

Observaciones al proyecto de REC relativo a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y al proyecto de Comunicación que contiene las directrices relativas a las restricciones verticales¹

La *Asociación Española para la Defensa de la Competencia* (“**AEDC**”) agradece la oportunidad ofrecida por la Comisión Europea para presentar comentarios a los proyectos normativos que sustituirán al actualmente en vigor Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (el “**REC Vigente**”) y sus respectivas directrices de aplicación (las “**Directrices Vigentes**”).

Tanto el proyecto de reglamento relativo a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (el “**Proyecto de REC**”), como el proyecto de Comunicación que contiene las directrices relativas a las restricciones verticales (el “**Proyecto de Directrices**”), reflejan, con carácter general, la apuesta decidida de la Comisión Europea por reducir la intervención administrativa a los casos potencialmente dañinos para los mercados afectados y, por ende, para el consumidor, en un claro avance en la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos verticales basada en los efectos.

En la comunicación que dio lugar a la apertura del período de consulta pública de los proyectos normativos aquí tratados, la Comisión menciona en particular dos fenómenos cuyo desarrollo se ha producido fundamentalmente tras la entrada en vigor del REC Vigente y cuya correcta configuración es esencial para el éxito de la norma que resulte aplicable: por una parte, la extensión de la presencia de empresas distribuidoras con gran poder de mercado y, por otra, la proliferación de las ventas por Internet. De hecho, la Comisión manifiesta su especial interés en recibir comentarios sobre la forma en la que el Proyecto de REC y el Proyecto de Directrices han abordado dichos extremos.

Desde la AEDC se valora positivamente el avance normativo que suponen tanto el Proyecto de REC como el Proyecto de Directrices respecto a las normas vigentes en la materia. No obstante,

¹ Estas observaciones han sido realizadas con las aportaciones de D. Oriol Armengol i Gasull, D. Sergio Baches Opi, D. Luis Blánquez Palasí, D. Felipe Flórez Duncan y D. Rafael Cid Rico.

aportaremos a continuación nuestras observaciones relativas fundamentalmente a los aspectos que más preocupan a la Comisión. Para ello, seguiremos la siguiente estructura:

- A. La estructura del sistema de exención del Proyecto de REC.
- B. Las restricciones de las ventas por Internet.
- C. El mantenimiento del precio de reventa.
- D. La consideración del poder de mercado de las partes del acuerdo en el análisis sobre el beneficio de la exención general.

A. **LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE EXENCIÓN DEL PROYECTO DE REC**

1. Creemos que la revisión del REC Vigente iniciada por la Comisión representa una buena oportunidad para un análisis pausado de la justificación, en la actualidad y a la luz de la experiencia adquirida, de ciertos aspectos del Reglamento que podrían denominarse como “básicos” o “elementales”. En términos generales, si bien el Proyecto de REC y el Proyecto de Directrices incorporan algunos cambios significativos respecto a los instrumentos hoy vigentes, se echa en falta a nuestro entender un análisis crítico de elementos clave del sistema actual de exención, a efectos de valorar la conveniencia de su mantenimiento o su modificación. A continuación nos centramos en dos de dichos aspectos.

A.1. **Ámbito de aplicación objetivo**

- 2. Es cierto que el REC Vigente representa una evolución respecto a los antiguos Reglamentos de exención por categorías en la medida en que cubre todos los acuerdos verticales de distribución, incluidos los relativos a productos intermedios, y no limita la exención a los acuerdos únicamente entre dos partes. No obstante, cabe preguntarse, dada la evolución que han sufrido los métodos de fabricación y distribución comercial en años recientes (y en particular la cada vez menos nítida separación entre “productor” y “distribuidor” y su progresiva sustitución por una mayor integración e interdependencia mutua), si el Proyecto de REC abarca todos los acuerdos verticales merecedores de exención en bloque.
- 3. En particular, entendemos que se podría replantear la necesidad y la conveniencia de extender el beneficio de la exención de manera expresa a los acuerdos de subcontratación, en la medida en que se celebren entre dos empresas que, a efectos del

acuerdo, se encuentren en niveles distintos de la cadena de producción o distribución (es decir, que sean verdaderos acuerdos verticales).²

4. Dicha inclusión podría llevarse a cabo mediante una sencilla modificación del apartado 1 del artículo 2 del Proyecto de REC, a fin de incluir en la definición de acuerdos verticales aquellos “que se refieran a las condiciones en que las partes pueden fabricar, adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.
5. A favor de la inclusión de este tipo de acuerdos en el “puerto seguro” del Proyecto de REC está el que se encuentre comúnmente admitido que los acuerdos de subcontratación no incurrían por su propia naturaleza en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE.³ Sin embargo, los acuerdos de subcontratación pueden incluir cláusulas en principio prohibidas por el artículo 81.1 del Tratado CE pero que pueden ser merecedoras de exención en virtud del artículo 81.3 del Tratado CE. Así, en casos en los que el contratista no provee tecnología al subcontratista (supuesto que no se encuentra contemplado en la Comunicación sobre Subcontratación), y siempre que se cumplan las demás condiciones del Proyecto de REC, cabría eximir en bloque cláusulas de no competencia de duración limitada que obliguen al contratista a concentrar sus pedidos en un solo subcontratista o vice-versa.
6. En cuanto a la oportunidad de incluir los acuerdos de subcontratación en el Proyecto de REC, si bien en el Libro Verde la Comisión expresó justamente sus reservas al respecto por la aparentemente escasa frecuencia de este tipo de acuerdos (lo cual justificaba dejarlos para un análisis individual), hoy en día no cabe duda de la importancia de este tipo de acuerdos, particularmente debido al auge de las marcas blancas o marcas de distribuidor. Además, dado que la subcontratación es un procedimiento productivo particularmente útil para el desarrollo de las empresas medianas y pequeñas⁴, parece especialmente justificado incluirla en un Reglamento de exención por categorías que condicione la exención a que las empresas no superen un determinado límite de cuota de mercado.
7. Por lo demás, la inclusión de este tipo de acuerdos en el ámbito objetivo del Proyecto de REC otorgaría una mayor seguridad jurídica a las empresas que la que ofrece la Comunicación sobre Subcontratación. En efecto, la Comunicación no está dotada de la fuerza normativa de un Reglamento (el cual es además directamente aplicable por las autoridades nacionales de competencia). Además, no puede negarse que la

² Esta cuestión ya se planteaba en el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política comunitaria de competencia (COM(96) 721 final, apartado 279), germen de la adopción del actual Reglamento (el “**Libro Verde**”).

³ Comunicación de la Comisión de 18 de Diciembre de 1978 sobre su evaluación de determinados acuerdos de subcontratación en relación con el artículo 85.1 del Tratado CEE, Diario Oficial C1/2 de 1979 (la “**Comunicación sobre Subcontratación**”).

⁴ *Vid.* apartado 1 de la Comunicación sobre Subcontratación.

Comunicación sobre Subcontratación es ya muy antigua y se encuentra inadaptada al contexto industrial y comercial actual; sus previsiones podrían incorporarse, convenientemente actualizadas, al Proyecto de Directrices.

8. Finalmente, para el caso de que no se acoja esta sugerencia, la AEDC considera que debería modificarse el apartado 22 del Proyecto de Directrices por razones de coherencia con la Comunicación sobre Subcontratación. En efecto, dicha Comunicación no limita la definición de acuerdos de subcontratación a aquéllos en los cuales el contratista provee tecnología o equipos al subcontratista⁵, cosa que sí se hace en el apartado 22 del Proyecto de Directrices.

A.2. Restricciones especialmente graves

9. En el sistema del REC Vigente, si un acuerdo vertical contiene una restricción especialmente grave de las contempladas en su artículo 4, todo el acuerdo (y no sólo la cláusula restrictiva de la competencia) pierde el beneficio de la exención. Además, de conformidad con el apartado 66 de las Directrices Vigentes, la Comisión considera altamente improbable que un acuerdo que contenga una restricción especialmente grave pueda ampararse en el artículo 81.3 del Tratado CE conforme a un análisis individual.
10. Este sistema podía estar justificado en el momento en el que se aprobó el REC Vigente, pues se puede pensar que de esta manera se generaba un cierto efecto disuasorio frente a empresas que pudieran pretender incluir restricciones especialmente graves en sus acuerdos. Sin embargo, cabe plantearse si esta finalidad debe seguir orientando en la actualidad la política de la Comisión respecto a la exención en bloque de acuerdos verticales.
11. Ya en el Libro Verde la Comisión se hacía eco de la postura unánime de los interlocutores jurídicos en el sentido de que la existencia de cláusulas restrictivas de la competencia en acuerdos verticales debería conducir a privar del beneficio de la exención sólo a estas cláusulas, pero no al acuerdo en su conjunto⁶. Ello tenía entonces y sigue teniendo hoy en día amparo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha declarado que la nulidad declarada en el artículo 81.2 del Tratado CE solamente afecta a aquellas estipulaciones contractuales que sean incompatibles con el artículo 81.1 del Tratado CE, y que las consecuencias de la nulidad de dichas cláusulas respecto al resto del acuerdo no constituyen una cuestión de

⁵ Aunque en la práctica la Comunicación sólo considera la no aplicación del artículo 81.1 a los acuerdos de subcontratación en los que se provee tecnología o equipos.

