

Nuevo Reglamento 2022/720 de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales y nuevas Directrices

Toda & Nel-lo

Área de Derecho Mercantil

Alerta informativa

Con la aprobación el 10 de mayo de 2022 (DOUE L 134 de 11.5.22) del nuevo Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (“RECAV”) que viene a sustituir el anterior Reglamento 330/2010, la Comisión Europea ha actualizado el marco legal de los acuerdos verticales y las Directrices no vinculantes (DOUE 2022/C 248 de 30.6.22) dictadas en su aplicación. Esta reforma tiene como principal objetivo renovar las normas de competencia en el entorno tecnológico actual donde la venta on-line y la distribución de productos a través de plataformas digitales (“market places”, “on-line retail centers”, etc.), cobran una relevancia trascendental en el tráfico mercantil existente.

Al regular los acuerdos verticales entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, el RECAV establece un marco legal seguro, al fijar los requisitos para que este tipo de acuerdos puedan declararse exentos de la prohibición prevista en el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) y, por tanto, compatibles en principio con las normas de defensa de la competencia.

Por su parte, las Directrices proporcionan criterios interpretativos del RECAV sobre ejemplos prácticos y sobre los criterios de autoevaluación de contratos que no quedan automáticamente exentos por el RECAV. Esto facilita que las empresas y sus asesores legales valoren si una conducta prohibida (por ejemplo, fijación del precio de reventa) y que no se beneficia de la exención automática puede, no obstante, ser compatible con la normativa de competencia, bajo determinados supuestos y circunstancias.

Destacamos 10 aspectos importantes que introducen el RECAV y las Directrices:

1. ENTRADA EN VIGOR Y REGIMEN TRANSITORIO

Este nuevo Reglamento de exención por categoría entró en vigor el 1 de junio de 2022 y se aplicará por los próximos 12 años. Según su disposición transitoria (art. 10) aquellos acuerdos que ya estuvieran en vigor a 31 de mayo de 2022 y cumplieran con los requisitos del anterior Reglamento 330/2010 seguirán beneficiándose de la exención automática hasta el 31 de mayo de 2023, aunque no cumplan con lo previsto en el nuevo RECAV. Por tanto, las empresas dispondrán de un año para adaptar los contratos preexistentes al nuevo régimen de verticales si quieren seguir beneficiándose de la exención.

2. DEFINICION DE VENTAS ACTIVAS Y VENTAS PASIVAS

El RECAV incluye una definición expresa de lo que debe entenderse por ventas activas y pasivas. Como criterio de distinción, el Reglamento se fija en quién toma la iniciativa en la comercialización del producto, con dos precisiones importantes:

En primer término, se determina en qué supuestos el empleo de medios publicitarios debe considerarse venta activa. La clave está en la personalización de esa promoción, es decir, si la acción comercial va dirigida específicamente a un determinado canal de venta o grupo de clientes o territorios, se calificará como promoción activa. De este modo, las Directrices citan como ejemplos de ventas activas: operar un sitio web con un dominio de primer nivel asignado a territorios específicos; la publicidad a través de motores de búsqueda dirigidos a determinados grupos de clientes o ubicados en determinados territorios; el uso de herramientas de comparación de precios; y utilizar en un sitio web los idiomas oficiales de determinados territorios que no se corresponden con los idiomas utilizados habitualmente en el domicilio del vendedor, como un mecanismo para captar los clientes que usan dichos idiomas. Como excepción, las Directrices consideran que el uso del inglés no es en sí mismo una indicación de que se trate de una venta activa, ya que se presume como el idioma internacional de los negocios y de conocimiento general en la UE.

Por otra parte, el RECAV considera que la participación en licitaciones públicas o privadas no constituye una venta activa sino pasiva, puesto que el proveedor responde a una iniciativa que procede del órgano de contratación. En este sentido, un acuerdo que prohíba o restrinja el derecho de un distribuidor de participar en una licitación pública o de presentar una oferta a una licitación privada fuera de su ámbito de exclusiva, constituirá una restricción especialmente grave, puesto que, siendo una venta pasiva, no puede prohibirse a un distribuidor presentarse a un concurso público o licitación privada.

