

PRINCIPALES NOVEDADES DEL NUEVO REGLAMENTO Y DIRECTRICES DE RESTRICCIONES VERTICALES

El pasado 12 de mayo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento de Restricciones Verticales, sustituyendo al texto de 2010. Asimismo, la Comisión Europea ha publicado una nuevas Directrices de Restricciones Verticales.

El Reglamento de Restricciones Verticales entró en vigor el 1 de junio de 2022 y expirará el 31 de mayo de 2034, aunque se prevé un periodo transitorio desde su entrada en vigor hasta el 31 de mayo de 2023 para aquellos acuerdos vigentes el 31 mayo de 2022 que sean conformes con el Reglamento de 2010 pero no cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento de Restricciones Verticales.

Esta nueva normativa, además de reiterar algunas de las cuestiones establecidas por el Reglamento de 2010, introduce una serie de novedades. La presente nota tiene por objeto apuntar las novedades más relevantes incluidas en estos nuevos textos.

1. El concepto de ventas activas y ventas pasivas

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales define en detalle los conceptos de ventas pasivas y activas, hasta ahora definidas por las Directrices de Restricciones Verticales de 2010.

En tanto a las ventas activas, **el nuevo texto ahonda en las particularidades del comercio online**. Así, se consideran ventas activas la aproximación a clientes a través de, entre otras vías, servicios de comparación de precios o publicidad en motores de búsqueda dirigidos a clientes de determinados territorios o grupos de clientes. La misma consideración merece operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos, u ofrecer en un sitio web lenguas de uso común en determinados territorios, cuando dichas lenguas sean diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que esté establecido el comprador.

Por otra parte, **la definición de ventas pasivas se simplifica**. Se consideran pasivas las ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos, e incluyendo las ventas resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación.

2. Obligaciones de paridad

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales acota la exención anteriormente aplicable a las obligaciones de paridad o cláusulas de nación más favorecida. Este tipo de obligaciones exigen al proveedor que ofrezca los bienes y servicios a otra parte en condiciones que no sean menos favorables que las ofrecidas por el proveedor a otras partes o en otros canales determinados.

De acuerdo con la nueva regulación, **el artículo 101 TFUE es de aplicación a las restricciones que impidan al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea.**

3. Agencia

Los acuerdos de agencia se mantienen, como norma general, excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE. Para que un acuerdo sea considerado de agencia, es necesario que el agente cumpla uno de los siguientes criterios: (i) no asuma riesgos sobre contratos celebrados/negociados por cuenta del principal, inversiones destinadas al mercado u otras actividades en el mercado de producto; o (ii) asuma riesgos de esa naturaleza, pero estos sean insignificantes. Las nuevas Directrices de Restricciones Verticales introducen un estándar para valorar el criterio. Así, como norma general, su relevancia debe ser evaluada en función de la remuneración obtenida por el agente a cambio de sus servicios (p.e., su comisión), y no de los ingresos generados por la venta de los bienes o servicios cubiertos por el contrato de agencia.

Las nuevas Directrices de Restricciones Verticales clarifican, asimismo, los requisitos exigibles para considerar que el principal está asumiendo los costes y riesgos relevantes. La Comisión Europea considera aceptable que esta asunción se realice, por ejemplo, compensando al agente mediante el reembolso de los costes exactos incurridos o mediante el pago de un porcentaje fijo sobre los beneficios obtenidos con el contrato de agencia. **El método elegido debe permitir que el agente distinga con facilidad entre las cantidades dedicadas a cubrir riesgos relevantes y costes, de otras cantidades pagadas al agente (p.e., su comisión).** La Comisión Europea señala que pueden ser necesarias medidas adicionales: por ejemplo, prever al agente de un método sencillo para declarar y solicitar el reembolso de cualquier coste que supere la cifra o porcentaje fijo acordado, o controlar las variaciones en costes relevantes para el agente, a fin de adaptar la suma de la compensación. Igualmente, en caso de elegir compensar al agente con un porcentaje fijo sobre los beneficios, el principal debe tener en cuenta que el agente puede incurrir en costes de inversión aun cuando sus ventas sean escasas o nulas, y actuar en consecuencia. La clave es, al cabo, que el agente sea plenamente compensado y no incurra en riesgo significativo.