⁶ Libro Verde, apartado 252.

Derecho comunitario sino que deben ser determinadas por los tribunales de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas leyes nacionales⁷.

12. Obviamente, el REC Vigente no es contrario a esta jurisprudencia en la medida en que no declara prohibido un acuerdo vertical si éste contiene una restricción especialmente grave de competencia, sino que simplemente le priva del beneficio de la exención en bloque. No obstante, no cabe duda de que el sistema de exención sería más equilibrado (o si se quiere, más acorde con el principio de proporcionalidad) si se privara de la exención en bloque únicamente a aquella parte del acuerdo que infringe el artículo 81.1 del Tratado CE, por muy grave que ésta sea. Dicho de otro modo, un Reglamento de exención por categorías no debería utilizarse para castigar especialmente ciertas restricciones, sino simplemente para eximir las restricciones que tienen amparo en el artículo 81.3 del Tratado CE, y no eximir las demás.
13. Pues bien, si el anterior razonamiento es aplicable al REC Vigente, con mayor motivo lo es respecto al Proyecto de REC, teniendo en cuenta que en el apartado 47 del Proyecto de Directrices se afirma ahora expresamente que la inclusión de una restricción especialmente grave en el acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo infringe el artículo 81.1 del Tratado CE y que es improbable que cumpla los criterios de exención del artículo 81.3 del Tratado CE, si bien esta presunción es vencible alegando razones de eficiencia. Con ello se acerca mucho el tratamiento de las cláusulas especialmente restrictivas al de las cláusulas de no competencia, que se encuentran amparadas por la exención en bloque sólo si su duración es inferior a cinco años, y se analizan individualmente (sin que exista presunción de ilegalidad) en caso contrario. Por tanto, si el sistema de exención funciona de manera similar para las cláusulas especialmente restrictivas y las cláusulas de no competencia, carece de sentido atribuir consecuencias jurídicas tan distintas a unas y otras (pérdida de la exención para todo el acuerdo, en un caso, y sólo para la cláusula restrictiva, en otro).

B. LAS RESTRICCIONES DE LAS VENTAS POR INTERNET

B.1. Aspectos generales

14. El tratamiento normativo que merecen las ventas por Internet está siendo objeto de un intenso debate entre, por un lado, los titulares de marcas de prestigio que explotan redes de distribución (principalmente selectiva) y los operadores de plataformas comerciales *online*. Los primeros son partidarios de mantener en su esencia la legislación existente o de introducir algunas modificaciones que les permitan prohibir plenamente el uso de Internet a sus minoristas. Para los operadores comerciales *online*, sin embargo, la cobertura legal que el REC Vigente y las Directrices Vigentes proporcionan a los

⁷ Asunto 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co KG* [1983] 4173, apdo. 11 y ss.

titulares de las redes de distribución para limitar el uso de Internet en la comercialización de sus bienes en ciertas ocasiones debería ser derogada en el nuevo REC.

La calificación de las ventas por Internet y las restricciones especialmente graves

15. Uno de los aspectos esenciales del debate gira en torno a la naturaleza de las ventas a través de Internet. Dada la evolución que desde el año 2000 ha experimentado el uso de Internet como canal de comercialización, se cuestiona si deben ser consideradas “ventas pasivas” (y por lo tanto no susceptibles de prohibición o limitación)⁸ o, por el contrario, ventas activas, en cuyo caso su prohibición o limitación por parte del fabricante o proveedor a sus minoristas debería beneficiarse de la exención por categorías en el nuevo REC⁹.
16. A este respecto, la Comisión ha optado en su Proyecto de Directrices por seguir considerando las ventas a través de Internet como ventas pasivas¹⁰ y ha incluido al efecto un catálogo no exhaustivo de las restricciones a las ventas pasivas que considera “especialmente graves”¹¹ (las restricciones que impiden o limitan significativamente el uso de Internet por parte de los distribuidores).
17. Respecto a la consideración de las ventas online como ventas pasivas, la AEDC considera que sería aconsejable que la Comisión motivase en las nuevas Directrices las razones que le han llevado a mantener la distinción entre ventas activas y pasivas en el canal Internet¹².

⁸ Apartado 51 de las Directrices Vigentes.

⁹ Este cambio de calificación se basa en la presunción de que Internet es *per se* un medio de comercialización de carácter “activo”, por cuanto que cualquier usuario puede acceder a una plataforma de ventas alojada en un servidor.

¹⁰ Apartados 52 y 53 del Proyecto de Directrices: “Por regla general, un sitio web no se considera una forma de venta activa para ciertos clientes a menos que se dirija específicamente a ellos” (§53).

¹¹ Estas restricciones consisten en:

- exigir a un distribuidor (exclusivo) que impida a los clientes situados en otro territorio (exclusivo) visitar su página web o exigir al distribuidor que ponga en su página web una redirección automática de los clientes a las páginas web del fabricante o de otros distribuidores exclusivos;
- exigir a un distribuidor (exclusivo) que rescinda las transacciones de los consumidores por Internet en cuanto los datos de la tarjeta de crédito revelen una dirección que no esté en el territorio (exclusivo) del distribuidor;
- exigir a un distribuidor que limite la proporción de ventas globales realizadas por Internet; o
- exigir a un distribuidor que pague un precio más alto por los productos destinados a ser revendidos en línea por el distribuidor que por los productos destinados a revenderse fuera de línea. (Apartado 53 del Proyecto de Directrices).

¹² Cabría preguntarse si esta postura se explica por la circunstancia de que todavía serían pocos los consumidores que utilizan Internet para adquirir bienes o servicios en otros Estados miembros. En este sentido, *vid. Commission Staff Working Document - Report on cross border e-commerce in the EU, Brussels, 5.3.2009, SEC(2009)283 final* p. 18: “While e-commerce is taking off at national level, the trade statistics presented in this report show that it is still relatively uncommon for

18. Por su parte, en relación con la iniciativa de la Comisión de incorporar un listado detallado con restricciones a las ventas pasivas prohibidas, se echa en falta que junto a las restricciones especialmente graves la Comisión haga referencia concreta a otras restricciones a las ventas por Internet que, sin impedir totalmente su uso, podrían dificultarlo, como por ejemplo la obligación de consultar o informar al fabricante o proveedor con carácter previo a la realización de una venta a través de Internet.
19. Este tipo de restricciones ya han sido declaradas por la Comisión contrarias al artículo 81.1 del Tratado CE en el asunto Yamaha¹³, en el que la Comisión sostuvo que la mera obligación de consultar o informar al fabricante o proveedor con carácter previo a la realización de una venta en línea constituía una restricción a las ventas pasivas del distribuidor prohibida por el Tratado.
20. En el caso analizado, la empresa imputada había incluido en sus contratos de distribución de algunos instrumentos musicales, principalmente pianos de alta gama de venta en Austria, Bélgica y Alemania, una cláusula que obligaba al distribuidor a contactar con Yamaha Europa GmbH, o una de sus sucursales, antes de realizar cualquier venta por Internet a otro Estado miembro. La Comisión rechazó la justificación de Yamaha referida a la existencia de estándares de seguridad divergentes en los distintos Estados miembros, y declaró que esta obligación de consulta previa desincentivaba las ventas intracomunitarias de los distribuidores de Yamaha reforzando así la compartimentación de los mercados.

La obligación de previa explotación de una tienda física

21. Otro aspecto ampliamente debatido ha sido el referido a la posibilidad de que el fabricante o proveedor pueda exigir unos niveles mínimos de calidad a aquellos distribuidores que deseen servirse de Internet como canal de comercialización. A este respecto, la Comisión incluye como novedad respecto a las Directrices Vigentes una referencia explícita a que el fabricante o proveedor, especialmente en el caso de la distribución selectiva, puede exigir que sus distribuidores exploten una tienda o sala de exposición física antes de iniciar la distribución a través de Internet.
22. Esta última aclaración choca frontalmente con la posición defendida por gran parte de los operadores *online* según los cuales nada justificaría (ni siquiera la complejidad técnica del producto o su carácter de producto de lujo) la reserva por parte de un fabricante o proveedor de la utilización del canal de Internet a los distribuidores

consumers to use the internet to purchase goods or services in another Member State. The gap between domestic and cross-border e-commerce is widening as the potential and interest that appears to exist among consumers and businesses is being stymied”.

