

LA POLÍTICA COMUNITARIA DE RESTRICCIONES VERTICALES

Cani FERNÁNDEZ VICIÉN ¹

Abogado. Cuatrecasas

El 1.º de enero de 2001 se cumple el primer aniversario de la entrada en vigor de la normativa comunitaria en materia de relaciones verticales entre empresas, esto es, lo que ya se ha bautizado en los foros jurídicos como el «Reglamento de Verticales»² (en adelante, según el contexto, REC o nuevo REC). Este Reglamento otorga una exención de la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE (en adelante, TCE) a favor de los acuerdos suscritos entre operadores económicos situados en distintas fases de la cadena de producción o de la distribución y relativos a las condiciones en que habrán de venderse, revenderse o comprarse los bienes o prestarse los servicios que constituyen su objeto.

Este marco jurídico fue completado el 24 de mayo de 2000, mediante la adopción por la Comisión Europea de unas Líneas Directrices (las *Guidelines*), publicadas en las distintas versiones lingüísticas el 13 de octubre siguiente. Tales *Guidelines* están llamadas a explicar en detalle el ámbito y significado del Reglamento y a proporcionar, en particular, los elementos necesarios para el análisis de los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación de aquél.

En el momento de su entrada en vigor, el REC derogó los antiguos Reglamentos de exención de las categorías de acuerdos de compra exclusiva, distribución exclusiva y franquicia³. No obstante, la disposición transitoria del nuevo REC prevé un período de gracia para los acuerdos fir-

¹ La autora desea agradecer especialmente su contribución a Irene MORENO-TAPIA, sin cuya ayuda no habría sido posible la redacción de este artículo.

² Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE L 336, de 29 de diciembre), aplicable, en general, según su artículo 13 desde primero de junio de 2000.

³ Reglamento de la Comisión (CEE) núm. 1983/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (DOCE L 173, 30 de junio de 1983); núm. 1984/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (DOCE L 173, de 30 de junio de 1983), y núm. 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, sobre la aplicación

mados con anterioridad a su entrada en vigor siempre que tales acuerdos sean conformes a los Reglamentos derogados⁴.

Incluso con anterioridad a su adopción, el REC ha atraído la atención tanto de profesionales del Derecho como de los operadores económicos especialmente involucrados en el tipo de acuerdos que cubre. La razón de este interés radica en que el REC ha supuesto un giro radical en el tratamiento que la Comisión Europea ha dispensado tradicionalmente a los acuerdos de carácter vertical. Esto implicará, fundamentalmente al finalizar el período transitorio antes mencionado, la adaptación de numerosos acuerdos en vigor desde hace años a estándares radicalmente nuevos, además de un cambio de mentalidad considerable para la elaboración de los nuevos acuerdos que se hayan suscrito en el último año y se suscriban de cara al futuro.

No es menos cierto, sin embargo, que el REC no proporciona todas las respuestas y que plantea, por ello, no pocas dudas. Corresponderá a la Comisión Europea y al Tribunal de Justicia cubrir tales vacíos. Sin perjuicio de la interpretación que lleven a cabo estas instituciones, llevaremos a cabo, en el presente estudio, una aproximación general al contenido material del REC, centrándonos en su ámbito de aplicación y en las prohibiciones que impone, así como también en el enfoque que ha de adoptarse respecto a los acuerdos que no pueden beneficiarse del mismo.

1. INTRODUCCIÓN

Sobre la base del apartado 3 del artículo 81 del TCE, la Comisión Europea ha otorgado, mediante decisiones, exenciones individuales respecto de numerosos acuerdos. Estas decisiones son, por lo general, de carácter temporal y revisables si la Comisión entiende que han dejado de cumplirse los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 81 del TCE. Por otro lado, sobre la base de la facultad reconocida en el Reglamento (CEE) número 19/65⁵, la Comisión ha establecido exenciones «en bloque o por categoría» mediante Reglamentos, conforme a los cuales todos los acuerdos que cumplen determinadas condiciones estándar por ellos fijadas quedarán exentos de la prohibición general contenida en el apartado 1 del artículo 81 TCE.

