

LAS RESTRICCIONES VERTICALES, ESPECIAL REFERENCIA A LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA: UN ENFOQUE ECONÓMICO, JURÍDICO Y PRÁCTICO

Vertical restrictions, special reference to selective distribution: an economic, legal and practical approach

Eduardo SORIANO IZQUIERDO

Subdirector Adjunto

*Subdirección de Servicios. Dirección de Competencia
CNMC*

Resumen

El análisis de las relaciones verticales y más concretamente de las restricciones verticales es de crucial importancia en un panorama como el actual donde el comercio electrónico, las plataformas y la distribución selectiva adquieren un peso cada día mayor.

En este trabajo, se analizará en primer lugar desde un punto de vista económico los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las relaciones y restricciones verticales con una especial atención a la propuesta de la Escuela de Chicago. En segundo lugar, se analizará el caso concreto de un tipo de relación vertical como es la distribución selectiva. Analizando tanto la posibilidad de aplicación del artículo 101.3 del TFUE, como la posibilidad de que una determinada práctica entre dentro del Reglamento de Exención por Categorías para los Acuerdos Verticales. Para concluir el trabajo, se tratará el caso concreto de COTY, en el que se podrán estudiar determinados aspectos sobre la aplicación general del Reglamento de Exención en relación con determinadas restricciones verticales y respecto al sistema de distribución selectiva, tanto para el caso de bienes de lujo como bienes no de lujo.

Abstract

The analysis of the vertical agreements, and more specifically vertical restrictions, is crucial in the current world context where e-commerce, platforms and selective distribution gain importance each day.

This essay would analyse firstly, from an economical point of view, the pro-competitive and anti-competitive effects of vertical agreements and restrictions with a special attention to the proposals of the Chicago School. Secondly, it would be analysed a specific vertical agreement: the selective distribution system. In this section, it would be examined the possible application of article 101.3 TFEU and the Commission Regulation (EU) No 330/2010 on vertical agreements and concerted practices (VABE). Finally, it would be discussed the COTY case, that would allow to study different aspects regarding the application of VABE to some vertical restrictions and to the selective distribution system, both for luxury products and non-luxury products.

Palabras clave: Distribución selectiva | Acuerdo vertical/Acuerdo de distribución/Restricciones verticales | Efectos | Eficiencia económica | Exención por categoría | Nación más favorecida (MFN) | Telecomunicaciones/Nuevas Tecnologías |

Keywords: Selective distribution | Vertical Agreement/Distribution Agreement/Vertical restraints | Effects | Economic efficiency | Block exemption | Most Favoured Nation (MFN) | Telecommunications/ New technologies |

I. INTRODUCCIÓN

En el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la investigación sectorial sobre el comercio electrónico se señalan, entre otros aspectos, el impacto que el crecimiento del comercio electrónico ha tenido sobre la transparencia en los precios y los cambios de comportamiento de las empresas en relación con las estrategias de distribución.

Este informe pone de manifiesto la importancia de las estrategias de distribución, especialmente en lo relativo al crecimiento de los sistemas de distribución selectiva, y la importancia en este ámbito de las relaciones entre agentes económicos situados en distintas etapas del proceso productivo o de distribución, lo que se denomina como relaciones verticales.

Si originariamente, el derecho de la competencia se centró en el análisis de las relaciones entre competidores, pronto se vio la importancia de analizar también las relaciones verticales. Ya la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966 (Consten y Grundig c. Comisión) reconoce que los acuerdos verticales que restrinjan la competencia intramarca son susceptibles de prohibición por el (actual) artículo 101.1 del TFUE.

La gran importancia de las relaciones verticales (específicamente de las llamadas restricciones verticales) se puede observar en el peso creciente de cuestiones entre agentes no competidores (Qualcomm-Apple; Facebook-Whatsapp) o el debate sobre la necesidad de otorgar más importancia a las posibles eficiencias en las concentraciones derivadas de los efectos verticales. En los últimos años, una de las sentencias que más relevancia y expectación ha suscitado es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso COTY¹, que se analizará en profundidad en este trabajo.

Para el desarrollo de este trabajo, se analizará en primer lugar desde un punto de vista económico los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las relaciones y restricciones verticales con una especial atención a la propuesta de la Escuela de Chicago.

En segundo lugar, se analizará el caso concreto de un tipo de relación vertical como es la distribución selectiva. Dentro de este apartado se estudiarán los requisitos que deben cumplirse para que se considere que este tipo de relación vertical esté dentro de la normativa comunitaria. Analizando tanto la posibilidad de aplicación del artículo 101.3 del TFUE, como la posibilidad de que una determinada práctica entre dentro del Reglamento de Exención por Categorías para los Acuerdos Verticales². Para esto último, se deberán tener en cuenta las Directrices relativas a las restricciones verticales³.

Para concluir el trabajo, se tratará el caso concreto de COTY, en el que se podrán estudiar determinados aspectos sobre la aplicación general del Reglamento de Exención en relación con determinadas restricciones verticales y respecto al sistema de distribución selectiva, tanto para el caso de bienes de lujo como bienes no de lujo.

La gran expectación que ha generado esta Sentencia viene justificada por la gran importancia que tienen sus elementos: comercio electrónico, plataformas, distribución selectiva, restricciones verticales...

¹ Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C:2017:941

² Reglamento (UE) N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101º, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. D.O. L N° 102 de 23 de abril de 2010

³ Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C n° 130 de 19 de mayo de 2010.

II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

A. El carácter eficiente de las restricciones verticales

Ya Adam Smith en una de las obras cumbres de la literatura económica puso de manifiesto los peligros de la coordinación entre competidores o lo que se llama coordinación horizontal. Es famosa su frase: "*Las gentes de la misma industria rara vez se reúnen, aunque sólo sea con fines de celebraciones y fiestas, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para elevar los precios*"⁴. Este carácter perverso de la coordinación horizontal ha estado presente desde los inicios del pensamiento antitrust, y ha llevado a que exista una presunción de ilegalidad en este tipo de comportamientos. Esta visión negativa se debe a que la coordinación entre competidores en la gran mayoría de los casos producirá un incremento del poder de mercado de las empresas involucradas que podrá derivar en un incremento de los precios⁵ por encima del nivel competitivo. Esto hace que, si bien es posible la existencia de efectos procompetitivos y efectos positivos para el consumidor, con carácter general, este tipo de prácticas tengan una regulación más restrictiva.

El caso de las relaciones verticales o relaciones entre actores situados en distintos eslabones de la cadena de producción o distribución es distinto. Mientras que en términos generales los objetivos e incentivos de los competidores horizontales son coincidentes, no es así entre los empresarios que se relacionan de forma vertical.