3. RESTRICCIONES SOBRE VENTAS ACTIVAS Y DISTRIBUIDORES EXCLUSIVOS

Una de las novedades más sorprendentes del nuevo RECAV es que reconoce la posibilidad de nombrar varios distribuidores exclusivos, por territorio o grupo de clientes. Puede cuestionarse sobre la bondad de este ajuste y si los distribuidores cuando son varios, son aún “exclusivos”, pero lo cierto es que el anterior Reglamento 330/2010 solo admitía en la exención automática el nombramiento de un solo distribuidor exclusivo por territorio o por grupo de clientes.

A partir de ahora, el nuevo RECAV (art. 4(b) i) amplía la cobertura de la exención hasta un máximo de cinco distribuidores exclusivos por cada territorio o cada grupo de clientes. Desde una perspectiva de mercado, la Comisión estima que un máximo de 5 distribuidores exclusivos aun permite mantener los incentivos para que éstos inviertan en la promoción y venta de los

productos del proveedor, a la vez que otorga suficiente flexibilidad al proveedor para organizar su sistema de distribución, cambiando las zonas o reorganizando la red exclusiva. Un mayor número de distribuidores en exclusiva compartida no quedaría amparado por la exención automática porque puede presumirse que la exclusividad ya no será eficiente porque permitirá el surgimiento de distribuidores parásitos (“free riders”) con respecto al resto.

Por otra parte, la Comisión recoge la exención de las restricciones en cascada (“pass on”) en la distribución exclusiva y en la selectiva, cuando estén admitidas en el primer nivel. En la práctica esto implica que un proveedor puede imponer a sus compradores la obligación de que trasladen a sus respectivos clientes directos (otros distribuidores) aquellas restricciones territoriales que sean admisibles según el modelo de distribución. Así, en una distribución exclusiva, el proveedor podrá exigir al distribuidor que éste aplique también a los clientes directos o a los subdistribuidores exclusivos restricciones sobre las ventas activas de los bienes o servicios en aquellos territorios o grupos de clientes reservados en exclusiva, pero sucesivas ventas en cascada no estarán protegidas por la exención. (art. 4 B) i) y apartado 220 Directrices).

MAYOR PROTECCION DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUICION FRENTE A IMPORTACIONES DE TERRITORIOS COLINDANTES

Otra de las novedades del RECAV se refiere a que también se autorizan y quedan exentas aquellas restricciones que permitan a un proveedor operar un modelo de distribución exclusiva en un Estado miembro y un modelo de distribución selectiva en otro Estado miembro, de modo que ambos guarden su coherencia interna. Así, el proveedor podrá impedir las ventas activas y pasivas de un distribuidor exclusivo a distribuidores no autorizados en un territorio donde opere un sistema de distribución selectiva. Igualmente, el proveedor podrá impedir las ventas activas de los miembros de una red de distribución selectiva a territorios o clientes asignados en exclusiva a otro distribuidor o a sí mismo. La combinación de ambos modelos (exclusiva y selectiva) en un mismo territorio o para un mismo grupo de clientes continúa considerándose una restricción especialmente grave de la competencia, ya que se entiende que, si dichas redes operan en un mismo territorio, no se justifica un tratamiento diferenciado la con prohibición de promover ventas activas allí donde existan ya distribuidores activos, sean éstas selectivos o exclusivos.

EXTENSION TACITA DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA MAS ALLA DE CINCO AÑOS

Tanto el RECAV como las Directrices introducen algunos cambios relevantes en comparación con el régimen anterior en materia de cláusulas de no-competencia. Así, una novedad importante es que las Directrices (párrafo 248) introducen la exención de la renovación tácita de las cláusulas de no competencia que, hasta ahora, se equiparaban a una duración indefinida (que quedaba excluida de la exención y que obligaba a su renovación expresa cada 5 años).