¹³ Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, asunto COMP/37.975, *PO/Yamaha*. (no publicada en el Diario Oficial).

autorizados que exploten también un punto de venta física. Para esta corriente, el nuevo REC debería excluir del ámbito de la exención por categorías la discriminación por parte de los fabricantes entre diferentes canales de distribución, por cuanto que ello limita la elección por los consumidores del canal de distribución que estimen más conveniente y es utilizada por los fabricantes o proveedores para restringir la competencia en precios¹⁴.

23. Inciden los defensores de esta postura en que si, como alegan los fabricantes de este tipo de productos, el acceso y el contacto físico con el producto¹⁵ es esencial o muy relevante en la configuración de la decisión de compra del potencial cliente, la distribución a través de Internet no debería presentar una competencia efectiva frente a los puntos de venta físicos, por lo que carece de sentido limitar la distribución de los productos al canal *off line* o fuera de línea¹⁶
24. La AEDC considera, sin embargo, acertada la propuesta de incluir la aclaración mencionada en el apartado 21 anterior, que entiende coherente con la postura de la Comisión en los asuntos *Yves Saint Laurent Parfums* (en adelante “YSLP”)¹⁷ y *B&W Loudspeakers*¹⁸. La AEDC opina igualmente que se debería hacer referencia explícita a que no existe ninguna disposición en el REC que permita a un fabricante o proveedor, especialmente en el marco de un sistema de distribución selectiva, condicionar la utilización del canal de Internet por sus puntos de venta físicos a que el minorista haya explotado previamente un punto de venta físico durante un plazo superior a un año, o reservar el lanzamiento de los nuevos productos durante el plazo máximo de un año a los puntos de venta físicos¹⁹.

¹⁴ Informe de E-Bay, *cit.* “Empowering consumers by promoting access to the 21st Century Market”, p. 34.

¹⁵ Las grandes marcas de productos de lujo argumentan que una de las características esenciales de este tipo de productos es la llamada “*optimal matching function*” (“función óptima de ajuste” en una traducción libre al español). La apreciación de los productos de lujo es altamente subjetiva porque está vinculada a percepciones personales y a la imagen que el consumidor desea proyectar de sí mismo. Por ello, se argumenta que es esencial para el consumidor encontrar el producto que se ajuste a su imagen ideal, para lo que es necesario el contacto físico con el mismo.

¹⁶ Kinsella y Melin, “Who’s afraid of the Internet time to put consumer interest at the heart of competition”, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ IP/01/713, 17 de mayo de 2001 (*Yves Saint Laurent Parfums*). Nótese que la Comisión no adoptó una decisión formal en este asunto y se limitó a archivar el expediente cuando YSLP aceptó, a requerimiento de la Comisión, permitir el uso de Internet a sus puntos de venta autorizados.

¹⁸ IP/00/1418, 6 de diciembre de 2000 y IP/00/520, 24 de mayo de 2000. En este sentido también el Apartado 15 del *Report on opportunities and barriers on online retailing* presentado por la Online Commerce Roundtable y disponible en:

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_online_commerce/roundtable_report_en.pdf

¹⁹ Cour d’Appel de Paris, 4^{ème} Chambre – Section B, Arrêt du 18 avril 2008, n° 07/04360.

Exigencia del test previo

25. Otra cuestión que se ha planteado en la práctica es si la exigencia por el proveedor al distribuidor (selectivo o no) de que realice demostraciones o tests de producto en los puntos de venta físicos autorizados antes de proceder a su venta a través de Internet puede beneficiarse de la exención por categorías o si, por el contrario, constituye una restricción a las ventas pasivas y, por consiguiente, queda excluida del REC.
26. Entendemos que la respuesta a esta pregunta dependerá de las características del producto más que del sistema de distribución elegido. No parece ilógico, *a priori*, considerar que determinados productos requieren antes de su venta y entrega una demostración previa en el punto de venta físico de su funcionamiento, de sus características o de su instalación. En estos casos, la exigencia de dicha demostración o información previa *in situ* debería poder beneficiarse de la exención por categorías o incluso situarse fuera del perímetro de la prohibición del Artículo 81.1 del Tratado CE. A título de mero ejemplo cabría citar aquella maquinaria o equipo que sin una adecuada demostración en el establecimiento de venta pueda producir un perjuicio físico al consumidor, dañar el propio producto o generar una desilusión en el consumidor por un uso inadecuado, de tal modo que con ello se pueda llegar a producir un menoscabo del prestigio de la marca. El Conseil de la Concurrence francés ha resuelto que este requisito, aplicado a aparatos reproductores de música de alta gama, está cubierto por el REC.

Niveles mínimos de calidad exigibles a una página de Internet

27. Sin perjuicio de las anteriores observaciones, parece que, a diferencia de la situación anterior a la reforma introducida en el año 2000, existe en la actualidad una mayor experiencia sobre los niveles mínimos de calidad que pueden exigirse para el uso de un sitio en Internet. Por ello, la AEDC entiende que la Comisión debería aprovechar esta reforma para proporcionar un listado no exhaustivo de exigencias que, en principio, estarían amparadas por el nuevo REC, así como de aquellas que quedarían excluidas del ámbito de la exención por categorías.
28. A estos efectos, podrían servir de guía algunas decisiones recientes del Conseil de la Concurrence, por ejemplo en los asuntos *Festina France*²⁰, *Hi-fi*²¹ o *Cosmetics*²², en los que se distinguen las exigencias de calidad que pueden ser legítimamente exigidas a los distribuidores de aquellas otras que, por ser poco razonables, darían lugar a un ilícito

²⁰ Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution de montres commercialisées par Festina France. Confirmada por la Cour d'Appel en sentencia de 16 de octubre de 2007.

²¹ Décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma.

²² Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

concurrencial²³. Por ejemplo, en el asunto *Cosmetics*, el Conseil de la Concurrence admitió que la prohibición o restricción impuesta por los proveedores de cosméticos a sus distribuidores de recurrir a las plataformas de terceros estaba justificada.

29. En el caso de que la Comisión optara por no profundizar más en las orientaciones sobre las justificaciones objetivas que permitirían excluir el uso de Internet a los minoristas (como parece probable que ocurra en vista de que el apartado 54 del Proyecto de Directrices reproduce las orientaciones actualmente vigentes), se corre el riesgo de que se alcancen soluciones divergentes ante problemas idénticos en las diferentes jurisdicciones y entre éstas y la propia Comisión. La AEDC entiende que no avanzar en este aspecto supone perder la oportunidad de introducir un mayor grado de seguridad jurídica que considera es deseable en este ámbito, especialmente en lo que respecta a los productos de lujo y, en particular, a los perfumes y cosméticos de alta gama.
30. El análisis de algunas decisiones recientes desvela que el mencionado riesgo de que se produzcan divergencias entre jurisdicciones ya se ha hecho efectivo. Así, mientras que la Comisión y al menos una autoridad de competencia de un Estado Miembro sostienen que la existencia de un sistema de distribución selectiva de productos de alta gama no justifica la inclusión en el ámbito de la exención del REC de una prohibición o limitación a las ventas a través de Internet²⁴, la Cour de Cassation de Belgique en sentencia de 10 de octubre de 2002, dictada en el asunto *Makro c. Beauté Prestige Internacional [et alrii]* (Nº C.0300.F), y confirmatoria de la sentencia del Tribunal de Apelación de Lieja, ha adoptado la postura contraria.

²³ En el asunto *Festina*, el Conseil de la Concurrence admitió los siguientes requisitos relacionados con el sitio web del distribuidor: la obligación de mostrar los productos de manera que evite su confusión con los productos competidores y el sometimiento a la previa aprobación de Festina de la información, logos, *banners*, color y formato relacionado con los productos (Apartados 88 y ss.). Asimismo, en el asunto *Hi-Fi*, el Conseil aceptó el requisito que exigía que el sitio web del distribuidor respete los requisitos gráficos (formatos de imágenes, tamaño de letra, etc.) del proveedor e incluya un vínculo al sitio web del proveedor (Apartado 18). Igualmente, en el asunto *Cosmetics*, el Conseil aceptó como válidos la fijación de requisitos de calidad por parte del proveedor, pero rechazó por excesivamente restrictiva la imposición por el proveedor del tamaño de las imágenes de los productos a subir en el sitio web o el requisito de que los distribuidores dispusieran de un “sitio web” reservado exclusivamente a los productos comercializados bajo consejo farmacéutico.