Tal principio general de prohibición de acuerdos entre empresas no hace distinción entre los acuerdos de carácter horizontal y los de carácter vertical, esto es, aquellos suscritos entre empresas situadas en la misma o en distintas fases de la cadena de producción o de distribución, por lo que, en principio, la prohibición alcanza a ambos tipos de acuerdos

del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de franquicia (DOCE L 359, 28 de diciembre de 1988).

⁴ Este período transitorio se extiende hasta el 31 de diciembre de 2001.

⁵ DOCE 36, de 6 de marzo de 1965.

en la medida en que éstos tengan por objeto o por efecto la restricción de la competencia y afecten al comercio intracomunitario.

Es, sin embargo, notoria la corriente doctrinal, tanto entre los economistas como entre los juristas, que entiende que las restricciones verticales son, por lo general, más beneficiosas para el mercado de lo que, a primera vista, pudiera pensarse, puesto que, en la mayor parte de los casos, tienden a incrementar la eficiencia en la distribución y comercialización de los productos, con la consiguiente reducción de los costes y, finalmente, de los precios a los consumidores.

Los primeros Reglamentos de exención por categorías a favor de acuerdos de carácter vertical respondieron a esta línea de pensamiento. Así, la Comisión Europea autorizó, en bloque, los acuerdos de compra exclusiva, distribución exclusiva y franquicia que cumplieran las condiciones establecidas en cada uno de los Reglamentos respectivos. Estos Reglamentos han sido aplicados, con mejor o peor fortuna, durante casi dos décadas.

Ahora bien, el balance llevado a cabo por la propia Comisión Europea de la aplicación de los citados Reglamentos fue más bien negativo. En efecto, la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a las restricciones verticales⁶ señalaba lo siguiente:

«los actuales reglamentos de exención por categoría (REC) constan de unos requisitos bastante estrictos de carácter formal que, por este mismo motivo, se consideran excesivamente legalistas y producen un efecto de rigidez. (...) Para aquellos acuerdos verticales que entran, a veces con dificultades, en el ámbito de los actuales REC, se impone una obligación de cumplimiento que genera una inseguridad jurídica innecesaria. Las empresas que carecen de un importante poder de mercado padecen una reglamentación innecesaria e incluso es posible que se vean disuadidas de utilizar las restricciones verticales con objeto de mejorar su situación competitiva en el mercado».

Ciertamente, los REC de la década de los ochenta otorgaron una mayor importancia a la forma de los acuerdos, diseñando el contenido exacto de las cláusulas que tales contratos podían o no podían contener, de manera que era necesario ajustarse perfectamente a las disposiciones de la norma, tanto las prohibitivas como las permisivas, para poder contar con la exención.

Por otro lado, al no tomar en consideración las condiciones de competencia vigentes en el mercado relevante, se permitía a las grandes empresas hacer uso de las restricciones verticales con la misma libertad que las pequeñas y medianas, pasando por alto los efectos sin duda perniciosos, que tal situación generaba en la práctica.

Consciente de esta circunstancia, la Comisión Europea inició en 1997 un procedimiento de reforma de la normativa, que culminó en el mes

⁶ Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 1998 (Seguimiento del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales, adoptado por la Comisión el 22 de enero de 1997).

de diciembre de 1999 con la adopción de un Reglamento de exención de vocación general, esto es, una única exención de las normas de competencia aplicable, en principio, a la totalidad de los acuerdos de carácter vertical.

El enfoque adoptado por la Comisión Europea en la nueva regulación ha abandonado los formalismos de antaño, para pasar a conceder la mayor importancia a los efectos que los acuerdos respectivos desplieguen en el mercado relevante. De esta manera, la exención gira en torno a dos elementos: por un lado, el poder de mercado de las empresas que ponen en práctica tales restricciones verticales, entendiéndose por tal una cuota mercado superior a un límite determinado; por otro lado, la asunción de que determinadas restricciones, especialmente serias, son inaceptables independientemente de la cuota de mercado de las empresas afectadas, por cuanto su objeto es, de por sí, anticompetitivo.