Así, mientras que dos competidores podrán querer coordinar su actuación para reducir la producción y elevar el precio de venta del producto que producen, si nos encontramos con un productor y un distribuidor, el deseo del primero de limitar la producción a cambio de aumentar los precios que fija al distribuidor irá en detrimento de la estrategia óptima del segundo que consistiría en obtener un precio bajo para aumentar sus ventas. Igualmente, si el distribuidor lleva a cabo una política de aumento de los precios de venta, su demanda en el mercado disminuirá y con ella la demanda de bienes hacia el productor y con esta, el beneficio del segundo.

La diferencia entre el caso de los competidores horizontales y los operadores verticalmente relacionados se encuentra en que en el primero de los casos, los dos agentes ofrecen al mercado bienes sustitutivos entre sí. Este tipo de bienes muestran una elasticidad precio cruzada positiva. Es decir, en estos casos, un incremento en el precio de uno de los bienes llevará a un incremento de la demanda del otro bien.

$$\frac{\partial x_2}{\partial p_1} > 0; \varepsilon_{x_2 x_1} = \frac{\partial x_2}{\partial p_1} \cdot \frac{p_1}{x_2} > 0$$

Por el contrario, en el caso de los operadores verticalmente integrados nos encontramos con prestaciones complementarias. La microeconomía muestra que este tipo de bienes tienen una elasticidad precio cruzada negativa, lo que lleva a que un incremento de los precios de uno de los bienes provoque una caída en la demanda del otro bien.

$$\frac{\partial x_2}{\partial p_1} < 0; \varepsilon_{x_2 x_1} = \frac{\partial x_2}{\partial p_1} \cdot \frac{p_1}{x_2} < 0$$

⁴ Adam Smith, La Riqueza de las Naciones, Libro 1, Capítulo X "*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices*".

⁵ En la mayoría de los casos, cuando se habla de un incremento de los precios puede entenderse cualquier empeoramiento de los parámetros de competencia. Por ejemplo, una caída de la calidad, de la innovación, una reducción de la diversidad de productos...

El resultado diverso en el caso de estos dos tipos de bienes se puede observar si se analiza el caso de un monopolista multiproducto. En el caso en que ofrezca en el mercado bienes complementarios se verá más limitado para incrementar los precios mientras que si el monopolista lanza al mercado bienes con algún carácter sustitutivo entonces la capacidad de elevar los precios será aún mayor.

Este carácter complementario entre las prestaciones del proveedor y el distribuidor hace que los incentivos de los operadores si se alinean (en un mercado competitivo) sea para aumentar el número de bienes que lanzan al mercado, reducir sus costes o mejorar la experiencia del cliente aumentando así la fidelidad a la marca, mejorando en estos casos el bienestar de los consumidores.

Así, se plantea que cuando un fabricante en un mercado competitivo establece acuerdos con uno o varios distribuidores en los que se encuentran restricciones verticales lo que buscará (en principio) es hacer más eficiente la distribución de sus productos reduciendo los costes o los riesgos de lanzar nuevos productos al mercado.

"The manufacturer shares with the consumer the desire to have distribution done at the lowest possible cost consistent with effectiveness. That is why Courts never weigh the opposing forces of lessened intrabrand competition"⁶.

La diferencia observada en las relaciones horizontales y las verticales es lo que ha llevado a la Escuela de Chicago⁷ a abogar por el carácter eminentemente competitivo de los acuerdos entre operadores verticalmente relacionados.

Las ideas anteriores, aportadas por la Escuela de Chicago, han tenido un gran impacto en la práctica de las autoridades de competencia y tribunales en Estados Unidos. Tal es así que durante las administraciones Reagan y Bush prácticamente no se considerase ilícita ninguna restricción vertical⁸. En este sentido, durante esta etapa se aplicó lo que se ha conocido como una "quick look rule of reason".

Sin embargo, el carácter eficiente de las restricciones verticales propugnado por la Escuela de Chicago en Estados Unidos, y en Europa por la tesis de Vollmer, cuenta con una serie de limitaciones que han hecho que en ninguna de las dos regiones se considere la presunción *iuris et de iure* de legalidad de las restricciones verticales.

B. Principales eficiencias esperadas de las restricciones verticales

Siguiendo a Sergi Baches Opi⁹, los principales argumentos de eficiencia que se suelen considerar a la hora de permitir las restricciones verticales son los siguientes: la reducción de los costes, la posibilidad de entrada en nuevos mercados, la limitación al comportamiento parasitario (*free-rider*) y la limitación de la doble marginalización.

i. El argumento de la reducción de costes

Este argumento se puede dividir principalmente en dos sub-argumentos. El primero sería la reducción de costes derivada de la existencia de economías de escala o de alcance en la distribución. Un ejemplo claro de estas economías se observa en la distribución minorista de bienes de consumo. La existencia de distribuidores puede ser

⁶ R BORK, *The antitrust Paradox* p.290

⁷ La Escuela de Chicago es una escuela de pensamiento de corte clásico enfrentada a las escuelas y pensamientos de corte Keynesiano como la Síntesis Neoclásica. Algunos de sus principales exponentes son Milton Friedman o George Stigler. En relación con la competencia, los autores de Chicago consideran que las fuerzas competitivas conducirán a situaciones eficientes apostando por la desregulación y la liberalización de la economía.

⁸ ZURIMENDI (p. 11)

⁹ BACHES (pp 151-180)

más eficiente que la colocación de los productos por parte del productor. En la medida en que las restricciones verticales ayuden a favorecer la cadena de distribución externa a la empresa productora, podrán derivar en importantes ganancias de eficiencia.

Por otra parte, la existencia de determinados modelos de distribución puede reducir el número de interacciones entre los operadores verticalmente relacionados consiguiendo con ello una reducción en los costes de transacción¹⁰.

ii. El argumento de la entrada en nuevos mercados

El proceso de crecimiento a través de la apertura de nuevos mercados o la entrada con productos nuevos supone unos elevados costes y lleva aparejado un alto nivel de riesgo. Esto hace que se requiera de determinadas ventajas para que un distribuidor esté dispuesto a llevar a cabo la inversión necesaria para el desarrollo de estos nuevos mercados o productos.