Sin embargo, el Conseil aceptó que el proveedor pudiese exigir al distribuidor la inclusión en su sitio web de una “página” dentro del mismo sitio web dedicada a este tipo de productos, siempre y cuando no conllevara un punto de pago específico. El Conseil argumentaba que, en dicho caso, el usuario tendría que realizar varios pagos cuando quisiera adquirir otros productos (que no requieran consejo farmacéutico) a través del sitio web del distribuidor, lo que podría desincentivar el uso del canal Internet por los potenciales compradores y, por ello, restringir o desincentivar indebidamente su uso por los distribuidores (Apartados 100 a 102).

²⁴ Postura de la Comisión en el asunto *Yves Saint Laurent Parfums* (IP/01/713, 17 de mayo de 2001) y del Conseil de la Concurrence en los asuntos *Hi-Fi*, cit., y *Cosmetics*, cit.

31. En línea con esta última postura, la Cour de Cassation ha concluido que la prohibición de realizar ventas por catálogo o Internet impuesta por varios fabricantes de perfumes de lujo a los miembros de sus redes de distribución selectiva en Bélgica no incurre ni en la prohibición del Artículo 81.1 del Tratado CE ni en la prevista en la disposición equivalente en Derecho belga de la competencia²⁵.

B.2 Los sistemas de comercialización que combinan varias modalidades de distribución: los límites a las restricciones de las ventas del distribuidor

Combinación de distribución exclusiva con distribución selectiva

32. Tanto las Directrices Vigentes como el Proyecto de Directrices aluden con carácter general a la posibilidad de combinar, dentro del parámetro de la exención por categorías, la distribución exclusiva y la distribución selectiva.

33. Esta combinación puede adoptar dos modalidades:

(i) El fabricante o proveedor quiere que todos sus distribuidores sean exclusivos y selectivos a la vez. Esto sucederá cuando se le asigna a cada uno de los distribuidores, elegidos en función de un conjunto de criterios objetivos predeterminados, un territorio exclusivo.

(ii) En el segundo supuesto, el fabricante o proveedor prevé recurrir a la distribución exclusiva en algunos territorios y a la distribución selectiva en otros (por ejemplo, un sistema de distribución selectiva para Francia y Holanda, y un sistema de distribución exclusiva en el Reino Unido). Esta combinación se puede dar cuando un operador económico considera que un sistema de distribución exclusiva es más adecuado para los mercados emergentes, mientras que en los mercados más maduros el sistema de distribución selectiva puede resultar más eficiente.

34. El Proyecto de Directrices recoge que ambas modalidades se beneficiarán de la exención siempre y cuando no se prohíban las ventas activas o pasivas por parte de los distribuidores autorizados en otros territorios, y sin perjuicio de que el proveedor pueda prohibir al distribuidor vender los productos fuera del establecimiento autorizado (apartado 148 del Proyecto de Directrices).

35. Respecto a la segunda modalidad, se ha planteado si las normas vigentes permiten que el fabricante o proveedor prohíba las ventas activas de sus *distribuidores selectivos* en

²⁵ Según el Tribunal de Apelación de Lieja, ni el REC Vigente ni las Directrices Vigentes impiden justificar objetivamente esta restricción en la necesidad de proporcionar una adecuada atención personalizada a los consumidores de este tipo de productos, atención que no sería posible proporcionar en las ventas a través de catálogo o Internet.

los territorios asignados a sus *distribuidores exclusivos*. Como se indica a continuación, la AEDC considera que la aplicación del REC a este tipo de situaciones no está bien resuelta.

36. El artículo 4(c) del REC Vigente y del Proyecto de REC excluye del ámbito de la exención la prohibición de ventas activas y pasivas por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor. Por lo tanto, en principio, un fabricante o proveedor no puede prohibir a sus distribuidores selectivos las ventas activas en los territorios de sus distribuidores exclusivos ni tampoco puede prohibirles las ventas activas (ni *a fortiori* las ventas pasivas) a sus distribuidores exclusivos en el territorio donde opera a través de un sistema de distribución selectiva porque, en este último caso, puede que el territorio no se haya asignado con carácter exclusivo solamente a un distribuidor, tal y como exige el Apartado 50 de las Directrices Vigentes (y el apartado 51 del Proyecto de Directrices).
37. Las Directrices Vigentes no contemplan este tipo de situaciones, ni tampoco parece que exista ninguna decisión de la Comisión en la que se proporcione pauta interpretativa al respecto. Por lo tanto, en opinión de la AEDC, la vigente normativa crea un innecesario grado de inseguridad jurídica que la Comisión debería resolver en el actual proceso de reforma. La actual situación puede impedir o desincentivar por parte de los fabricantes o proveedores el establecimiento de una combinación de distribución exclusiva y selectiva para la venta de sus productos en función de las características de cada uno de los mercados nacionales, y forzar el recurso a un modelo de distribución menos óptimo, como la distribución a través de su propia fuerza de ventas (integración vertical) o a un sistema puro de distribución exclusiva o de distribución selectiva.
38. La AEDC observa que tampoco se han incluido orientaciones en el Proyecto de REC ni en el Proyecto de Directrices que proporcionen una mayor seguridad jurídica en este tipo de situaciones. Por ello, entiende que sería recomendable que la Comisión regulase este tipo de supuestos, indicando que en estos casos es posible imponer a los distribuidores selectivos una prohibición de ventas activas en el territorio asignados a un distribuidor exclusivo.

Combinación de distribución exclusiva y acuerdos de transferencia de tecnología

39. El Proyecto de REC no incluye ninguna novedad respecto a la regulación contenida en el REC Vigente. Sin embargo, la regulación actual no resulta satisfactoria en situaciones en las que por ejemplo el fabricante o proveedor nombra a un distribuidor exclusivo en España, y a la vez, concede una licencia exclusiva de patente para la producción y ulterior distribución del producto fabricado a un licenciataria en el Reino Unido.
40. En este supuesto, el proveedor no puede prohibir al distribuidor exclusivo las ventas activas en el territorio asignado al licenciataria, porque, de conformidad con el tenor literal del Artículo 4(b) del REC Vigente, dicha prohibición sólo se beneficia de la

exención del REC si se refiere al territorio o grupo de clientes que el fabricante o proveedor se haya reservado en exclusiva para sí o que haya asignado en exclusiva a “otro comprador”. “Otro comprador” será normalmente en el contexto del REC otro distribuidor exclusivo, pero no parece que un licenciataria exclusivo pueda ser calificado como un “comprador”.

41. El resultado es insatisfactorio, ya que bajo el REC Vigente esta restricción de ventas activas en beneficio de los licenciataria exclusivos no estaría permitida, mientras que con el antiguo REC 1983/83²⁶ estaba amparada por la exención. Que un distribuidor exclusivo pueda disfrutar de una mayor protección territorial que un licenciataria exclusivo no resulta coherente ni desde el punto de vista estrictamente normativo, ni desde un punto de vista del funcionamiento real de los mercados.
42. En el caso del distribuidor exclusivo, y a la luz de la interpretación del vigente REC de exención aplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología²⁷ que se expone en los párrafos siguientes, el licenciante podría protegerlo durante toda la duración del contrato respecto de las ventas activas y pasivas de sus licenciataria exclusivos²⁸, mientras que el licenciataria exclusivo sólo puede ser protegido frente a las ventas activas y pasivas²⁹ de los otros licenciataria del fabricante (pero no de las ventas activas de los distribuidores del licenciataria como se ha explicado anteriormente).
43. A nuestro entender, nada justifica la existencia de esta situación. Las mismas razones que existen para proteger a unos distribuidores exclusivos de otros distribuidores (exclusivos o no) se pueden predicar, todavía más si cabe, respecto de un licenciataria exclusivo. Es muy probable que este último tenga que realizar inversiones mucho más significativas (que las que normalmente se requieren de un distribuidor exclusivo) para empezar a fabricar con la tecnología licenciada, pues normalmente deberá desarrollar la tecnología y en algunos casos construir una línea de producción³⁰. Por lo tanto, a juicio

²⁶ REC (CEE) n° 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (Diario Oficial L 173/1 de 1983).

²⁷ REC (CE) n° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (“**RECATT**”) (Diario Oficial L 123/11 de 2004).