El REC responde al nuevo enfoque económico estructural al considerar que las restricciones verticales tienen mayor impacto anticompetitivo y, por tanto, podrán ser raramente utilizadas en mercados altamente concentrados. Por el contrario, en los mercados atomizados, los fabricantes y distribuidores podrán aprovecharse automáticamente de los efectos positivos de las restricciones verticales, proporcionando éstas más ventajas en el mercado que perjuicios en las condiciones de competencia. Ahora bien, aun en estos casos, no podrán ponerse en práctica determinadas prácticas, enumeradas exhaustivamente por el REC.

Las Líneas Directrices, antes mencionadas, acentúan este nuevo enfoque económico en el análisis de las restricciones verticales. La primera parte de este documento, técnicamente complejo por su alto contenido económico, proporciona las claves para la interpretación del REC. Es de lamentar, en este contexto, que elementos de gran importancia para la aplicación del REC se contengan sólo en las Líneas Directrices, documento éste que, por su naturaleza de Comunicación interpretativa, está dotado de un efecto vinculante ciertamente limitado.

La segunda parte de tales Líneas Directrices contiene los elementos necesarios para la evaluación de aquellos acuerdos verticales que, por una razón u otra, no puedan beneficiarse de la exención por categoría y que, por tanto, quedan sometidos al test del apartado 3 del artículo 81 de forma individual. Estos acuerdos que no tienen cabida en el REC no se presumirán ilegales y, de hecho, no tendrán siquiera que ser notificados a la Comisión antes de su entrada en vigor⁷. Las partes habrán de analizarlos a la luz de las Líneas Directrices y, sólo si los consideran problemáticos, proceder a su notificación en el momento que mejor les convenga.

⁷ Reglamento 17/62, de 6 de febrero. Primer Reglamento de Aplicación de los artículos 85 y 86 del TCE (*DOCE* 13, de 21 de febrero de 1962). Reforma operada mediante Reglamento 1216/1999, de 10 de junio (*DOCE* L 148, de 15 de junio de 1999).

2. APROXIMACIÓN GENERAL AL NUEVO MARCO JURÍDICO

A. PRINCIPIO GENERAL: EL PODER DE MERCADO DE LAS EMPRESAS

El REC otorga el beneficio de la exención a los acuerdos verticales suscritos entre empresas que carecen de una cuota significativa en el mercado de referencia. Esta cuota ha sido fijada por el REC en el 30 por 100 del mercado en el que el proveedor⁸ vende los bienes objeto del acuerdo⁹. En el caso de obligaciones de suministro exclusivo, la cuota relevante será la del comprador de los bienes objeto del acuerdo en el mercado de compra, entendiéndose por tal, según explican las Líneas Directrices, el porcentaje de la totalidad de las adquisiciones realizadas en el mercado de compra de referencia¹⁰.

Por debajo de ese límite, por tanto, se considera que las empresas participantes en un acuerdo vertical no disponen de la posibilidad de limitar la competencia actual en el mercado de que se trate ni de cerrar el acceso al mismo a nuevas empresas, por lo que los acuerdos que suscriban podrán ser considerados inocuos desde el punto de vista de la competencia a nivel comunitario.

El principio general del REC exige definir, en primer lugar, el mercado relevante a efectos del contrato. A este respecto, el REC y las Líneas Directrices se remiten a la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia¹¹, que proporciona los conceptos tradicionales de mercado de producto y mercado geográfico.

Definir cuál haya de ser el mercado relevante es probablemente una de las mayores dificultades que plantea la nueva regulación, por cuanto implica llevar a cabo consideraciones económicas esmeradas y rigurosas, lo que puede ser problemático para los juristas. En ocasiones, la definición del mercado podrá resultar una tarea relativamente fácil, pues se cuenta

⁸ Entendiéndose por «proveedor» no sólo la empresa que *stricto sensu* suscribe el acuerdo en cuestión, sino además las empresas vinculadas tal y como son definidas en el artículo 11 del REC. Lo mismo habrá de entenderse por lo que se refiere al término «comprador».