Las restricciones verticales, como el compromiso por parte del productor de la imposición a todos los distribuidores de un precio de reventa mínimo o la limitación de la competencia entre distribuidores en un determinado territorio, pueden ser instrumentos que aumenten la rentabilidad esperada de la inversión que necesita desarrollar el distribuidor lo que permitirá que se lleve a cabo la misma aumentando los bienes a los que tienen acceso los consumidores. Si bien es cierto que en estos casos la reducción de la competencia puede llevar a precios más altos, el aumento de la variedad de productos puede compensar, desde el punto de vista del bienestar social, los costes derivados de la menor competencia.

iii. El argumento del parasitismo

Quizá uno de los argumentos que más se ha esgrimido para justificar la legalidad de las restricciones verticales es la limitación de los comportamientos oportunistas realizados por distribuidores que, beneficiándose de las inversiones realizadas por un distribuidor, no incurren en los gastos en que ha tenido que incurrir.

El propio caso de la entrada en nuevos mercados es un ejemplo de posible parasitismo en la medida en que los distribuidores en una segunda fase se beneficiarán de los esfuerzos en términos de publicidad y riesgos que ha realizado el primer distribuidor sin haber incurrido en los costes.

Otro ejemplo de gran actualidad es el posible parasitismo existente entre distribuidores on-line y off-line. La Comisión Europea en su informe sobre el comercio electrónico señala que, según las encuestas realizadas para el estudio, el 72% de los fabricantes consideraban que se producía parasitismo de los distribuidores en línea con respecto a los físicos¹¹.

Este dato es especialmente relevante dado el fuerte crecimiento que están teniendo las compras on-line. Según el mismo informe, el porcentaje de personas de la UE que han pedido bienes o servicios a través de internet en 2016 fue del 55% mostrando un muy fuerte crecimiento con respecto a los datos de 2007 (30%)¹².

En el caso de los distribuidores off-line, es posible que hayan desarrollado importantes inversiones en: un local en una zona representativa; la contratación de

¹⁰ La teoría de los costes de transacción es analizada originariamente por R. Coase En su obra *The Nature of the Firm* y justificaría la existencia de las empresas como forma reducir los costes que implica acudir al mercado a demandar cada uno de los bienes que requiere la empresa en su proceso productivo. En este sentido, las restricciones verticales serían un punto intermedio entre acudir al mercado directamente e integrar las actividades en la empresa.

¹¹ INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO (p.5)

¹² INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO (p.3)

personal cualificado y la formación del mismo; inventarios... En general, se pueden resumir las inversiones en servicios pre-venta, servicios post-venta, experiencia de cliente... En estas situaciones, sería posible que un consumidor se beneficiase de los servicios pre-venta como el asesoramiento y la información en el distribuidor físico y que, a falta de restricciones verticales, por ejemplo de precios mínimos, acabase comprando el producto a un distribuidor on-line que gracias a los menores costes (por el menor servicio ofrecido) es capaz de ofrecer unos menores precios.

Esta justificación se encuentra en todo caso con límites. En primer lugar, para determinados productos, el beneficio del comportamiento oportunista puede ser limitado. En este sentido, la Comisión señala que difícilmente se podrá considerar un problema de parasitismo en los casos de servicios post-venta. Tampoco se producirán problemas de parasitismo en bienes de reducido valor en la medida en que puede suponer un mayor coste para el consumidor el cambiar de distribuidor. En segundo lugar, el parasitismo tiene más riesgos en los productos nuevos o de alto contenido técnico o tecnológico donde los servicios de información pueden ser más relevantes. En tercer lugar, las medidas que se apliquen pueden ser más perjudiciales que los efectos competitivos que se pueden conseguir, por lo que deberán analizarse caso por caso.

De esta forma, si bien desde un punto de vista teórico el parasitismo puede suponer un problema de eficiencia, habrá que analizarlo en el caso concreto para determinar si las restricciones verticales que se pretenden establecer llevarán a la economía a una situación mejor o peor.

iv. El argumento de la doble marginalización

El problema de la doble marginalización, señala aquella situación en la que existiendo competencia imperfecta en los dos mercados verticalmente relacionados, la existencia de restricciones verticales pueden reducir el poder de mercado de alguna de las dos partes evitando así que cada una de ellas imponga su mark-up completo sobre el precio lo que podría derivar en unos precios que podrían llegar a ser superiores a los de monopolio

Como se ha podido analizar, las restricciones verticales pueden llevar a una serie de efectos procompetitivos o de eficiencia que podrían justificar la legalidad de las mismas. En los siguientes apartados se analizará cómo pueden afectar a la competencia, tanto intramarca como intermarca así como los efectos anticompetitivos que se pueden derivar de las mismas y que, por tanto, pueden suponer un freno a la aprobación o la legalización de las mismas.

C. Competencia intramarca e intermarca y la Rule of Reason

Antes de analizar las limitaciones a la eficiencia de las restricciones verticales conviene hacer una distinción entre la llamada competencia intramarca y la competencia intermarca. La competencia intermarca es la derivada de la existencia en el mercado de distintas marcas para un mismo producto que compiten entre sí y suponen una limitación a la capacidad de elevar los precios por parte de un operador. El caso extremo de perfecta competencia intermarca es la situación de competencia perfecta con un gran número de oferentes con un producto homogéneo. El hecho de que el producto sea homogéneo lleva a que cualquier desviación por parte de un operador por encima del precio de mercado le expulse del mismo. Por su parte, cualquier reducción en el precio por debajo del precio de mercado permitiría a este agente hacerse con toda la demanda. Esto lleva a que (desde un punto de vista teórico al menos), la competencia intermarca en competencia perfecta (con bienes homogéneos) lleve a un precio igual a

los costes marginales e igual a los costes medios mínimos por parte de los productores. Adicionalmente, llevará a la expulsión del mercado de aquellos operadores menos eficientes.

Por otra parte, la competencia intramarca es aquella que se produce entre los distintos distribuidores de un mismo producto. La Escuela de Chicago y gran parte de la doctrina han considerado que la principal fuente de competencia y de bienestar para el consumidor proviene de la competencia intermarca en la medida en que, si el nivel de esta es suficiente, los distribuidores no podrán fijar precios supracompetitivos de una de las marcas, eliminándose así la importancia de la competencia intramarca.

De esta forma, el análisis básico de la Escuela de Chicago se basa en la idea de que es suficiente que en el mercado en cuestión exista competencia intermarca y no exista poder de mercado por parte de los operadores para que las restricciones verticales no puedan producir efectos negativos y por tanto puedan ser compatibles con las normas de competencia.

Esta es la lógica que opera detrás de la llamada Rule of Reason¹³, aplicada por primera vez en materia de restricciones verticales no relativas a precios en Estados Unidos en la Sentencia del Tribunal Supremo del asunto Sylvania¹⁴. Esta sentencia se separa de la sentencia Standard Oil¹⁵ de 1911 que había sido aplicada desde entonces.