²⁸ Artículo 4.2(b)(i) del RECATT.

²⁹ En el caso de las ventas pasivas, sólo durante un periodo máximo de dos años a partir de la comercialización del producto en el territorio del licenciataria protegido (Artículo 4.2.(b)(ii) del RECATT).

³⁰ Baches Opi, S., “*The approaches of the European Commission and the U.S. antitrust agencies towards exclusivity clauses in licensing agreements*”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. XXIV, No. 1, Winter 2001, pp. 123-126. Valentine Korah, en su libro *Distribution Agreements Under EC Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 182-183, destaca que esta situación refleja el “triunfo de la teología formal sobre el sentido común” (nuestra traducción del original en inglés), y recuerda que discutió este aspecto con los funcionarios encargados de redactar el vigente REC nueve meses antes de su entrada en vigor.

de la AEDC es recomendable que el nuevo REC (o al menos las nuevas Directrices) incluyan una referencia a este tipo de situaciones, de manera que se indique expresamente que el licenciante puede prohibir al menos las ventas activas a sus distribuidores exclusivos en el territorio asignado a un licenciatarario exclusivo sin perder el beneficio de la exención por categorías.

44. En cuanto a la situación inversa, es decir, el otorgamiento de protección territorial a los distribuidores exclusivos frente a los licenciatararios del proveedor, cabría argumentar al amparo del antiguo Reglamento (CE) nº 240/96, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (RECATT)³¹ que el licenciante podía prohibir a sus licenciatararios las ventas activas y pasivas, al menos, en el territorio reservado a un distribuidor exclusivo³².
45. Del mismo modo, las actuales Directrices de acompañamiento parecen interpretar el vigente RECATT en el sentido de que el licenciante puede reservarse para sí los territorios no asignados a su licenciatarario y ello, aunque en algunos de dichos territorios opere un distribuidor exclusivo. En estos casos, el licenciante puede reclamar haberse reservado en exclusiva para sí el territorio en cuestión por el mero hecho de no haber concedido ninguna licencia³³. De este modo, puede prohibir las ventas activas y pasivas de sus licenciatararios en los territorios reservados para sí, protegiendo a sus posibles distribuidores exclusivos. En todo caso, y en aras a una mayor seguridad jurídica, convendría que la Comisión aclarase su postura a este respecto aprovechando la reforma del REC Vigente y de sus directrices.

B.3 Los límites a los criterios de selección

46. En el apartado 172 del Proyecto de Directrices se destaca que está cubierta por el Proyecto de REC tanto la distribución selectiva cualitativa como la cuantitativa, mientras la cuota de mercado del comprador y del proveedor no exceda, individualmente, el 30%.

³¹ Diario Oficial L 31/2 de 1996.

³² Esta interpretación encontraba apoyo en la definición de *territorio del licenciante* contenida en el artículo 10.12 del antiguo RECATT: *territorio con respecto al cual el licenciante no ha concedido licencia alguna respecto de la patentes y/o del know-how a que se refiere el acuerdo de licencia*.

³³ Apartado 53 de las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología (Diario Oficial C 101/2 de 2004). Al amparo de estas Directrices, se puede argumentar que un licenciatarario se ha reservado para sí un territorio o grupo de clientes incluso aunque éste produzca con la tecnología licenciada en dicho territorio o para dicho grupo de clientes. Un territorio o un grupo de clientes también puede ser reservado por el licenciante para su ulterior explotación (apartado 100 y artículo 4(2)(b)(i) del RECATT). *Vid.* en este sentido V. Korah sugiriendo la posibilidad de esta interpretación, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, p. 66 (2006): “*It can probably protect the territory of an exclusive distributor: if no license has been granted for the territory protected, it may be reserved for the licensor*”.

47. Lo que no aclaran las actuales Directrices, ni tampoco el Proyecto de Directrices, es si, en ausencia de efectos acumulativos, un fabricante o proveedor está facultado dentro del límite del umbral del 30% para excluir directa o indirectamente ³⁴ a determinadas formas modernas de distribución (como, por ejemplo, grandes almacenes, tiendas o almacenes de descuento o supermercados) sin perder el beneficio de la exención automática del REC.
48. La Comisión se refiere en el apartado 189 de las Directrices Vigentes (orientación que se reproduce en el apartado 175 de el Proyecto de Directrices) a la exclusión de nuevos distribuidores, especialmente almacenes de descuento, como un posible efecto restrictivo de los sistemas de distribución selectiva. Sin embargo, el citado apartado trata de a la retirada de la exención automática del REC en caso de efectos acumulativos. Por lo tanto, no queda claro si esta exclusión automática de determinadas formas de distribución constituye una preocupación de la Comisión en el específico contexto de los efectos acumulativos producidos por varias redes de distribución selectiva, o más bien una preocupación de carácter general.
49. La Comisión vuelve a referirse a la exclusión de los almacenes de descuento en el ejemplo de distribución selectiva que proporciona en el apartado 198 de las Directrices Vigentes (apartado 184 del Proyecto de Directrices) y que, precisamente, recoge de nuevo un supuesto de distribución selectiva con efectos acumulativos.
50. En principio, cabría argumentar que la exclusión *a priori* de determinadas formas de distribución estaría exenta al amparo del REC porque el Proyecto de REC define en su Artículo 1, letra d), la distribución selectiva como un sistema en el que el proveedor selecciona a sus distribuidores sobre la base de criterios específicos. Por lo tanto, nada parecería oponerse a que uno de dichos criterios sea que el distribuidor no comercialice los productos a través a través de una determinada modalidad o formato de distribución. Ello no obstante, y dadas las dudas que plantea en la práctica la aplicación del Proyecto de REC a un acuerdo de este tipo, la AEDC recomienda que la Comisión incluya una orientación sobre este tipo de supuestos en el Proyecto de Directrices.

C. EL MANTENIMIENTO DEL PRECIO DE REVENTA

51. La Comisión ha decidido seguir contemplando el mantenimiento del precio de reventa (el “MPR”) — es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador — como una restricción especialmente grave a efectos de la aplicación del Proyecto de REC.

³⁴ Por ejemplo, exigiendo que el artículo suministrado represente un porcentaje más o menos elevado de las ventas totales del establecimiento.

52. Esta decisión, junto con la clasificación del MPR en el Proyecto de REC y en el Proyecto de Directrices como una práctica que tiene ‘por objeto’ restringir el desarrollo de la libre competencia³⁵ y para el cual no es necesario, por lo tanto, demostrar la existencia de efectos reales de restricción de la competencia³⁶, contradice la postura de la Comisión expresada en la reforma del Artículo 82 del Tratado CE en la que se enfatiza la necesidad de analizar cada práctica con base en los efectos que la misma pueda tener en los mercados afectados.
53. Asimismo, la decisión es contraria a la manera en la que el MPR se analiza en los Estados Unidos donde, desde junio de 2007, la decisión de la Corte Suprema en el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. Vs. PSKS, Inc* estableció que el análisis del MPR debe realizarse bajo la “regla de la razón” (*rule of reason*).³⁷ La Comisión ha manifestado públicamente en alguna ocasión recientemente que los argumentos sobre eficiencias en apoyo del MPR no son sólidos³⁸.
54. Sin embargo, por primera vez la Comisión ha incluido en el Proyecto de Directrices ciertas circunstancias y escenarios en las que una obligación de mantener un precio de reventa podría llegar a cumplir las condiciones necesarias, por razón de las eficiencias generadas, de la exención individual establecida en el artículo 81(3) del Tratado CE, y por tanto estar permitida en la UE. En este sentido, el Proyecto de Directrices enumera como potenciales eficiencias las siguientes: (i) inducir a los distribuidores a incrementar la demanda cuando los fabricantes introduzcan una nueva marca o accedan a un nuevo mercado, (ii) facilitar promociones de precios a corto plazo (entre dos y seis semanas) en una red de franquicias o sistema de distribución similar, y (iii) evitar que un gran distribuidor utilice una marca para vender por debajo del coste como reclamo, beneficiando a corto plazo a los consumidores, pero que en el caso de que el producto fuera excluido por otros minoristas, tendría como resultado a medio y largo plazo, una reducción de la competencia intermarca, en perjuicio de los consumidores (“*loss leader*”).
55. La AEDC considera positivo el cambio de enfoque económico en relación con el MPR, en particular mediante la inclusión expresa de una lista, a nuestro entender no exhaustiva, de posibles eficiencias resultantes del establecimiento de precios de reventa. En efecto, de acuerdo con el Proyecto de Directrices, cuando las partes justifiquen que puedan obtenerse eficiencias de la existencia del MPR y demuestren que se cumplen

³⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:ES:PDF>, apartado 23.

