no está investigando la imposición de restricciones en los contratos de distribución, sino la posible existencia de prácticas abusivas por parte del gigante de internet, que en su doble rol de primer distribuidor *online* y operador del principal *marketplace* en Alemania, estaría discriminando a los vendedores independientes que utilizan su plataforma – mediante la imposición a estos de condiciones abusivas sobre garantía e inspección de productos, plazos de pago, derechos sobre el material informativo que los vendedores han de facilitar sobre los productos comercializados, condiciones para la entrega, cláusulas de jurisdicción o cláusulas de terminación del contrato no transparentes –, en beneficio de su propio negocio de distribución de productos⁴.

Por lo demás, a esta investigación se unen **muchas otras** iniciadas anteriormente por el BKA como la investigación contra Facebook por abuso de posición de dominio en relación con las condiciones de acceso a los datos de los usuarios (ver última información [aquí](#)), la evaluación del impacto de los algoritmos de

³ Un resumen de la posición de la autoridad alemana puede encontrarse [aquí](#).

⁴ De acuerdo con el documento de contribución al estudio de la OCDE sobre implicaciones de competencia del comercio electrónico al que nos hemos referido antes, la CNMC habría iniciado de oficio sendas investigaciones contra eBay y Amazon sobre sus acuerdos con los vendedores para detectar restricciones a la competencia entre plataformas por cláusulas de exclusividad, cláusulas de paridad de precio y vinculación entre los servicios del *marketplace* y los servicios logísticos o de pago. Esta investigación fue archivada al no encontrarse indicios de infracción.

precios sobre la competencia iniciada en junio de este año conjuntamente con la autoridad francesa (ver [aquí](#)), el estudio sectorial sobre los comparadores de precios en los sectores de viajes, seguros, servicios financieros, telecomunicaciones y energía de octubre de 2017 (v. el informe final que se acaba de publicar [aquí](#)), o la investigación sobre las condiciones de mercado en el sector de la publicidad *online* y, en particular, de las prácticas de Google y Facebook, de febrero de 2018 (ver [aquí](#))⁵.



Conclusión

Más allá de las divergencias entre unas y otras autoridades, lo que se ha comentado pone de manifiesto **el enorme interés que suscita el mundo digital para las autoridades de competencia**, que están trabajando intensamente en desarrollar nuevas técnicas de análisis para capturar aspectos como el control sobre los datos, las economías de red de las plataformas *online*, el uso de algoritmos en las estrategias de precios, para afrontar los retos que la nueva economía plantea y evitar que su desarrollo pueda verse condicionado por prácticas restrictivas de la competencia como las que aquí se han analizado.

Y si las restricciones verticales al comercio *online* están en el punto de mira de las autoridades, qué duda cabe que **las empresas deben prepararse adecuadamente** para evitar incurrir en prácticas ilícitas que podrían ser sancionadas --lo hemos visto en particular con el caso sancionado por la Comisión Europea -- con sanciones millonarias.

⁵ Este sector ya había sido objeto de estudio por parte de la autoridad francesa, que de hecho publicó su informe el mismo mes de marzo y en el que destaca la existencia de diferentes situaciones o prácticas que pueden restringir su funcionamiento competitivo: ventas anudadas; precios predatorios; acuerdos de exclusividad; abusos en mercados conexos; prácticas discriminatorias; limitaciones a la interoperabilidad; o restricciones en el acceso a determinados datos (ver [aquí](#)).

Noticias jurídicas más relevantes para
el sector de productos de consumo

Diciembre 2018



Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado mediante la mejora constante de sus servicios y la ampliación de sus ramas de actividad, creando departamentos especializados que cuentan con una dilatada experiencia de acompañamiento a nuestros clientes en su actividad diaria.

- Administrativo y regulatorio
- Concursal
- Fiscal
- Laboral
- Penal
- IP & IT
- Competencia
- Financiero
- Inmobiliario
- Mercantil y societario
- Procesal
- Urbanismo & Medio Ambiente

Italian Desk

French Desk

German Desk

Portuguese Desk

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta alerta pueden contactar con:

- Diego Crespo (Competencia & Distribución)
dcrespo@marimon-abogados.com
- Luis Marimón (IT & IP & Datos)
[lmarimon@marimon-abogados.com](mailto:lmарimon@marimon-abogados.com)
- Yolanda Martínez (Competencia & Distribución)
ymartinez@marimon-abogados.com
- Marta Valls (Público & Consumo)
valls@marimon-abogados.com
- Nathalie Klefisch (Público & Consumo)
klefisch@marimon-abogados.com
- Anahita Tárrega (Mercantil & Distribución)
tarrega@marimon-abogados.com
- Paloma Aparicio (Datos & Marketing Digital)
paparicio@marimon-abogados.com
- Stefan Rating (Competencia & Distribución)
srating@marimon-abogados.com

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extractada, sin previa autorización.