⁹ A diferencia de los Reglamentos anteriores, el nuevo REC cubre tanto los acuerdos relativos a bienes, como a servicios. En esta publicación nos referiremos, con carácter general, a los «bienes objeto del contrato», si bien han de entenderse igualmente incluidos los servicios, a menos que expresamente se indique lo contrario.

¹⁰ En ambos casos, la cuota de mercado se calculará «sobre la base del valor de mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales y otros bienes o servicios vendidos por el proveedor, que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto; si no se dispone de datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, incluidos volúmenes de ventas en el mercado, para determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate». En casos de obligaciones de suministro exclusivo, en las que lo decisivo será la cuota de mercado del comprador, «el valor de mercado de la compra, o las estimaciones sobre éste, se utilizará como base de cálculo de la cuota de mercado» (art. 9 del REC).

¹¹ DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997.

con decisiones previas de la Comisión Europea y con sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, si bien no debe olvidarse el elemento dinámico del mercado que obliga a examinar, en el momento concreto, las condiciones de competencia vigentes.

En otros casos puede ser bastante difícil definir el mercado, al requerirse consideraciones económicas complicadas o al tratarse de mercados relativamente nuevos. En este sentido, la Comisión ha señalado acertadamente que, en el caso de que las empresas hayan cometido algún error en la evaluación de su posición en el mercado y hayan confiado, por tanto, erróneamente, en la aplicación del REC, no se impondrán multas. Evidentemente, será necesario haber actuado de buena fe.

La cuota máxima del 30 por 100 no constituye un límite rígido. El artículo 9 del REC contiene disposiciones transitorias que permiten mantener el beneficio de la exención aun cuando se haya superado el límite mencionado. Así pues, si, contando con una cuota inicial no superior al 30 por 100, posteriormente ésta se incrementa hasta llegar al 35 por 100 o incluso se supera, se podrá extender el beneficio de la exención durante dos años naturales, si no se llega a superar el 35 por 100, y durante uno más, si se supera ese límite. La extensión comenzará a contar desde el momento en que se supere, respectivamente, la cuota del 30 por 100 y del 35 por 100.

Por lo demás y con la única flexibilidad señalada, las empresas están obligadas a respetar en todo momento la cuota máxima impuesta, ya que no basta para beneficiarse de la exención que una empresa se halle por debajo del límite del 30 por 100 de cuota en el mercado afectado en el momento de entrada en vigor del acuerdo de que se trate. Ello obliga a las empresas a controlar sus cuotas de mercado continuamente y verificar, en consecuencia, que se siguen cumpliendo las condiciones para la exención.

Especial atención merece la aplicación del límite del 30 por 100 al comprador en el supuesto de que el acuerdo prevea una obligación de suministro exclusivo, definida ésta por el artículo 1 del REC como «*cualquier obligación directa o indirecta que obligue al proveedor a vender los bienes o servicios especificados en el acuerdo exclusivamente a un comprador dentro de la Comunidad para un uso específico o para su reventa*».

El ámbito de la definición descrita incluye todos los casos en los que el suministrador se comprometa a no suministrar más que a un comprador en toda la Comunidad, aunque la venta de los productos o servicios contractuales del proveedor al comprador quede circunscrita al territorio de un solo Estado miembro. En efecto, el precepto citado habla de un solo comprador «*dentro de la Comunidad*» y no de un solo comprador «*para toda la Comunidad*».

En definitiva, a la hora de determinar si un acuerdo vertical puede gozar de la exención prevista en el REC, el primer test que debe realizarse es el de la cuota de mercado de la empresa que corresponda, bien el

proveedor bien el comprador como hemos mencionado, una vez definido lo más rigurosamente posible el mercado relevante.