³⁶ *Ibid.*, apartado 20.

³⁷ Supreme Court of the United States (2007), *Leegin Creative Leather Products, Inc vs. PSKS, Inc (DBA Kay's Kloset)*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the fifth Circuit, No. 06.480. Argued March 26th 2007. Decided June 28th 2007.

³⁸ OECD DAF/COMP/WD(2008)64, de 13 Octubre de 2008, Roundtable on resale price maintenance, note by the European Commission.

todas las condiciones del artículo 81(3) del Tratado CE, la Comisión deberá realizar un análisis (y no simplemente una asunción) de los eventuales efectos negativos en la competencia, antes de concluir si se cumplen o no las condiciones del artículo 81(3) del Tratado CE.

56. A pesar de los avances, la Comisión sigue dispensando un trato diferenciado al MPR frente al resto de acuerdos verticales, para los que la Comisión dispone la aplicación de un análisis de licitud basado en los efectos (apartados 92 y 93 del Proyecto de Directrices):
57. En contraste con el enfoque general dispensado a los acuerdos verticales, donde la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe lo dispuesto en el artículo 81.1 del Tratado CE, recae en la Comisión³⁹, en los acuerdos que incluyen una cláusula de MPR existe la “presunción de que el acuerdo restringe la competencia y entra por tanto en el ámbito del artículo 81, apartado 1”.⁴⁰ Adicionalmente, la Comisión también considera que un acuerdo que incluye MPR “da lugar a la presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 81, apartado 3”⁴¹.
58. En definitiva, si bien es cierto que existe una clara intención de reconocer que el MPR no siempre tiene efectos restrictivos sobre la competencia y tiene el potencial de generar eficiencias en beneficio de los consumidores finales (la inclusión del apartado 221 en el Proyecto de Directrices es un claro ejemplo en el cual la Comisión provee una lista tentativa de las eficiencias que pueden generarse gracias a un acuerdo de MPR), la presunción de ilegalidad que se deduce del apartado 219 del Proyecto de Directrices, unido al hecho de que son las empresas quienes deben probar que el acuerdo generará eficiencias, sugiere que el tratamiento del MPR bajo el artículo 81 de Tratado CE continúa siendo más cercano a una prohibición *per se* que a un enfoque orientado al análisis basado en los efectos.
59. A este respecto, la AEDC considera que la actual revisión del modelo de restricciones verticales constituye una oportunidad para clarificar en mayor medida el alcance e impacto que una cláusula de esta naturaleza puede tener en el derecho comunitario de la competencia, en particular en cuanto al enfoque económico que la Comisión parece considerar prioritario en este tipo de restricciones.
60. El MPR, como cualquier otra restricción vertical, tiene el potencial de generar efectos positivos o negativos sobre la competencia. La Comisión establece en los apartados 220 y 221 del Proyecto de Directrices que el MPR puede facilitar la colusión entre los proveedores aumentando la transparencia de los precios en el mercado. Ello puede tener lugar mediante un reforzamiento en la transparencia de los precios en el mercado,

³⁹ Apartado 92 del Proyecto de Directrices.

⁴⁰ Apartado 219 del Proyecto de Directrices.

⁴¹ *Ibid.*

facilitando la colusión entre los distribuidores, eliminando la competencia de precios intramarca, y disminuyendo la competencia entre fabricantes y/o distribuidores (*i.e.* disminuyendo la presión sobre los márgenes de los fabricantes).

61. Sin embargo, el MPR no facilita la colusión en todos los casos, sino que sólo tiene lugar si se impone el MPR ampliamente. Además, la teoría y los análisis económicos muestran como, en ciertas circunstancias, una cláusula de MPR puede elevar el grado de bienestar de los consumidores. Este es el caso del escenario de monopolio, eliminando la “*double marginalisation inefficiency*”. Adicionalmente, el MPR puede incrementar la competencia intermarca entre fabricantes, e incluso la competencia intramarca, en este último caso excepto a nivel de precios (*i.e.* cuando un distribuidor ofrece servicios de mayor calidad o de un valor superior). Ello se demuestra claramente cuando el volumen de ventas se incrementa a pesar de existir un incremento del precio. No hay que olvidar tampoco que la competencia de precios puede alimentar la existencia del fenómeno de “*free riding*”, en particular en relación a productos nuevos y complejos. En ambos casos el MPR puede ser utilizado para impedir este fenómeno y motivar a los distribuidores a ofrecer servicios de mejor calidad.

62. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Leegin* va incluso más lejos cuando afirma:

[it is difficult to] state with any degree of confidence that resale price maintenance always or almost always tend[s] to restrict competition and decrease output⁴².

63. En definitiva, desde una perspectiva económica, obtener un balance entre los efectos negativos y positivos sólo puede establecerse en base a los hechos concretos de cada caso. Por ejemplo, un indicio del potencial negativo de acuerdos que incluyen MPR podría ser el nivel de concentración del mercado aguas arriba (a mayor concentración, mayor riesgo que un acuerdo colusorio pueda sostenerse). En este sentido, el Proyecto de Directrices considera, a nuestro entender con buen criterio, que el MPR únicamente debería tener efectos anticompetitivos en el caso de imponerse por un operador con una posición importante en el mercado, o en aquellos mercados donde exista una mínima competencia intramarca.

64. No avanzar un paso más en la aplicación del enfoque económico a los acuerdos que incluyen MPR llevaría a la Comisión a exigir un umbral probatorio excesivamente elevado a las partes para aceptar eficiencias y llegar a considerar el MPR como una conducta permitida.

⁴² Supreme Court of the United States (2007), *op. cit.*, p. 3.

65. En este sentido, conviene enfatizar que tal como indica la Comisión en el caso de un “*loss leader*”, para poder argumentar que existe una eficiencia como resultado del establecimiento de una cláusula de MPR, no bastaría con probar la erosión realizada sobre una marca existente en el mercado a resultas de una guerra de precios entre distribuidores, sino que resultaría necesario que ésta fuera eliminada de la cartera de negocio de otros distribuidores, con la consiguiente reducción de la competencia intermarca. Este criterio tan estricto no parece ser del todo consistente con el enfoque económico anunciado por la Comisión en la aplicación de las normas comunitarias del derecho de la competencia, y tampoco con la discusión llevada a cabo por parte de los Tribunales Comunitarios respecto a en qué circunstancias éstos consideran que un acuerdo tiene como “objeto” o “efecto” impedir restringir o falsear el juego de la competencia⁴³.
66. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia (“TPI”) en el asunto *Glaxo* estableció que las medidas dirigidas a limitar el comercio paralelo, en general, no podían ser caracterizadas automáticamente como restrictivas de la competencia por su “objeto”, sino únicamente en la medida en que impidan que los consumidores finales se beneficien de las ventajas de una competencia efectiva en términos de suministro o precio. Ello debería también ser cierto respecto del acuerdo de un fabricante con una posición discreta en el mercado, y con la posibilidad de argumentar que las restricciones resultantes del establecimiento de una cláusula de MPR son objetivamente necesarias para introducir una nueva marca o acceder a un nuevo mercado. En tal caso, una cláusula de MPR no debería ser considerada automáticamente como restrictiva de la competencia por su “objeto”, tal y como sí parece hacer la Comisión en el Proyecto de Directrices.
67. En este sentido, llama la atención que la Comisión no se refiera en el Proyecto de REC ni en el Proyecto de Directrices a la controvertida y en ocasiones traumática relación entre el mantenimiento de la competencia efectiva en la UE a través de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y el resto de los objetivos establecidos en el Tratado, en particular la integración y creación de un mercado Europeo único. Esta última ha sido en numerosas ocasiones la principal justificación por parte de la Comisión a la hora de prohibir la fijación de precios de reventa de los acuerdos verticales que ha analizado a los largo de los años⁴⁴. En efecto, el Proyecto de Directrices se limita únicamente a indicar que cuando un fabricante introduzca una nueva marca o se incorpore a un nuevo mercado, el MPR podrá ser útil para inducir a los distribuidores a tener más en cuenta el interés del fabricante en desarrollar una demanda para el producto. Sin embargo, la

⁴³ Asunto T-168/01 *GlaxoSmithKline services / Comisión* [2006] (el “**Asunto Glaxo**”), y Asunto C-209/07, *The Competition Authority v Beef Industry Development Society* [2008].

