

¿Terremoto vertical?

Nuevas normas aplicables a las restricciones verticales (proveedor-distribuidor) a partir de 1 de junio de 2022.

El pasado 10 de mayo la Comisión Europea publicó finalmente el que será el nuevo Reglamento de exención aplicable a los acuerdos verticales (RECAV) y las correspondientes Directrices sobre restricciones verticales (Directrices), cuya entrada en vigor está prevista para el próximo 1 de junio de 2022 y se mantendrá durante 12 años.

Como primer comentario general diremos que aunque muchas de las principales reglas continúan inalteradas (en particular, mantenimiento del umbral de cuota de mercado para aplicar el beneficio de la exención -30%- y prohibición, como restricciones hardcore, de la fijación del precio de reventa o de los impedimentos al comercio paralelo) sí existe un cambio de paradigma en cuanto al tratamiento de las ventas online. El anterior Reglamento, de 2010, pretendió proteger todo el comercio online, entonces incipiente, y garantizar la ausencia de discriminación con respecto al comercio en tienda física, protegiendo así la accesibilidad de los distribuidores y los consumidores al mundo online. Diez años después, la Comisión ha observado un claro boom del comercio online, potenciado aún más por la pandemia, constatando ahora que la protección anterior resulta innecesaria. Antes bien, parece imponerse la necesidad de protección del comercio tradicional, que requiere unas inversiones y un esfuerzo comercial difícilmente replicable en el mundo digital y difícilmente sostenible en un entorno de competencia en precios cada vez más transparente y más agresivo.

**Entrada en vigor
prevista para el
próximo 1 de junio de
2022 y se mantendrá
durante 12 años**

Por lo demás, la Comisión ha realizado ciertamente un notable esfuerzo para ofrecer mayores parámetros para el análisis de restricciones específicas (e.g. uso de comparadores de precios, limitación de las ventas en *marketplaces* o definición de ventas pasivas, entre muchas otras). No obstante, en varios casos se mantienen situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica, en la medida en que se permiten determinados comportamientos siempre que no tengan por objeto, directo o indirecto, la imposición de una restricción grave de las prohibidas en el artículo 4 del RECAV. Con toda seguridad, la determinación de cuándo sea el caso no va a estar exenta de polémica y hará correr ríos de tinta...

Veamos en detalle algunos de los cambios más relevantes de las nuevas normas:

- **Tratamiento de la distribución dual** [arts. 2.4 y 2.5 RECAV y §§ 88 a 103 Directrices]: tras haber lanzado una **consulta pública ad hoc en febrero de 2022**, la Comisión ha decidido finalmente mantener la exención para la distribución dual; esto es, aquella en que el proveedor también distribuye sus productos y, por tanto, compite aguas abajo con sus distribuidores. Así, siempre que el comprador no compita también aguas arriba (en cuyo caso deberán analizarse los efectos horizontales del acuerdo) y no se supere el umbral de cuota de mercado, la regla general es que la distribución dual y los intercambios de información asociados a la misma (§ 99 Directrices) deben beneficiarse de la exención.

- **Tratamiento de los servicios de intermediación en línea** [arts. 1.1.e) y 2.6 RECAV y §§ 104 a 109 Directrices]: las relaciones con proveedores de servicios de intermediación en línea (SIL u OIS, por sus siglas en inglés) son acuerdos verticales en los que aquellos operan como proveedores (§ 67 Directrices). No pueden considerarse acuerdos de agencia (§ 46 Directrices). El RECAV y las Directrices se aplicarán en relación con los proveedores SIL siempre que se cumplan el resto de condiciones para la exención.