En el caso en que la cuota de mercado resulte ser superior al 30 por 100, el REC no podrá ser en ningún caso aplicado. Ahora bien, tal circunstancia no implica que el acuerdo sea, de por sí, contrario al artículo 81 del TCE, ni que haya de ser obligatoriamente objeto de notificación a la Comisión Europea, como ya hemos mencionado. En efecto, cabe la posibilidad de que, conforme a las Líneas Directrices, se entienda que el acuerdo no plantea excesivos problemas de competencia y que la notificación sea, en consecuencia, innecesaria por el momento.

Si la cuota de mercado es inferior o igual al 30 por 100, será además necesario examinar detenidamente las disposiciones del acuerdo y verificar que ninguna de ellas se identifica, de forma directa o indirecta, con alguna de las prácticas que el REC expresa y limitativamente prohíbe. En este sentido, debe tenerse bien presente que todo aquello que no esté expresamente prohibido por el REC, se entenderá autorizado.

B. LAS DENOMINADAS «CLÁUSULAS NEGRAS»: ARTÍCULO 4 DEL REC

Las prácticas a que se refiere el artículo 4 del REC se identifican con aquellas restricciones de competencia que tradicionalmente han sido consideradas las más graves, por tener *per se* un objeto anticompetitivo. Por esta razón, de incluirse en un acuerdo vertical, serán nulas sin que sea necesario evaluar los efectos reales en el mercado. Además, impedirán la aplicación del beneficio de la exención a la totalidad del contrato, con independencia de las cuotas de mercado de las empresas involucradas.

La práctica totalidad de las prohibiciones del artículo 4 del REC tienen por finalidad salvaguardar la competencia residual que debe necesariamente existir al suscribir acuerdos de base exclusiva o selectiva, ya que lo contrario supondría compartimentar innecesariamente los mercados en detrimento de la consecución del espacio único europeo. El artículo 4 prohíbe así la protección territorial absoluta del comprador en casos de distribución exclusiva, distribución selectiva y distribución de componentes. A ello debe añadirse la prohibición de incluir en el acuerdo determinadas modalidades de fijación al comprador de los precios a los que puede revender los bienes objeto del contrato.

a) *Mantenimiento del precio de reventa*

La primera de las cláusulas negras contenidas en el REC se refiere a la necesaria libertad del comprador para fijar los precios a los que desee revender los bienes contractuales.

Esta prohibición alcanza tanto a las cláusulas contractuales que directamente impongan al comprador un precio fijo o mínimo de reventa,

como a aquellas que indirectamente persigan la misma finalidad, como, por ejemplo, la fijación del nivel máximo de descuento que el distribuidor podrá conceder a sus clientes o la subordinación del precio de reventa a los precios de los competidores¹². A ello debe añadirse las cláusulas por las que, en el marco de un contrato de agencia¹³, se restringe la libertad del agente de disponer libremente de su comisión fija o variable.

Ahora bien, la nueva regulación, a diferencia de la anterior, autoriza a incluir en el acuerdo precios máximos o recomendados, con una salvaguardia, cual es que estos precios no podrán equivaler, en ningún caso, a un precio fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes¹⁴.

b) *Restricción del territorio o de los clientes*

La segunda cláusula negra prevista por el artículo 4 del REC impide prever en el acuerdo restricciones relativas al territorio en el que el comprador puede vender los bienes objeto del contrato o los clientes a los que puede vendérselos. En principio, por tanto, el comprador ha de quedar libre para vender los bienes contractuales en todo el territorio de la Comunidad y a todo tipo de clientes —mayoristas, minoristas, usuarios finales—.

Ahora bien, el propio REC prevé una serie de excepciones, bajo la forma de una lista cerrada. Ello significa que toda disposición contractual que no sea susceptible de ser subsumible en una de las excepciones pre-

¹² Las Líneas Directrices, en el párrafo 47, citan, como medios indirectos, los «acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas y resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. (...) la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijados. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido».

¹³ Posteriormente, tendremos la ocasión de analizar en qué condiciones un contrato de agencia quedará o no cubierto por el REC.