La Rule of Reason o Regla de la Razón, permite hacer un análisis sobre la posición de dominio o el poder de mercado de las partes y aprobar aquellas operaciones en las que no exista poder de mercado en la medida en que, en estos casos, siguiendo los postulados de la Escuela de Chicago, los efectos procompetitivos derivados de la mejora en la eficiencia de la distribución "de forma razonable" superarán a los efectos anticompetitivos.

En un enfoque similar, la Comisión Europea (que sin embargo sigue una visión menos optimista de las restricciones verticales) señala en las Directrices de Verticales:

En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o ambos. Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial para eficiencias.

Esta visión, menos proclive a aceptar cualquier tipo de restricción vertical a pesar de la posible ausencia de poder de mercado, queda reflejada en el Reglamento de Exención por Categorías de acuerdos verticales (RECAV o Reglamento 330/2010) en el artículo 4 y 5 al incluir una lista negra de prácticas verticales que no gozan del privilegio de la exención. Si bien no se prejuzgan que puedan ser aprobadas en base al artículo 101.3 del TFUE, se considera que, salvo prueba (compleja) sobre las posibles eficiencias, determinadas prácticas tienen por objeto la restricción de la competencia.

D. Limitaciones a la eficiencia de las restricciones verticales.

Las restricciones verticales pueden tener efectos anticompetitivos en los casos en que, o bien uno de los operadores verticalmente relacionados tenga poder de mercado (independientemente de que sea el que se encuentra en una fase anterior o posterior de

¹³ El primer desarrollo de esta teoría se planteó en la Sentencia del TS de EEUU: United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

¹⁴ Continental TV Inc. c GTE Sylvania 433 US 36 (1977)

¹⁵ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

la cadena de producción o distribución), o bien, dada la estructura de las relaciones verticales, se haya generado una red de acuerdos (redes paralelas) que afecten a un sector amplio de alguno de los mercados en cuestión.

Estas dos realidades son las que limitan en el caso de la Unión Europea la aplicación del RECAV. En primer lugar, se considera que en el caso de un operador con una cuota de mercado inferior al 30%, los efectos anticompetitivos posibles son limitados. En el caso de las redes paralelas, el Reglamento 330/2010 permite a la Comisión retirar los beneficios de la exención.

Cabe plantearse cuáles son los mecanismos a través de los cuales, las restricciones verticales pueden afectar negativamente a la competencia. En términos generales, se puede señalar que los principales efectos anticompetitivos que se pueden derivar de las restricciones verticales son: incremento de las barreras de entrada; reducción de la competencia intermarca y, como puede ser más claro, de la competencia intramarca; el aumento de la transparencia con la consiguiente facilitación de las prácticas colusorias o conscientemente paralelas; la segmentación y distribución del mercado; y el aumento de la posición de dominio de un operador en un mercado conexo entre otras.

En relación con la reducción de la competencia intermarca, un ejemplo de cómo las restricciones verticales pueden reducirla se observa en el caso Levi¹⁶. El fabricante de pantalones tenía una posición de dominio en el mercado de tejanos en Estados Unidos con una cuota cercana al 30%. Levi llevaba a cabo su distribución a través de distribuidores autorizados a los que les fijaba un precio mínimo de venta. Esta restricción limitaba la competencia intramarca, en la medida en que los operadores no podían competir entre sí reduciendo los precios. Sin embargo, también llevó a una reducción de la competencia intermarca. Los altos niveles de precios fijados por el fabricante líder en el mercado permitían que un gran número de fabricantes de otras marcas pudiesen vender sus productos a precios inferiores a los de la marca líder pero con un margen suficiente, alejado del precio de competencia. Tras una resolución de la Autoridad de Competencia Americana (Federal Trade Commission o FTC), Levi eliminó su política de fijación de precios mínimos. Esto llevó a un incremento de la competencia intramarca que derivó en una bajada de los precios de los pantalones Levi que obligó al resto de las marcas a reducir sus precios aumentándose las ventas y reduciéndose los precios en el mercado de tejanos en Estados Unidos con la consiguiente mejora del bienestar de los consumidores.

En el siguiente ejemplo, se observarán otros dos efectos negativos derivados de la imposición de restricciones verticales: el aumento de las barreras de entrada y el aumento de la transparencia en precios. Es el caso de las Cláusulas de Nación Más Favorecida (CNMF o Price Parity Agreement Clause PPA). Tanto la Comisión Europea en el asunto Booking¹⁷, como la Autoridad de Competencia de Reino Unido, la Competition and Markets Authority (CMA) en el caso de los comparadores en línea de seguros de coche¹⁸, han tenido la ocasión de analizar los efectos de estas prácticas.

En ambos casos se tratan de cláusulas que impone un comparador on-line sobre los proveedores del bien (hoteles y seguros respectivamente). Las cláusulas de paridad de precios analizadas establecen que el proveedor no podrá dar un precio más bajo a

¹⁶ Un resumen del mismo puede verse en: BACHES, pp 120-122

¹⁷ La Comisión Europea realizó un estudio entre 2016 y 2017, en 10 países europeos sobre los efectos de las CNMF en el sector de la hostelería: Report On The Monitoring Exercise Carried Out In The Online Hotel Booking Sector By Eu Competition Authorities In 2016

¹⁸ En 2015, la Autoridad de Competencia de RU finalizó una investigación sobre el sector de los seguros de vehículos a motor privados donde se analizan en profundidad los efectos de las CNMF en este sector. El informe completo puede encontrarse en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a131400001/Final_report.pdf

otros comparadores (cláusula estrecha) o vender él mismo (cláusula amplia) a un precio inferior al ofrecido al comparador que impone la restricción vertical.

Esta cláusula evitaría que un nuevo competidor intentase entrar en el mercado a través de políticas agresivas de precios en la medida en que en el momento en que consiguiese unos precios inferiores (por ejemplo, a cambio de cobrar una menor comisión al hotel) esto haría que el hotel tuviera que reducir el precio al que le ofrece la habitación al incumbente. Así se puede ver cómo la CNMF aumenta las barreras de entrada, y aumenta la transparencia en los precios.

Por último, se puede observar cómo determinadas prácticas verticales como los acuerdos de marca únicos¹⁹, pueden servir para apalancar el poder de mercado que el fabricante tiene en un bien para aumentar su poder de mercado en otro mercado conexo a través de prácticas como el tying o el bundling.

III. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

A. Caracterización y compatibilidad con la normativa comunitaria de los acuerdos de distribución selectiva

La Distribución selectiva aparece definida en el artículo 1 letra e) del Reglamento 330/2010 como: *un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema.*

Los acuerdos por los cuales se establece una estructura de distribución selectiva entran dentro de la consideración de acuerdos del artículo 101, por lo que son susceptibles de estar prohibidos si entran dentro del 101.1, es decir, si tienen "*por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior*". La compatibilidad de esta estructura con las normas de competencia vendrá determinada por distintos criterios. En primer lugar, pueden ser acuerdos no prohibidos si entran dentro de los *acuerdos de minimis*²⁰, en segundo lugar pueden estar exentos si cumplen los requisitos del 101.3²¹ o si cumplen con el RECAV.

Para que un acuerdo de distribución selectiva quede fuera del ámbito de aplicación del 101.1 deberá cumplir con los criterios Metro^{22,23}. Alternativamente, quedarán exentos aquellos que, cumpliendo los criterios contenidos en el Reglamento 330/2010,

¹⁹ El párrafo 129 de las Directrices de Verticales define los acuerdos de marca única: "Bajo la denominación de «marca única» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. [...] Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera más del 80 % de sus necesidades a un solo proveedor".

²⁰ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis) (2014/C 291/01). La Comunicación de minimis determina aquellos acuerdos que "no constituyen una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101".

²¹ El artículo 101.3 establece unas condiciones bajo las cuales un acuerdo prohibido por el 101.1 no será considerado incompatible con el mercado. Las condiciones son: que contribuyan a mejorar la producción, distribución o el progreso; que reserven una participación equitativa de los beneficios a los usuarios, que las restricciones sean imprescindibles para lograr el resultado y que no sean hábiles para eliminar de forma sustancial la competencia.

²² Metro SB-Grössmarkte c Comisión 26/76 EU:C:1977:167 párrafo 20. (METRO)

²³ Otras sentencias que han confirmado los criterios de compatibilidad del sistema de distribución selectiva con el 101 son: L'Oreal 331/80 EU:X:1983:293 párrafo 35; Groupement d'achat Edouard Leclerc T19/9 EU:T:1996:190 párrafos 112-120; Pièrre Fabre Dermo-Cosmetique SAS C-439/09 EU:C:2011:649 párrafo 41; y muy recientemente Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C:2017:941 párrafo 24. (COTY)

no estén incursos en la lista negra del artículo 4 (nulidad del acuerdo) o en la lista gris del artículo 5 (nulidad de la específica disposición).

Para el análisis de la compatibilidad de los sistemas de distribución selectiva con el Reglamento 330/2010, las Directrices de verticales desarrollan un amplio análisis entre los párrafos 174 a 188 así como en otros párrafos dispersos de las mismas, especialmente en lo que se refiere a la incompatibilidad de la superposición de distintos tipos de acuerdos especiales: marca única, distribución exclusiva o suministro exclusivo.

El párrafo 175 define los dos tipos de sistemas de determinación de los distribuidores: de forma cualitativa (la que más fácilmente será compatible con el mercado) y la cuantitativa (que puede suponer mayores problemas de competencia).

175. [...] En la distribución selectiva puramente cualitativa se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en virtud de criterios objetivos necesarios por la naturaleza del producto, tales como la formación del personal de venta, el servicio prestado en el punto de venta, la venta de una determinada gama de productos, etc. La aplicación de estos criterios no limita directamente el número de distribuidores autorizados. En general, se considera que la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del artículo 101, apartado 1, por ausencia de efectos anticompetitivos, siempre y cuando se cumplan tres condiciones. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate debe necesitar un sistema de distribución selectiva, en el sentido de que tal sistema debe constituir una necesidad legítima, habida cuenta de la naturaleza del producto, para preservar su calidad y garantizar un uso correcto. En segundo lugar, los revendedores deben ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme y puestos a disposición de todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario. La distribución selectiva cuantitativa añade otro tipo de criterios de selección que limitan de forma más directa el número potencial de distribuidores autorizados, por ejemplo, al exigir ventas mínimas o máximas, fijar el número de distribuidores autorizados, etc.

Por su parte, el párrafo 185 señala las principales eficiencias que se pueden derivar de los sistemas de distribución selectiva. Como se puede observar, en gran medida coinciden con las eficiencias generales de los acuerdos verticales analizadas en el primer apartado del trabajo.

(185) La distribución selectiva puede ser eficiente cuando permite ahorros de costes logísticos debidos a economías de escala en el transporte, lo que puede suceder con independencia de la naturaleza del producto (apartado 107, letra g)). Sin embargo, dicha eficiencia es generalmente sólo una eficiencia marginal de los sistemas de distribución selectiva. Para solucionar un problema de parasitismo entre los distribuidores (apartado 107, letra a)) o ayudar a la creación de una imagen de marca (apartado 107, letra i)), la naturaleza del producto es muy pertinente. En general, la exención es más probable en nuevos productos, productos complejos o productos cuya calidad sea difícil de determinar antes del consumo (los llamados «productos de experiencia») o incluso después del consumo (los llamados «productos de confianza»). La combinación de la distribución selectiva con una cláusula de situación, que proteja a un distribuidor designado frente a otros distribuidores designados que abran un comercio en las proximidades, puede en especial cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, si la combinación es

imprescindible para proteger inversiones considerables y específicas para determinadas relaciones realizadas por el distribuidor autorizado (apartado 107, letra d)).

Estas eficiencias teóricas propuestas señaladas por la Comisión se han confirmado recientemente a raíz del estudio de Comercio Electrónico. En el Informe de la Comisión²⁴, la Comisión presenta los resultados de las encuestas realizadas a los productores en los que se recogen las principales razones para el establecimiento de un sistema de distribución selectiva que se pueden resumir en: preservar la imagen de marca, la imagen de lujo y la reputación; asegurar servicios pre-venta y post-venta y asesoramiento de alta calidad; evitar o reducir los comportamientos free-rider por parte de los distribuidores on-line frente a las inversiones realizadas en los puntos de venta por distribuidores físicos; y aumentar la trazabilidad de los productos y protegerlos de forma más eficiente de las imitaciones (counterfeiting products).²⁵

B. La relevancia de los acuerdos verticales de distribución selectiva

Los sistemas de distribución selectiva tienen una gran importancia en la actualidad. Así, el Informe de Comercio Electrónico señala que el auge del comercio electrónico ha llevado a un crecimiento en la utilización de los sistemas de distribución selectiva en los últimos 10 años. De este modo, el 19% de los productores que respondieron a esta cuestión habían introducido por primera vez la distribución selectiva para alguno de sus productos y el 2% habían aumentado el número de productos para los que utilizaban este sistema de distribución. Sin embargo, hay que señalar que la distribución selectiva tiene una menor prevalencia que otros sistemas de distribución, lo cual tiene sentido en la medida en que solo determinados productos pueden/deben ser distribuidos a través de este sistema (calidad/complejos/novedosos...).