⁴⁴ *Deutsche Philips*, OJ [1973] L 293/40, *Gerofabriek*, OJ [1977] L 16/8, *Novalliance/Systemform*, OJ [1977] L 47/11, *Nathan-Bricolux*, OJ [2001] L 54/1, *JCB*, OJ [2002] L 69/1, *Pronuptia de Paris v Schillagills*, Case 161/84 [1986], y Decisión COMP 37.975 *PO/Yamaha*, de 16 de Julio 2003 (no publicada en el Diario Oficial).

Comisión no entra a analizar la compatibilidad de esta afirmación con toda la jurisprudencia anterior existente en relación al comercio entre Estados miembros y la integración del mercado europeo.

68. En definitiva, el texto del Proyecto de Directrices no recoge cómo un acuerdo que incluya una cláusula de MPR puede llegar a cumplir las condiciones necesarias de exención del artículo 81.3 del Tratado CE. La AEDC entiende que la Comisión debería incluir expresamente esta afirmación en el texto final de la Directrices. En efecto, este tipo de cláusulas (MPR) deberían beneficiarse de un tratamiento similar en la medida en que la Comisión considera que los efectos del MPR sobre el bienestar de los consumidores son similares a aquellos producidos por otras restricciones verticales.
69. Al respecto, queda claro que si no existiera una prohibición *per se* implícita hacia acuerdos que incluyan MPR o, dicho de otro modo, si el Proyecto de Directrices fuera explícito en aclarar que el MPR será evaluado mediante un análisis basado en los efectos reales o probables de la práctica, es de esperarse el MPR se convertiría en una práctica más frecuente. En efecto, el análisis legal interno que los fabricantes harían sobre el riesgo de incluir cláusulas de MPR en acuerdos verticales sería igual que para cualquier otra restricción vertical. En el caso de fabricantes con bajo o nulo poder de mercado, el riesgo sería bajo. De ser así, es posible que el efecto para los consumidores podría incluso ser positivo.

D. LA EXCLUSIÓN DE LA EXENCIÓN GENERAL POR LA CUOTA DE MERCADO DE LAS PARTES

70. El artículo 3 del Proyecto de REC, en línea con el REC Vigente, limita la exención en bloque de los acuerdos verticales a aquellos casos en que las partes no superen una determinada cuota de mercado.
71. La novedad propuesta por el artículo 3 del Proyecto de REC y el apartado 2 del Proyecto de Directrices respecto al REC y las Directrices Vigentes reside en considerar excluidos de la exención general todos los acuerdos verticales en los que la parte adquirente ostente poder de mercado⁴⁵. La Comisión limita así aún más la aplicación de la exención general, de la que ya sólo pueden beneficiarse los acuerdos verticales alcanzados por empresas sin poder de mercado. Gráficamente:

⁴⁵ A este respecto, hacemos notar que la versión española difiere, entendemos que equivocadamente, de las versiones inglesa y francesa del Proyecto de Directrices. En la versión española, el apartado 2.1 (párrafo 127), el apartado 2.2 (párrafo 148), el apartado 2.6 (párrafo 189) mantienen que la exención general, de forma inconsistente con lo dispuesto en el artículo 3 del Proyecto de Reglamento, se aplicará siempre que la cuota de mercado del proveedor no supere el 30%. Hemos considerado por tanto como válidas la versión francesa e inglesa del Proyecto de Directrices y hemos basado nuestro análisis en dichas versiones.

Aplicación de la exención por cuota conforme al artículo 3 del REC Vigente

Proveedor Adquirente	<30%	>30%
<30%	Exento	No exento
>30%	No exento	No exento

Aplicación de la exención por cuota conforme al artículo 3 del Proyecto de
REC

Proveedor Adquirente	<30%	>30%
<30%	Exento	No exento
>30%	No exento	No exento

72. Desde sus orígenes, la regulación de los acuerdos verticales ha partido del principio básico del derecho de la competencia según el cual “*combinar sustitutos es perjudicial y combinar complementos es beneficioso, salvo que se demuestre lo contrario*”. A partir de dicha presunción, se han elaborado numerosas teorías basadas en el análisis de probabilidades que han combinado diversas variables y han analizado el efecto que las variaciones en dichas variables pueden desplegar sobre la dinámica competitiva de los mercados afectados por los acuerdos.
73. El poder de mercado de las partes del acuerdo es una de las variables que el regulador ha considerado potencialmente capaz de alterar el principio general consistente en que los acuerdos entre empresas activas en diferentes niveles de la cadena de

comercialización de un producto o servicio determinado tendrá efectos beneficiosos para los consumidores finales. Sin embargo, hasta ahora, sólo una cuota de mercado elevada del proveedor era considerada potencialmente capaz de ocasionar efectos negativos en términos netos en el mercado.

74. Desde su entrada en vigor, el REC Vigente ha sido criticado por no aplicar con suficiente coherencia el enfoque económico y por no considerar exclusivamente los efectos económicos como único criterio a tener en cuenta para determinar el ámbito de la exención. En línea con dicha crítica, la AEDC considera que el artículo 3 del Proyecto de REC adolece, en algunos casos, de una aproximación incorrecta a los efectos que el poder de mercado de las partes puede producir en los sectores económicos implicados.
75. Con la redacción propuesta, la Comisión interpreta que, independientemente del tipo de restricción vertical, el hecho de que cualquiera de las partes del acuerdo ostente poder de mercado implica un incremento de las posibilidades de que el acuerdo despliegue efectos negativos suficientes por sí solos como para excluir dichos acuerdos de la exención general.
76. La AEDC entiende, en cambio, que cada modalidad de acuerdo vertical es susceptible de ocasionar unos determinados efectos negativos para la competencia, debiendo tenerse en cuenta que, en determinados casos, la cuota de mercado de una de las partes del acuerdo no debe influir de tal forma que impida al acuerdo en cuestión beneficiarse de la exención general. Exponemos por tanto a continuación y de conformidad con la doctrina de los efectos económicos, cuándo, en opinión de la AEDC, el poder de mercado de las partes aumenta el riesgo de aparición de efectos negativos. Utilizamos para ello como ejemplos los acuerdos de marca única y de distribución exclusiva ya que entre ambos tipos de acuerdos verticales cubren todos los potenciales efectos negativos que los acuerdos verticales pueden provocar en los mercados afectados.

D.1. Marca única

77. Los distintos tipos de acuerdos que forman esta modalidad de restricciones verticales tienen en común el hecho de que de forma más o menos directa, los operadores del mercado intermedio acuerdan adquirir una clase de productos exclusivamente a un proveedor.
78. La restricción en la capacidad de elección del operador del mercado intermedio produce inmediatamente una limitación del acceso de los proveedores a opciones de distribución en el mercado intermedio. Adicionalmente, la Comisión menciona en el párrafo 126 del Proyecto de Directrices la facilitación a la colusión entre proveedores y la pérdida de competencia intermarca dentro del establecimiento como efectos negativos que pueden provocar los acuerdos de marca única. Abordamos a continuación el análisis de los

umbrales de cuota de mercado que en nuestra opinión pueden influir en el aumento de posibilidades de que cada uno de los potenciales efectos negativos se produzcan:

La limitación en la competencia intermarca

79. La limitación de acceso a un canal de distribución sólo podrá afectar negativamente a la competencia en el mercado de producción si dicha limitación es suficientemente importante como para dificultar significativamente el acceso al mercado de los productos de los proveedores excluidos o es susceptible de cerrar el acceso a nuevos operadores.
80. Esa hipótesis solo puede darse en los casos en los que el distribuidor/comprador que acuerda la restricción ostenta poder de mercado. Sin embargo, conforme al REC Vigente y la propuesta de redacción del artículo 3 del Proyecto de Reglamento, la imposición de un acuerdo de marca único por un proveedor con poder de mercado es suficiente para destruir la presunción general de eficiencia de los acuerdos verticales, independientemente de la cuota de mercado de la parte adquirente, y desplaza la carga de la prueba de los efectos beneficiosos de la restricción a las partes firmantes.
81. Entendemos por el contrario que, conforme al análisis de probabilidades que debe presidir la decisión de no aplicar la exención general a los acuerdos verticales, dicha inversión de la carga de la prueba sólo debe darse en aquellos casos en los que el acuerdo restrictivo tenga, como hemos indicado anteriormente, la capacidad de cerrar o dificultar efectivamente la entrada a nuevos competidores o de expulsar a algún competidor eficiente, es decir, en los casos en los que el acuerdo restrictivo implique por sí mismo un cierre de más del 30 % del mercado intermedio o que unido a otros acuerdos de marca exclusiva existentes en el mercado, algunos operadores del mercado aguas arriba tengan efectivamente vetada la negociación con más de un 30% de dicho mercado.
82. En consecuencia, la AEDC entiende que en aquellos casos en los que (i) un proveedor con poder de mercado alcanza un acuerdo de marca única con un distribuidor sin poder de mercado; y (ii) la suma de los acuerdos de marca única vigentes en ese momento no implica el cierre de más de un 30 % del mercado, no deberá destruirse la presunción general de que el acuerdo tendrá efectos beneficiosos para la competencia intermarca y deberá por tanto beneficiarse de la exención del artículo 2 del Proyecto de REC.