La exención no se aplica sin embargo en los casos en los que el acuerdo vertical se concluya con un proveedor de servicios de intermediación en línea, y éste compita también en el mercado de comercialización de los bienes o servicios intermediados (§§ 104 a 109 Directrices). En tales casos, el RECAV y las Directrices indican que el intermediario tiene naturaleza “híbrida” y es preciso analizar con detalle los efectos del acuerdo en el mercado. Toda esta nueva regulación de los SIL deberá compaginarse además con el recentísimo acuerdo de las instituciones comunitarias sobre la Ley de Mercados Digitales, que deberá publicarse próximamente y entrará en vigor probablemente para la primavera de 2023.

*Tratamiento de la
distribución dual*

*Tratamiento de los
servicios de
intermediación en
línea*

- Prácticas vinculadas al mantenimiento del precio de reventa, MPR [art. 4.a) RECAV y §§ 177 a 201 Directrices]: como hemos dicho, se mantiene la rotunda prohibición de cualquier práctica que directa o indirectamente afecte a la libertad del distribuidor de fijar su estrategia de reventa y, en particular, sus precios. Se incluyen además en la prohibición las discutidas políticas de precios mínimos anunciados (MAPs, por sus siglas en inglés) que las Directrices consideran un medio para desincentivar precios de reventa inferiores (§ 189 Directrices).

Como contrapartida, sin embargo, se aclara que los sistemas de monitoreo y control de precios son comúnmente aplicados en las redes de distribución y, en sí mismos, a pesar de incrementar la transparencia, no constituyen MPR (§ 191 Directrices). Asimismo, se confirma que en los encargos de cumplimiento ("*fulfilment contract*"), en los que el proveedor ha pactado los términos del contrato -incluido el precio- con un cliente final y simplemente encarga a un comprador la entrega del bien o servicio, no existe MPR (§ 193 Directrices).

Por último, de modo similar a cuanto ya hacían las anteriores Directrices, se ofrecen algunos ejemplos de situaciones en las que el MPR podría generar eficiencias (§ 197 Directrices): introducción de un nuevo producto, siempre que el periodo de MPR sea corto (no se aclara cuánto); campaña promocional de entre 2 y 6 semanas, cuando se utilice un formato de distribución uniforme (e.g. franquicia); protección -mediante MPR o MAP- frente a un distribuidor que regularmente revenda por debajo del precio de cesión ("*loss leader*"); protección de los servicios preventa frente a situaciones de parasitismo ("*free riding*"), en cuyo caso la carga de la prueba será siempre del proveedor y será más probable la aceptación de las supuestas eficiencias, si existe competencia intensa entre proveedores y el proveedor que utiliza MPR tiene un poder de mercado limitado.

Prácticas vinculadas al mantenimiento del precio de reventa, MPR

Los sistemas de monitoreo y control de precios son comúnmente aplicados en las redes de distribución y, en sí mismos, a pesar de incrementar la transparencia, no constituyen MPR

- Prácticas relacionadas con la organización del sistema de distribución [art. 4.b) a e) RECAV y §§ 202 a 244 Directrices]:

o Se permite la asignación de territorios o clientes exclusivos a un máximo de cinco distribuidores, sin que puedan restringirse entre ellos las ventas activas ni pasivas. Además, como hasta ahora, pueden restringirse las ventas activas, no pasivas, entre distintos territorios o grupos de clientes [art. 4.b.(i) RECAV].

o La restricción a las ventas activas puede imponerse también a los compradores directos del distribuidor, aunque no más allá (§ 220 Directrices).

o Se mantiene la prohibición general de las restricciones a ventas pasivas, conceptuándose ahora como tales, también la participación en licitaciones, públicas o privadas [art. 1.1m) RECAV]. Se aclara finalmente, además, que el establecimiento de páginas web en idiomas distintos al que se utiliza en el territorio asignado o con nombres de dominio correspondientes a otros territorios constituyen ventas activas, mientras que las páginas web en inglés o el uso de dominios genéricos son, sin embargo, ventas pasivas.

o Siguen sin poderse combinar la distribución selectiva y exclusiva en un mismo territorio. Sin embargo, sí se aclara que un proveedor puede operar distintos modelos en distintos territorios y puede proteger unos de otros [arts. 4.b.(ii), 4.c.(i)(1) y 4.d.(i) y (ii) RECAV].