El avance en el comercio electrónico no ha llevado exclusivamente a un crecimiento de la utilización del sistema de distribución selectiva sino que ha obligado en algunos casos a los productores a modificar los criterios de acceso a los distribuidores para adecuarlos al nuevo canal de venta que supone internet. No en vano, el párrafo 54 de las Directrices de Verticales señala que, especialmente en el caso de los sistemas de distribución selectiva, se podrán imponer determinados criterios de calidad para la distribución por internet. Estos criterios no tienen que ser los mismos que los criterios establecidos para la venta en establecimiento físico (en muchos casos no resultaría adecuado), pero sí deberán ser criterios comparativamente equivalentes en términos de calidad.

En relación con este aspecto, la Comisión ha analizado los criterios más utilizados por los productores para el establecimiento de sistemas de distribución selectiva, tanto para los canales off-line como para los canales on-line.

En relación con los criterios aplicados a los primeros destacan: criterios geográficos de localización de los locales; número y tamaño mínimo de locales de venta; cuestiones de calidad/imagen en los locales; cuestiones relativas a la localización de los productos en la tienda y cuestiones sobre el número y formación del personal.

En relación con los requisitos aplicables a los distribuidores on-line, destacan: la obligación de propiedad sobre la página, lo cual puede excluir la venta a través de páginas de terceros (la compatibilidad de este requisito con la normativa comunitaria se

²⁴ INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO

²⁵ DOCUMENTO DE TRABAJO, COMERCIO ELECTRÓNICO, pp. 75 y 76

analizará con detalle en el siguiente apartado del trabajo); la necesidad de aprobación de la página y de sus cambios; prohibición de anunciarse en price comparison tools; cuestiones sobre el uso de las marcas o logotipos; criterios de seguridad de la página y de los sistemas de pagos, organización de servicios de garantía, reparación u otros servicios postventa...

Como se puede observar, en muchos casos los criterios si bien no son aplicables en los otros canales, sí pueden tener objetivos equivalentes sobre calidad, información o el tipo de prestaciones preventiva y postventa.

Adicionalmente, la Comisión ha observado la existencia de criterios que pueden ser comunes a los dos canales de distribución como puede ser: la obligación aprobación de las campañas de publicidad o los materiales promocionales; criterios sobre la calidad y el tiempo de los servicios de reparación; mantenimiento de un nivel mínimo de stock; envío de reportes sobre ventas...

En los casos en los que una condición pueda ser aplicada para los dos canales, difícilmente podrá entenderse que pueda limitarse a uno de los dos canales puesto que entraría en conflicto con la obligación (para que entre dentro de los criterios Metro) de necesidad del requisito impuesto.

IV. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA: EL ASUNTO COTY.

A. Información sobre los hechos y la Sentencia

El Asunto COTY se refiere al planteamiento de una cuestión prejudicial²⁶, planteada por el Tribunal Superior Regional de Frankfort (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) en relación con la compatibilidad con la normativa comunitaria de una cláusula de prohibición de venta por Internet a través de terceros, de una empresa dentro de un sistema de distribución selectiva.

El caso concreto se plantea en la relación entre la empresa Coty German GmbH. (COTY), que es una empresa alemana líder en el mercado de productos de cosmética de lujo, y uno de sus distribuidores, Parfumerie Akzente GmbH. (PARFÜMERIE AKZENTE).

La empresa COTY, organiza la distribución de sus productos en base a un sistema de distribución selectiva. El sistema de distribución selectiva en el caso COTY está justificado para preservar la imagen de lujo de los productos de la marca. Esto lleva a la obligación por parte de los distribuidores de cumplir unos determinados criterios cualitativos sobre la calidad y la imagen de los puntos de distribución, tanto en relación con la distribución a través de tiendas físicas como a través de internet. Dentro de estos requisitos, una de las restricciones verticales que se establece en los contratos de

²⁶ TFUE artículo 267

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

[...]

distribución es una prohibición *recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas a través de internet de los productos objeto del contrato*²⁷.

PARFÜMERIE AKZENTE es uno de los distribuidores selectivos de COTY y llevaba a cabo la venta de los productos de la marca a través de tres sistemas: venta en establecimiento físico, venta a través de su propia página web y venta a través de una plataforma, concretamente, a través de amazon.de.

El conflicto surge en relación con las ventas a través de la plataforma en la medida en que puede ser un recurso evidente a una tercera empresa para la venta a través de internet.

Ante un cambio en las condiciones de distribución, PARFÜMERIE AKZENTE se negó a aceptar la mencionada restricción por lo que entraron en conflicto judicial. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda interpuesta por COTY por considerarla contraria a la ley de competencia nacional, por estar incluida en las prohibiciones del artículo 4 c) del Reglamento 330/2010 y por no ser hábil para obtener la aprobación en base al artículo 101.3 al considerar que no era un requisito imprescindible para proteger los intereses de COTY, pudiendo recurrir a prácticas menos restrictivas de la competencia.

Esta sentencia fue recurrida por COTY al Tribunal Superior Regional quien consideró necesario plantear una cuestión prejudicial en la que se planteaban cuatro cuestiones:

1) *Los sistemas de distribución selectiva relativos a la distribución de productos de lujo y de prestigio y dirigidos primordialmente a preservar la "imagen de lujo" de dichos productos, ¿constituyen un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1?*

2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿puede considerarse un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, la prohibición absoluta, impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado, de recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas por Internet, independientemente de que en el caso concreto se satisfagan o no las legítimas exigencias de calidad del fabricante?*

3) *¿Debe interpretarse el artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010 en el sentido de que la prohibición, impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado, de recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas por Internet constituye una restricción por objeto de la clientela del minorista?*

4) *¿Debe interpretarse el artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010 en el sentido de que la prohibición, impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado, de recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas por Internet constituye una restricción por objeto de las ventas pasivas a los usuarios finales?»*

El 6 de diciembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia confirmando la compatibilidad con el artículo 101 del TFUE de: i) un sistema de distribución selectiva para productos de lujo; ii) la cláusula concreta que prohíbe la venta *evidente* a través de terceros en el asunto COTY si el Tribunal de origen considera que los productos son de lujo; y iii) que este tipo de acuerdos verticales no son

²⁷ Sentencia COTY

contrarios a los apartados b ni c del artículo 4 del Reglamento 330/2010. Al ser una cuestión prejudicial, el TJUE se limita a responder a las cuestiones planteadas quedando en manos del Tribunal de origen la resolución concreta del asunto.