El riesgo de colusión

83. El riesgo de colusión está necesariamente ligado a (i) un mercado concentrado; y (ii) el uso acumulativo de la fórmula de marca única en la relación entre proveedores y adquirentes/distribuidores. A juicio de la AEDC, el simple hecho de que el proveedor ostente poder de mercado no debe hacer suponer *a priori* que el resto de sus competidores mantienen o mantendrán el mismo tipo de acuerdos, básicamente porque

no existe ninguna evidencia empírica que realmente justifique dicha deducción. Por ello, creemos que, salvo que se demuestre la existencia en el mercado de provisión de una red de acuerdos de marca única que faciliten claramente el control por parte de los operadores, no deberá excluirse del beneficio de la exención los acuerdos alcanzados por un proveedor con poder de mercado alcanza un acuerdo de marca única con un distribuidor sin poder de mercado.

La pérdida de competencia intermarca en el establecimiento

84. La falta de competencia intermarca en el establecimiento no es *a priori* un efecto beneficioso para el consumidor en ningún caso, independientemente de las cuotas de mercado de las partes del acuerdo vertical. Toda restricción vertical implica de por sí un obstáculo a la competencia y por tanto una reducción de opciones para alguna de las partes en la cadena de comercialización. Sin embargo, dado que se asume que el incentivo que tienen dos empresas no competidoras y complementarias para restringir de alguna manera su actividad será servir al consumidor el producto/servicio de una forma más eficiente, deberá entenderse que el efecto de la restricción intermarca en los comercios es un efecto negativo de los acuerdos de marca única que vendrá acompañado de alguna eficiencia rentable en términos netos para el consumidor, salvo que provoque un efecto de cierre en el mercado de provisión o facilite la colusión de los actores en dicho mercado. En las probabilidades de que se desplieguen estos dos últimos efectos sí intervienen, como hemos explicado anteriormente, la cuota de mercado de las partes de la forma expuesta.

Conclusión

85. La actual redacción del artículo 3 del Proyecto de REC excluye de la exención general los acuerdos de marca única alcanzados por proveedores con poder de mercado y adquirentes que no lo tienen. Entendemos sin embargo que no existe razón para su exclusión dado que un acuerdo de marca única que vincula a un adquirente sin poder de mercado podrá difícilmente cerrar el acceso a la comercialización de sus productos al resto de proveedores y el peligro de colusión solo existirá en los casos de acumulación de este tipo de acuerdos, que entendemos no debe en ningún caso presumirse.

Otras restricciones a las que debe aplicarse la misma conclusión

86. En opinión de la AEDC, debe aplicarse la misma lógica y la misma conclusión a todos los acuerdos que puedan producir efectos asimilables (por ejemplo, los acuerdos de vinculación) respecto a las cuotas de mercado de las partes relevantes y el consecuente beneficio de la exención para los acuerdos alcanzados por un proveedor con poder de mercado y un comprador sin poder de mercado.

Propuesta

87. La AEDC propone cambiar el Artículo 3 del Proyecto de REC así como los correspondientes apartados del Proyecto de Directrices de tal forma que se consideren beneficiarios de la exención los acuerdos de marca única y todos aquellos acuerdos que desplieguen efectos asimilables alcanzados por un proveedor con cuota de mercado del 30% o superior y un distribuidor con cuota de mercado inferior al 30%. Gráficamente:

Propuesta de cambio en los acuerdos de marca única y demás acuerdos que planteen efectos asimilables que deben beneficiarse de la exención por cuota de mercado de las partes

Proveedor Adquirente	<30%	>30%
	<30%	>30%
<30%	Exento	Exento
>30%	No exento	No exento

D.2 Distribución exclusiva

88. Los intereses potencialmente afectados por esta restricción son diferentes a los riesgos competitivos que operan en los acuerdos de marca única. La distribución exclusiva es básicamente un acuerdo de reducción de competencia intramarca con riesgo de partición del mercado y que en determinados casos puede tener efectos de cierre en el mercado de distribución. Al igual que en los acuerdos de marca única, si la mayoría de los proveedores aplican los acuerdos de exclusiva, se puede facilitar la colusión. Analizamos a continuación la relevancia de las cuotas de mercado de las partes en las probabilidades de surgimiento de efectos concurrenciales negativos a semejanza del realizado para los acuerdos de marca única.

Reducción de la competencia intramarca y el efecto de partición del mercado

89. Como reconoce la Comisión en las Directrices Vigentes y en la Propuesta de Directrices, la importancia de la competencia intramarca depende en gran medida de la competencia intermarca existente en el mercado. Así, la AEDC comparte el razonamiento de la Comisión en cuanto a la necesidad de excluir del régimen de exención general aquellos acuerdos de distribución exclusiva en los que el proveedor

ostenta poder de mercado, por ser este último un criterio que puede hacer indicar la existencia de una competencia intermarca debilitada que podría aumentar las posibilidades de que el beneficio obtenido por el consumidor se redujera y de que el efecto de partición del mercado sea suficientemente significativo.

Efecto de exclusión en el nivel de la distribución

90. En cuanto al efecto de cierre que puede producirse en el mercado de la distribución, la AEDC entiende que las posibilidades de que un acuerdo de distribución exclusiva provoque dicho efecto son extremadamente limitadas debido fundamentalmente a la presión que ejercen las ventas pasivas⁴⁶. En todo caso, el cierre solo podría producirse en el caso en que el producto al que los intermediarios no pueden acceder sea fundamental para poder seguir desempeñando la actividad de distribución, es decir, también en aquellos casos en los que la cuota de mercado del proveedor es suficientemente alta (30%).

Riesgo de colusión

91. Solo existe un riesgo de colusión en el caso de que varios proveedores alcancen acuerdos de distribución exclusiva con distribuidores. Debe aplicarse el razonamiento expuesto en el párrafo 83 anterior.

Conclusión

92. La actual redacción del artículo 3 del Proyecto de REC excluye de la exención general los acuerdos alcanzados por distribuidores con poder de mercado y proveedores que no lo tienen. La AEDC cree, sin embargo, que este tipo de acuerdos debe beneficiarse de la misma porque (i) debe presumirse que, al no contar el proveedor con poder de mercado, en línea con la tesis de la Comisión, la competencia intermarca es suficiente; (ii) el peligro de cierre de mercado tampoco es probable dado que los distribuidores solo verán limitada la capacidad de distribución de un producto que no es líder en el mercado y contarán con la presión competitiva de las importaciones paralelas; y (iii) el peligro de colusión no depende de la cuota de mercado del distribuidor, sino de la cantidad de acuerdos de exclusividad presentes en el mercado, por lo que aplica la excepción a la aplicación del régimen general de exención vigente en los casos de red de acuerdos.

Otras restricciones a las que debe aplicarse la misma conclusión

93. La asignación de cliente exclusivo, la distribución selectiva, la franquicia y el suministro exclusivo implican, entre otras, restricciones verticales que pueden desplegar

⁴⁶ Wijckmans, F., Tuytschaever, F., and Vanderelst, A.; “Vertical agreements in EC competition law”, Oxford University Press, 2006, página 281.

los mismos o algunos de los efectos negativos que pueden resultar de la distribución exclusiva y que llevan a la conclusión expuesta en el párrafo 92 anterior. Entendemos por tanto que debe aplicarse la misma lógica en su tratamiento respecto al beneficio de la exención general.

Propuesta

94. La AEDC propone modificar la redacción del artículo 3 del Proyecto de REC y de los correspondientes apartados del Proyecto de Directrices de tal forma que todos aquellos acuerdos de distribución exclusiva o que puedan producir efectos asimilables en los mercados alcanzados entre proveedores sin poder de mercado y distribuidores/compradores con poder de mercado resulten beneficiarios de la exención general. Gráficamente:

Propuesta de cambio en los acuerdos de distribución exclusiva que deben beneficiarse de la exención por cuota de mercado de las partes

Proveedor Adquirente	<30%	>30%
	<30%	Exento
>30%	Exento	No exento