¹⁴ A este respecto, será necesario tener presente que los precios máximos y recomendados podrían estar prohibidos por la legislación nacional que resulte eventualmente de aplicación en defecto de afectación del comercio intracomunitario. Así pues, la circunstancia de que una normativa comunitaria los autorice no impedirá que sean considerados anticompetitivos a la luz de la respectiva legislación nacional. Por el contrario, aun cuando su legislación nacional prevea lo contrario, la autoridad nacional respectiva deberá autorizar los precios máximos y recomendados en los casos de aplicación del REC. Véase también en este sentido el Libro Blanco sobre la Modernización de las Normas de Competencia, aprobado por la Comisión Europea el 28 de abril de 1999, y el Proyecto de Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE [COM (2000) 582, de 27 de septiembre de 2000].

vistas y que, «*directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto*» la restricción aludida, impedirá la aplicación del REC a la totalidad del acuerdo.

La primera excepción autoriza los casos de distribución exclusiva, esto es, los acuerdos por los que el proveedor se compromete a nombrar al comprador como único distribuidor de sus productos en una zona previamente determinada, obligándole a realizar todas sus ventas en esa zona y prohibiéndole, por tanto, realizar ventas en el exterior de la misma. Ahora bien, la excepción recogida en el REC no es absoluta, por cuanto alcanza únicamente a las ventas activas del comprador, es decir, aquellas deliberadamente buscadas por éste respecto de clientes situados en zonas previamente atribuidas en exclusiva a otros distribuidores o reservadas por el proveedor a sí mismo ¹⁵.

Por el contrario, las ventas pasivas, es decir, las ventas solicitadas por terceros situados fuera de la zona de actividad del comprador, así como las ventas activas realizadas en zonas «liberadas» —es decir, las no reservadas al proveedor o atribuidas en exclusiva— habrán de quedar obligatoriamente libres. Cualquier restricción de las mismas, directa o indirectamente, cae fuera de la excepción y, por tanto, no puede considerarse autorizada.

Encontramos, en este punto, una importante diferencia respecto del Reglamento (CEE) número 1983/83 ¹⁶. En efecto, hasta la entrada en vigor del REC, la exención por categoría autorizaba a los proveedores a imponer prohibiciones de ventas activas por parte del comprador, con carácter general fuera del territorio que tenía asignado y, por tanto, con independencia de que se hubieran o no asignado otras exclusivas.

Este sistema tan permisivo resulta, sin duda, excesivo desde el punto de vista de la competencia. La doble finalidad de restringir las ventas fuera del territorio —proteger las inversiones realizadas por terceros o por el proveedor en otros territorios y obligar al comprador a concentrar sus esfuerzos de comercialización de los productos en un territorio particular— puede también conseguirse permitiendo la subsistencia de un flujo residual de bienes entre territorios asignados y la libre comercialización de los mismos en aquellos en los que el proveedor no ha previsto una distribución limitada.

Por tanto, conforme al nuevo REC no será posible prever en un acuerdo de distribución exclusiva una prohibición general de ventas activas fuera del territorio asignado al distribuidor, a menos que el proveedor haya atribuido, también en exclusiva, el resto del territorio comunitario o se reserve a sí mismo, de forma expresa, la distribución en el mismo.

¹⁵ Además, la restricción de ventas activas, si ha sido pactada en el acuerdo, no podrá alcanzar a los clientes del comprador, tal y como señala el propio REC. Es decir, el hecho de que el comprador tenga restringidas las ventas activas en el sentido permitido por la norma no puede implicar que sus clientes hayan de sufrir la misma restricción.

¹⁶ Artículo 2.2.c) del Reglamento citado.

Esta primera excepción contiene una variante, no ya referida al territorio de reventa, sino al grupo o categoría de clientes a los que el comprador podrá revender los bienes contractuales. En efecto, el REC autoriza los acuerdos de asignación de cliente exclusivo, si bien con las mismas limitaciones que hemos examinado antes en relación con el territorio. Es decir, el proveedor únicamente podrá imponer al comprador una restricción de las ventas activas hacia clientes pertenecientes a las categorías que se ha reservado el propio proveedor o para las cuales haya concedido una exclusiva, pero no podrá oponerse a las ventas pasivas, esto es, no provocadas por el propio comprador, entre categorías de clientes otorgadas en exclusiva o las ventas activas entre categorías «liberadas».