B. Aplicabilidad de la sentencia al análisis de las restricciones de venta a través de plataformas en los modelos de distribución selectiva.

Las ventas a través de internet suponen un canal determinante y en constante crecimiento en la distribución de los productos. Históricamente sin embargo ha suscitado problemas en relación con los acuerdos verticales. No en vano, la inclusión de las cláusulas negras del artículo 4 y las restricciones verticales en el marco del comercio por internet fueron los principales debates en el seno de la Unión Europea en relación con el desarrollo del Reglamento 330/2010 y las Directrices de verticales²⁸.

Las ventas a través de internet se consideran, con carácter general ventas pasivas, por lo que no está permitida la limitación a su uso dentro de un sistema de distribución selectiva²⁹. El Reglamento a través de las Directrices³⁰ excluye de la aplicación de la exención, en relación con el comercio electrónico, las siguientes prácticas: i) la exclusión en favor del proveedor de las ventas de los distribuidores a través de internet; ii) limitar el territorio en el que los distribuidores pueden vender a través de internet; iii) la imposición por parte del proveedor de políticas de precios para las ventas a través de internet (salvo aquellas permitidas en el ámbito de las ventas off-line); y iv) la fijación un porcentaje máximo de ventas por internet³¹.

La gran importancia de las ventas a través de internet, han llevado a que la Sentencia COTY fuera una de las más esperadas en el año 2017 y su estudio se vuelve fundamental en el análisis de las restricciones verticales y más concretamente en relación con los sistemas de distribución selectiva.

Veamos por tanto a continuación las principales respuestas del Tribunal a las cuestiones planteadas en este asunto.

- Sobre la primera cuestión prejudicial

El Tribunal recuerda que un sistema de distribución selectivo será compatible con el artículo 101 cuando la elección de los distribuidores: se base en criterios cualitativos; se aplique de forma uniforme y no discriminatoria; las características del producto lo requieran; y los criterios impuestos no sean excesivos³². El Tribunal señala que estos criterios ya aparecían recogidos en la sentencia *Pièrre Fabre*, citada en la cuestión prejudicial.

Los párrafos 28 y 36 de la sentencia determinan que los productos de lujo pueden necesitar de un sistema de distribución selectiva con el fin de preservar la calidad (tanto de las características materiales como del aura y la imagen de prestigio). Siendo por tanto su aplicación conforme a las normas comunitarias.

²⁸ BERENGUER (pp 238 y 241-242)

²⁹ DIRECTRICES (párr 52)

³⁰ DIRECTRICES (párrafos 52-56)

³¹ Sí es posible imponer la venta de un número mínimo de productos a través de los canales off-line, a condición de que sea un valor y no un porcentaje sobre ventas y que la imposición no se convierta en una forma encubierta de vender de forma exclusiva a través de canales off-line.

³² Aunque el Tribunal no se pronuncia sobre la determinación de distribuidores en base a criterios cuantitativos, el párrafo 175 de las Directrices también permite la exención de determinados sistemas de distribución selectiva basados en estos criterios

El Tribunal señala que la Sentencia *Pière Fabre* no implica una prohibición del uso de un sistema de distribución selectiva para los productos de lujo sino que, en ese asunto, lo que se considera contrario es la prohibición absoluta de la venta a través de internet (además de considerar que en el caso *Pière Fabre* no se trataba de productos de lujo).

-Sobre la segunda cuestión prejudicial

El elemento esencial de esta cuestión es determinar si, a pesar de cumplir con los requisitos impuestos por el proveedor para la venta a través de internet por parte de un tercero, es lícita la restricción enjuiciada. En su párrafo 56, el Tribunal señala que en la medida en que la relación contractual se establece entre el proveedor y el distribuidor y no con las plataformas de terceros, se puede considerar que el control por parte del proveedor puede deteriorarse limitando la efectividad del sistema de distribución selectiva y más especialmente en el caso concreto en el que se trata de productos de lujo.

-Sobre la tercera y la cuarta cuestión prejudicial

El Tribunal agrupa en un mismo análisis ambas cuestiones relativas a si la restricción analizada puede considerarse una restricción por objeto en el sentido del artículo 4 del Reglamento 330/2010. Concretamente, las letras b y c del mencionado artículo se refieren a la restricción de clientela y a la restricción de ventas pasivas a usuarios finales. El Tribunal considera que la prohibición de recurrir de forma evidente a ventas en internet a través de terceros dentro de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo no supone una restricción de clientela ni de ventas pasivas.

C. Interpretación de la Comisión Europea de la Sentencia COTY

Como ya hemos señalado anteriormente, tanto el mundo de la competencia europea como, de forma especial, la Comisión esperaban con gran expectativa la Sentencia en el asunto *Coty*.

Si bien es cierto que la sentencia se circunscribe (por su carácter de cuestión prejudicial) a los hechos y condiciones específicas del caso alemán, los efectos de la misma se prevén afecten a otros asuntos.

En este sentido, la Comisión ha publicado un "Competition Policy Brief" titulado "*EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?*". Este breve documento analiza la sentencia, la pone en relación con el Informe de Comercio Electrónico³³ y señala algunas líneas básicas sobre la interpretación de la Comisión de la sentencia para su actuación futura.

Dos son las cuestiones principales que analiza la Comisión en relación con la sentencia. En primer lugar, agradece el papel clarificador de la sentencia *Coty* sobre las distintas interpretaciones que se estaban produciendo de la sentencia *Pière Fabre*. En este sentido, la Comisión considera que el Tribunal confirma la doctrina anterior a la sentencia *Pière Fabre* en relación con la conformidad de los sistemas de distribución selectiva con el artículo 101 siempre que se cumplan los criterios establecidos en la sentencia *Metro*.

En segundo lugar, la Comisión considera que la Sentencia *Coty* establece que las prohibiciones de utilización de plataformas en un sistema de distribución selectiva no

³³ INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO

constituyen una restricción por objeto en relación con las letras b y c del artículo 4 del Reglamento 330/2010.

Si bien es cierto que el Tribunal enmarca su decisión en el contexto de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo, y en algunos puntos de la sentencia lo contraponen a aquellos productos de no lujo (especialmente cuando analiza la sentencia *Pièrre Fabre*), la Comisión considera que "*los argumentos del Tribunal son válidos independientemente de la categoría de producto concernido (esto es: productos de lujo) y son igualmente aplicables a productos de no lujo*"³⁴.