- Restricciones relacionadas con el uso de Internet para la comercialización de bienes o servicios [art. 4.e) RECAV y §§ 203 a 210 Directrices]: en codificación y desarrollo de la conocida y debatida jurisprudencia *Pierre Fabre* y *Coty*, se aclaran las reglas de juego aplicables a las restricciones a las ventas online:

o Se prohíbe como restricción *hardcore* impedir, directa o indirectamente, el uso efectivo de internet por parte del comprador. Ello incluye también, con carácter general, las restricciones al uso de canales de publicidad online o comparadores de precios (§§ 203, 210 y 343 a 355 Directrices). No obstante, la restricción de ciertos canales de publicidad o comparadores puede ser admisible si con ello no se limita el “uso efectivo de internet” o el “uso de un canal de publicidad en su totalidad”. La duda está sembrada...

o Se permite la restricción de la comercialización en *marketplaces* o la vinculación de la venta online al cumplimiento de determinados requisitos de calidad, con independencia del sistema de distribución escogido y, nuevamente, siempre que ello no tenga por objeto evitar del uso efectivo de internet (§§ 208 y 332 a 342 Directrices).

o Se elimina el llamado principio de equivalencia, que obligaba a ofrecer condiciones similares -y en particular, un mismo precio de cesión- a los distribuidores con independencia del canal online u offline utilizado para la comercialización de los productos (§ 210 Directrices). Podrán, pues, a partir de ahora establecerse sistemas de doble precio. ¿Y triple? ¿O múltiple?

La restricción a las ventas activas puede imponerse también a los compradores directos del distribuidor

Se permite la restricción de la comercialización en marketplaces o la vinculación de la venta online al cumplimiento de determinados requisitos de calidad

- **Obligaciones de no competencia** [art. 5.1.a) RECAV y §§ 247 a 249 Directrices]: las obligaciones de no competencia que deban operar durante la vigencia del contrato siguen siendo permisibles durante un máximo de 5 años, pero la novedad reside en que la renovación tácita más allá de los 5 años puede beneficiarse de la exención, siempre que el contrato permita al comprador renegociar o desvincularse efectivamente del contrato con un coste y en un tiempo razonable pasados esos cinco años (§ 248 Directrices).

- **Obligaciones de paridad o de nación más favorecida, NMF** [art. 5.1.d) RECAV y §§ 253 a 255 y 356 y ss. Directrices] tras el intenso debate que generaron los asuntos *Booking*, en diversos Estados europeos, la Comisión ha decidido retirar el beneficio de la exención a las obligaciones de NMF llamadas “amplias” entre plataformas; esto es, a aquellas que impiden al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer a usuarios finales mejores condiciones a través de operadores SIL competidores. Sin embargo, las llamadas “cláusulas estrechas” -aquellas que simplemente impiden ofrecer mejores condiciones en una plataforma o web propia se consideran admisibles, en la medida en que persiguen evitar que el vendedor se beneficie de la promoción en la plataforma para luego vender directamente los bienes a través de sus propios canales.

*Las llamadas
“cláusulas NMF
estrechas” -aquellas
que simplemente
impiden ofrecer
mejores condiciones en
una plataforma o web
propia se consideran
admisibles*

¿Terremoto vertical?

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.

Para cualquier información sobre el contenido de esta publicación:

Diego Crespo | Socio
dcrespo@marimon-abogados.com

Yolanda Martínez | Abogada
ymartinez@marimon-abogados.com



Barcelona -

Aribau, 185
08021
Tel.: +34 934 157 575

Madrid -

Paseo de Recoletos, 16
28001
Tel.: +34 913 100 456

Sevilla -

Balbino Marrón, 3
Planta 4ª-10
(Edificio Viapol)
41018
Tel.: +34 954 657 896

www.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.