Con el nuevo RECAV, las cláusulas de no competencia cuya duración no exceda de cinco años, pero sean renovables tácita y sucesivamente más allá de ese periodo, podrán también beneficiarse de la exención (aunque excedan el plazo de los 5 años iniciales) siempre y cuando se garantice al distribuidor la opción de renegociar o resolver la obligación de no competencia a partir del quinto año. Debe matizarse, sin embargo, que la Comisión Europea entiende que el ejercicio de esta facultad será válido sólo si el distribuidor dispone de un

periodo de preaviso razonable y no se le causan costes desproporcionados. Con esta matización se resuelve una problemática práctica que afectaba a muchos contratos de distribución, que requería a través de un anexo la renovación explícita y formal de la obligación de no competencia cada 5 años, por las contrapartes del contrato.

4. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD EN INTERNET Y AUTORIZACION DEL PRECIO DUAL (TIENDA / PÁGINA WEB)

En general, el RECAV (art. 4 e) introduce como restricción especialmente grave el impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, con independencia del modelo de distribución utilizado.

Las Directrices establecen un listado de restricciones directas o indirectas que protegen la publicidad “online” con mayor énfasis que la venta “offline” Así, por ejemplo, mientras que impedir la venta “online” a través de un canal concreto de internet está exenta por el RECAV (e. g., la venta a través del marketplace), limitar la publicidad a través de un canal concreto (e. g., herramientas de comparación de precios, anuncios en motores de búsqueda, etc.) es una restricción especialmente grave. (art. 4 e). El apartado 206 de las Directrices considera una restricción grave la prohibición impuesta al distribuidor de usar las marcas del proveedor en su web. En cambio, otras restricciones vinculadas a la venta on-line o a la publicidad pueden llegar a quedar exentas de la prohibición si las restricciones a la publicidad online se vinculan al contenido que deba cumplir la publicidad on-line o se establecen algunos requisitos superiores de calidad (apartados 207 y 210).

En relación con la aplicación de precios duales, hasta ahora considerado siempre como una restricción grave, se permite a partir de ahora aplicar precios distintos a un mismo distribuidor para la reventa en tiendas físicas y ventas online (dual pricing) (apartado 209). No obstante, las diferencias no deben impedir de facto las ventas online (Art. 4.e) y tendrán que estar razonablemente relacionadas con las distintas inversiones requeridas y costes incurridos por los distribuidores de cada canal. En la práctica, se permite una implementación flexible del dual pricing: por ejemplo, mediante ajustes de precios a posteriori que tomen en consideración las ventas reales realizadas en uno y otro canal.

Por otra parte, la Comisión Europea ha abandonado también el principio de equivalencia, de modo que los criterios impuestos por los proveedores en relación con las plataformas on-line ya no necesariamente han de ser equivalente a los aplicados para la venta en establecimientos físicos, siempre y cuando se respete el nuevo artículo 4 e).

5. INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN EN DISTRIBUCIÓN DUAL

Contrariamente al criterio anterior de la Comisión Europea, el intercambio de información en sistemas duales de distribución continúa protegida por la exención. En concreto, este intercambio de información sí quedará exento en virtud del RECAV cuando esté directamente relacionado con la implementación del acuerdo vertical y sea necesario para generar una mejora en la producción o distribución de los bienes o servicios cubiertos por el acuerdo, asumiendo que existe una cuota de mercado superior al 30%. Las Directrices incluyen un listado de información que a priori puede compartirse (white list, apdo. 99) o que no debe compartirse (black list, apdo. 100), dependiendo de las circunstancias.

Quedan fuera de la exención determinados intercambios de información entre proveedor y

distribuidor en caso de distribución dual. La distribución dual origina una relación de competencia entre un proveedor y sus distribuidores a nivel minorista, ya que el proveedor vende sus bienes o servicios directamente al cliente final, así como a través de distribuidores independientes. No obstante, como regla se considera que no hay un perjuicio si un proveedor compite con su comprador (distribuidor) para captar los clientes de este último si el comprador no compite a su vez con el proveedor en el mercado de éste. (art. 2.4 y apartado 95). También aportan orientaciones sobre medidas de salvaguardia que minimicen el riesgo de infracción, tales como establecer un retraso en reportar la información o medidas de confidencialidad entre el equipo de ventas directas del fabricante y el equipo que recibe información de sus distribuidores.