Dos son los principales argumentos esgrimidos por la Comisión para considerar que los criterios determinados por la Sentencia *Coty* pueden aplicarse a todo tipo de bienes (no quedando restringida su aplicación a los bienes de lujo).

El primero es que la finalidad del Reglamento es crear un *Safe Harbour* (Puerto seguro) sobre la legalidad de los acuerdos verticales, dando seguridad jurídica a los operadores económicos. En este sentido, la Comisión considera que el análisis de las restricciones por objeto no puede estar determinadas por el tipo de producto o por las condiciones de mercado. En esta misma línea se pronunciaría el Abogado General Wahl en las conclusiones en el asunto *Coty*.³⁵

El segundo argumento es que el artículo 4b y 4c no se refieren de forma exclusiva a productos de lujo por lo que, si como el Tribunal ha hecho, se considera que la prohibición de recurrir a plataformas no es una restricción por objeto de clientela o de ventas pasivas, no lo será independientemente de que se trate de productos de lujo o del resto de los productos hábiles para ser distribuidos a través de un sistema de distribución selectiva. La Comisión va más allá al considerar que en la medida en que el artículo 4b) puede aplicarse en sistemas distintos de los de distribución selectiva, la sentencia podría ampliarse a todo el ámbito aplicable al 4b).

De esta forma, la Comisión Europea, que es la encargada de aplicar de forma principal las normas de competencia, señala cuál será su actuación tras la Sentencia *Coty*, a saber, considerar que las restricciones al uso de terceros operadores en internet de las ventas en los sistemas de distribución selectiva (en la medida en que no sean prohibiciones absolutas de venta por internet) no serán consideradas contrarias al Reglamento 330/2010 de Exención por categorías.

En todo caso, corresponderá al Tribunal de Justicia de la Unión Europea validar esta interpretación en los futuros asuntos que traten este tipo de restricciones; y a las Autoridades Nacionales aplicarla en los casos de ámbito no comunitario. En este sentido, cabe destacar el aparente conflicto que ha surgido recientemente entre la interpretación del caso *Coty* y la interpretación en el caso *Asics* (también en Alemania) relativo igualmente a restricciones verticales en el ámbito de la distribución selectiva a través de internet.

³⁴ Traducción propia

³⁵ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NILS WAHL, presentadas el 26 de julio de 2017 en el Asunto C-230/16

131. En efecto, no debería pasarse por alto que el objetivo perseguido por los reglamentos de exención adoptados sobre la base del Reglamento n.º. 19/65/CEE (39) reside, en particular, en la necesidad de permitir a las empresas en cuestión autoevaluar la conformidad de sus conductas con las normas en materia de competencia.

132. La consecución de este objetivo se vería perjudicada si, a fin de calificar las medidas adoptadas por las empresas como acuerdos verticales que tengan «por objeto» restringir ciertos tipos de venta en el sentido del artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º. 330/2010, se exigiese a dichas empresas la realización de un examen sofisticado y exhaustivo de los efectos restrictivos de la competencia que tuviera en cuenta la situación del mercado y su propia posición.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo, se han analizado los principales efectos (positivos y negativos) económicos de los acuerdos verticales. En general, se puede considerar que los efectos procompetitivos en un mercado competitivo y con bajas barreras de entrada serán superiores a los efectos anticompetitivos. Se mantiene en todo caso la distinción entre el sistema estadounidense (más favorable) y el europeo (más restrictivo) como queda reflejado en la existencia de los artículos 4 y 5 del Reglamento 330/2010.

Estos acuerdos verticales tienen un importante efecto sobre los nuevos sistemas de distribución. En el caso concreto de la distribución selectiva existen una serie de acuerdos verticales que pueden afectar a la competencia como son las cláusulas de paridad de precios, o las limitaciones al uso de internet para determinados aspectos.

En la medida en que este tipo de acuerdos verticales aportan efectos positivos y negativos a la competencia, las autoridades deberán analizar la compatibilidad de los mismos con la normativa comunitaria.

Para ayudar a las empresas en la autoevaluación de sus prácticas y a las autoridades de competencia en la delimitación del artículo 101.1 y el 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es clave tanto el Reglamento 330/2010 como las Directrices de Verticales. Sin embargo, en la medida en que las prácticas de las empresas están en constante evolución y en muchos casos se moverán en las zonas grises del derecho, la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta fundamental para ajustar la normativa a las prácticas concretas.

En este sentido, el caso Coty analizado es un ejemplo clave sobre el papel unificador a nivel comunitario del TJUE. Por su parte, la interpretación de la sentencia realizada por la Comisión, si bien es cierto que no es vinculante para los Tribunales y para otras autoridades de competencia, sí marca la línea de actuación de la primera en el futuro por lo que cabe pensar que las restricciones verticales en el ámbito de internet jugarán un importante papel en los años por venir.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A. Artículos, libros y estudios

BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia, El reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Madrid, Marcial Pons, Economía & Derecho, 2014.

BERENGUER FUSTER, L., *Derecho de la Competencia y Contratos de Distribución*, Círculo de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*.

BORK, R.H., *The antitrust paradox-A Policy at War with Itself*, New York, The Free Press, 1978, edición revisada 2003.

COASE, R., *The Nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

COMISIÓN EUROPEA, *Competition Policy Brief* titulado "EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?", 2018.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, COM(2017) 229 Final*. (En el documento "Informe de la Comisión, Comercio Electrónico").

COMISIÓN EUROPEA, Documento de trabajo, Informe final de la Investigación sectorial sobre el comercio electrónico, 2017. En el documento "Documento de trabajo, Comercio Electrónico".

ZURIMENDI ISLA, A., El modelo más eficiente de regulación de las restricciones verticales, Indret (revista para el análisis económico) 1/2007, Barcelona.

B. Normativa

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Reglamento (UE) N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101º, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. D.O. L N° 102 de 23 de abril de 2010

Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C n° 130 de 19 de mayo de 2010.

Comunicación de la Comisión, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis) (2014/C 291/01).

C. Jurisprudencia

Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C:2017:941

Sentencia del TS de EEUU: United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)

Continental TV Inc. c GTE Sylvania 433 US 36 (1977)

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

SB-Grssmarkte c Comisión 26/76 EU:C:1977:167 párrafo 20. (METRO)

L'Oreal 331/80 EU:X:1983:293 párrafo 35

Groupement d'achat Edouard Leclerc T19/9 EU:T:1996:190 párrafos 112-120

Pière Fabre Dermo-Cosmetique SAS C-439/09 EU:C:2011:649 párrafo 41