Las Directrices de Restricciones Verticales publicadas en 2010 no contenían ninguna previsión para los agentes de doble función (esto es, para aquéllos que operan como agentes y como distribuidores para un proveedor). Las nuevas Directrices de Restricciones Verticales introducen importantes novedades a este respecto. Imponen una serie de requisitos de partida: (i) las actividades y el riesgo relativos al contrato de agencia pueden ser diferenciadas (p.e., porque apliquen a bienes o servicios con funcionalidades diferentes a los que sean objeto del contrato de distribución); (ii) **el distribuidor independiente debe consentir libremente al nuevo contrato de agencia y viceversa, sin que haya imposición por parte del principal;** y (iii) el principal debe reembolsar al agente de doble función todos los riesgos relacionados con el contrato de agencia, lo que incluye las inversiones específicas del mercado.

4. Obligaciones de no competencia

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales establece que el artículo 101 TFUE es aplicable a las cláusulas de no competencia para un distribuidor que tengan una duración superior a cinco años o indefinida, al igual que señalaba la norma anterior. De acuerdo con las nuevas Directrices de Restricciones Verticales, **sí quedan exentas de la aplicación del artículo 101 TFUE las cláusulas que se prorroguen tácitamente, siempre que la posibilidad de renegociación o rescisión del acuerdo sea real y efectiva, con un periodo normal de preaviso y un coste razonable.**

5. Mantenimiento de precios de reventa

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales mantiene la regulación existente sobre mantenimiento de los precios de reventa (“MPR”); esto es, sobre el establecimiento de un precio o nivel de precios de reventa fijo o mínimo. El MPR se considera una restricción especialmente grave y, por tanto, no está cubierto por la exención del Reglamento de Restricciones Verticales.

Las nuevas Directrices de Restricciones Verticales desarrollan la postura de la Comisión Europea sobre algunos aspectos relacionados con el MPR. **Los precios mínimos anunciados, se consideran, como norma general, un método indirecto de MPR y, por ello, una restricción especialmente grave.** Por el contrario, las herramientas de monitorización de precio frecuentemente utilizadas en el comercio online no se consideran, por sí mismas, una forma de MPR. También se pronuncian sobre los contratos de cumplimiento, aquéllos en que el proveedor llega a un acuerdo con el distribuidor para suministrar a un cliente específico, con el que el proveedor había llegado previamente a un acuerdo al respecto. **En el caso de los contratos de cumplimiento, la imposición de un precio de reventa no se considerará MPR siempre que la empresa que presta los servicios de cumplimiento haya sido seleccionada por el proveedor y no por el cliente.** Si ha sido seleccionada por el cliente, la imposición de un precio de reventa puede equivaler a MPR.

Finalmente, las nuevas Directrices de Restricciones Verticales clarifican que **la regulación sobre el MPR es de aplicación a las plataformas en línea.**

6. Distribución exclusiva y distribución selectiva

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales prevé expresamente la **posibilidad de combinar sistemas de distribución exclusiva y distribución selectiva en diferentes territorios**. En consecuencia, se establece un régimen de protección para la coexistencia de ambos sistemas. Por una parte, queda cubierta la restricción de ventas activas o pasivas por parte de distribuidores exclusivos y sus clientes a distribuidores no autorizados situados en un territorio en el que el proveedor gestione un sistema de distribución selectiva. Por otra, queda cubierta la restricción de las ventas activas por parte de los miembros del sistema de distribución selectiva y de sus clientes directos en un territorio o a un grupo de clientes reservado al proveedor o asignado por el proveedor exclusivamente a un máximo de cinco distribuidores exclusivos.

Además, **el nuevo texto reconoce la posibilidad de un sistema de “exclusividad compartida”**. El proveedor podrá reservar un territorio o grupo de clientes con carácter exclusivo bien a sí mismo, bien a un **máximo de cinco distribuidores**. En caso de optar por esta nueva modalidad, todos los distribuidores que compartan exclusividad deben gozar de la misma protección frente a las ventas activas. No obstante, **las ventas activas y pasivas de estos distribuidores dentro del territorio exclusivo o grupo de clientes no pueden restringirse**.

En el marco de la distribución exclusiva, **el proveedor podrá restringir las ventas activas en el territorio o grupo de clientes** definido no sólo para sus distribuidores exclusivos, sino también para los clientes directos de estos.