6. AGENTES COMERCIALES

En cuanto a la participación de agentes comerciales en la venta de bienes, la Comisión aclara en las Directrices que no se pierde la condición de agente genuino por el hecho de que este adquiera la propiedad de los bienes por un periodo breve de tiempo, siempre que los venda por cuenta del principal y no incurra en costes o riesgos vinculados con la transmisión de la propiedad. Lo anterior supone que puntualmente la relación comercial se asemeje más a una relación de distribución y que determinados acuerdos entre el vendedor y el agente (como la fijación del precio de venta) seguirán estando excluidos de las prohibiciones de las normas de competencia, pese a que exista tal adquisición interina y breve de la propiedad.

7. OBLIGACIONES DE PARIDAD Y PLATAFORMAS DIGITALES

En materia de obligaciones de paridad o cláusulas “de nación más favorecida” más estrechas (o “most favorable nation’s clause”, “MFNs”, por sus siglas en inglés) el RECAV sigue beneficiándolas parcialmente con la exención. Se consideran MFNs estrechas y permitidas aquellas que solo exigen condiciones equiparables con respecto a las ofrecidas en el canal directo de ventas del comerciante, mientras que serán amplias y prohibidas aquellas que exijan paridad con relación a cualesquiera otras plataformas en línea. En consecuencia, las MFNs amplias impuestas a un comerciante por una plataforma son restricciones prohibidas y por tanto, excluidas del ámbito de aplicación del RECAV.

En segundo lugar, se excluyen de la exención los acuerdos verticales relacionados con las plataformas digitales en aquellos casos en que tengan una naturaleza híbrida, estando el prestador de servicios de intermediación presente también como vendedor en el mercado de venta de bienes o servicios, en el que competiría con sus clientes.

Finalmente, el RECAV introduce una definición del proveedor de servicios de intermediación en línea (“On-line intermediate service provider”, “OISP”, por sus siglas en inglés). De este modo, en los acuerdos entre un comerciante y un OISP, se considerará que el OISP es “proveedor” y, por lo tanto, se le aplica a él (no al comerciante) el listado de restricciones especialmente graves que retiran el beneficio de la exención.

8. ALGUNAS EXCEPCIONES RELEVANTES A LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

Como era de esperar, el RECAV y las Directrices continúan considerando la fijación de precios de reventa como restricción especialmente grave, en particular en acuerdos verticales tales como distribución y franquicia. De todos modos, el RECAV introduce dos nuevas excepciones que vienen a matizar la rigurosidad de esta prohibición.

TODA & NEL-LO

En primer lugar, nos referimos a los precios mínimos anunciados (minimum advertised prices) que se aplican en el lanzamiento de nuevos productos. Con carácter general, se considerarán como una fijación de precios de reventa indirecta en la medida en que impida al distribuidor informar a sus clientes de sus propios descuentos adicionales a los del proveedor. Ahora bien, el apdo. 225 de las Directrices matiza este criterio y considera que excepcionalmente puede caer dentro de la exención del artículo 101.3 del TFUE el caso de fijar el precio mínimo en un periodo de 2-6 semanas, porque ello permite posicionar el nuevo producto en el mercado e incluso ayudar al distribuidor a ampliar la demanda global del producto también en beneficio de los consumidores.

En segundo lugar, la imposición de precios mínimos anunciados que prohíben al distribuidor publicitar precios por debajo de un cierto nivel fijado por el proveedor, se considera una forma indirecta de fijar precios mínimos. La imposición de cláusulas para el seguimiento de los precios y reportar el nivel de precios no se consideran una práctica prohibida o anticompetitiva (párrafo 191).

En tercer lugar, los contratos de cumplimiento, es decir aquellos contratos preestablecidos entre proveedor y cliente final que se materializan a través del distribuidor (“fulfilment contracts”). Las Directrices aclaran que la fijación del precio de reventa en un acuerdo vertical entre un proveedor y un comprador que ejecuta un acuerdo previo entre el proveedor y un usuario final específico no constituye una fijación de precios de reventa cuando el usuario final haya renunciado a su derecho a elegir la empresa que debe ejecutar el acuerdo. En tal caso, la fijación del precio de reventa no da lugar a una restricción en el sentido del artículo 101.1 del TFUE, puesto que el precio de reventa ya no está sujeto a la competencia en relación con el usuario final en cuestión.