En el plano de la distribución selectiva, **el proveedor podrá restringir las ventas activas o pasivas a distribuidores no autorizados situados en el territorio objeto del sistema de distribución selectiva** no sólo para los miembros de distribución selectiva, sino también para los clientes de estos. Es significativo que el texto omite en este punto la mención a clientes “directos”, que sí hace en lo relativo a distribución exclusiva.

7. Ventas en línea y servicios de intermediación

En el ámbito digital, **no estarán cubiertos por la exención los acuerdos relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea en los que el proveedor de los servicios de intermediación en línea sea una empresa competidora en el mercado de referencia para la venta de los bienes o servicios intermediados**.

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales excluye de la exención las restricciones que impidan el uso efectivo de internet por parte del distribuidor o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales. Como norma general, de acuerdo con las nuevas

Directrices de Restricciones Verticales, **quedarán cubiertas por la exención las restricciones al uso de internet que permitan al distribuidor operar su propia tienda en línea y llevar a cabo publicidad en línea.** Entre estas restricciones destaca la imposición de requisitos destinados a garantizar la calidad o apariencia concreta de la tienda en línea del proveedor, la exigencia de que el comprador gestione una o varias tiendas físicas (p.e., para ser miembro de un sistema de distribución selectiva) o la prohibición directa o indirecta del uso de plataformas de venta en línea.

Al respecto de la prohibición del uso de plataformas de venta en línea, las nuevas Directrices de Restricciones Verticales incorporan lo establecido por el TJUE en el asunto *Coty*¹. Así, señalan que puede considerarse aceptable que un proveedor de productos de lujo aplique esta prohibición a sus distribuidores autorizados, siempre que no impida indirectamente el uso efectivo de internet para que estos distribuidores lleven a cabo ventas en determinados territorios o con determinados clientes.

En el marco de los comportamientos exentos de la aplicación del artículo 101 TFUE, **el proveedor puede imponer al distribuidor restricciones relacionadas con la publicidad en línea, siempre que estas no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad.** Entre estos canales de publicidad se encuentran tanto los servicios de comparación de precios como la publicidad en los motores de búsqueda. El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales señala que, a modo de ejemplo, las restricciones a las ventas en línea no quedarán exentas cuando su objetivo sea reducir significativamente el volumen agregado de las ventas en línea en el mercado de referencia o la posibilidad de que los consumidores compren los bienes o servicios contractuales en línea. Sí podrán beneficiarse de la exención, de acuerdo con el nuevo Reglamento de Restricciones Verticales, la imposición de estándares mínimos de calidad, contenidos o información o el requisito de que el distribuidor no utilice la marca del proveedor en el dominio de su tienda en línea.

En particular, las nuevas Directrices de Restricciones Verticales señalan que **la prohibición total sobre la utilización de servicios de comparación de precios es una restricción especialmente grave.** Prohibiciones de menor entidad pueden estar cubiertas por la exención; por ejemplo, sobre el uso de servicios de comparación dirigidos a un territorio o grupo de clientes objeto de distribución exclusiva.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017, en el asunto C-230/16, Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0230>)

8. Valoración

El nuevo Reglamento de Restricciones Verticales y sus correspondientes Directrices de Restricciones Verticales representan **un paso hacia delante en la regulación europea sobre la materia**. La Comisión Europea ha implementado avances que reconocen la realidad del mercado y se adaptan a ella, como el reconocimiento de la exclusividad compartida, los avances en materia de combinación de sistemas de distribución exclusiva o la regulación más detallada sobre la aplicación del Reglamento de Restricciones Verticales al comercio en línea.

Los próximos años y la jurisprudencia que se desarrolle en torno a la nueva normativa serán cruciales para determinar su alcance, impacto, y aplicación a las diversas realidades del mercado.

Esta Nota ha sido elaborada por Jorge Masía y Álvaro Gómez, Counsel y Asociado de la práctica Competencia.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 07 de junio de 2022 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Juan Jiménez-Laiglesia

Socio de Competencia
jjimenezlaiglesia@perezllorca.com
T: + 34 91 436 04 53

Jaime de Blas

Socio de Competencia
jdeblas@perezllorca.com
T: + 34 91 436 33 10

Pablo Figueroa

Socio de Competencia
pfigueroa@perezllorca.com
T: + 34 91 389 01 78

Jorge Masía

Counsel de Competencia
jmasia@perezllorca.com
T: + 34 91 423 47 31