Por tanto, el proveedor puede claramente, bajo el nuevo marco, reservarse un grupo de clientes para sí mismo o distribuir las distintas categorías entre diferentes distribuidores que no podrán, al menos activamente, interferir en la actividad de los otros.

Junto a las dos excepciones mencionadas, el artículo 4.b) del REC permite además que el acuerdo contenga las siguientes restricciones de competencia sin que ello afecte al beneficio de la exención:

- a) El acuerdo podrá imponer al distribuidor mayorista una restricción sobre las ventas a usuarios finales.
- b) El proveedor podrá impedir a los miembros de un sistema de distribución selectiva que lleven a cabo ventas a distribuidores no pertenecientes a la red.
- c) El proveedor podrá imponer al comprador de componentes la restricción de vender éstos a clientes que los usen para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor.

Por lo que se refiere a la utilización de internet por parte de los distribuidores para comercializar los bienes objeto del contrato, la Comisión dedica a esta cuestión un párrafo completo en las Líneas Directrices, párrafo que no aparecía en las versiones preparatorias de la Comunicación.

Las ventas virtuales son consideradas, por lo general, ventas pasivas, a menos que el sitio internet haya sido especialmente configurado como un medio para alcanzar activamente los clientes situados en un territorio atribuido en exclusiva a un tercero o reservado por el proveedor —por ejemplo, en el caso de un sitio únicamente accesible por clientes situados en una zona geográfica determinada—.

Por tanto, en principio, no podrá incluirse en el contrato ninguna cláusula que, directa o indirectamente, restrinja la libertad del distribuidor de utilizar internet. Si se dieran razones objetivamente justificadas para la prohibición de ventas virtuales al distribuidor —piénsese en el caso de la comercialización de sustancias peligrosas, por ejemplo—, estas mismas razones se aplicarían para impedir la venta en general a través de la red. Por lo tanto, si el proveedor procediera a una venta directa por

internet, la restricción impuesta al distribuidor dejaría de tener justificación.

Ahora bien, el proveedor sí podrá someter la utilización de internet por el comprador a determinadas condiciones si también la venta de bienes en el establecimiento físico está sometida a dichas condiciones o, en otras palabras, a imponer al distribuidor *virtual* las mismas restricciones que a cualquier otro distribuidor *físico* en la medida en que sean trasladables. Ello será así, no sólo en el marco de la distribución selectiva, donde quizás se halle más justificado, sino con independencia del tipo de acuerdo vertical de que se trate. En efecto, nada podrá impedir, por ejemplo, a un franquiciador a exigir de su franquiciado virtual que haga uso de los logos del proveedor para la publicidad de los bienes contractuales o, incluso, que ponga a disposición de los clientes, también virtualmente, un servicio post-venta similar al exigido en su establecimiento físico.

Más complicada parece la cuestión sobre si, en el marco del REC, es posible prohibir a un distribuidor servirse exclusivamente de internet para la comercialización de los bienes objeto del contrato, esto es, sin disponer paralelamente de un establecimiento físico. La cuestión es especialmente relevante, a nuestro entender, en el marco de la distribución selectiva, por cuanto, en esta sede, existe una obligación a cargo del proveedor de nombrar distribuidor a quien cumple los criterios objetivos preestablecidos.

La literalidad del REC, cuyo artículo 4.c) recoge la denominada *location clause* —se podrá imponer al distribuidor selectivo la obligación de operar exclusivamente desde el establecimiento autorizado—, nos permitiría afirmar que el proveedor podrá exigir —en principio— a todo distribuidor selectivo, que disponga previa o paralelamente de un establecimiento físico para poder dedicarse a actividades virtuales y, por lo tanto, negarse a aceptar en la red a aquellos solicitantes que pretendan únicamente comercializar los productos a través de internet, en la medida en que el producto objeto de distribución selectiva requiera (al menos, en una primera venta) asesoramiento directo al cliente por parte de personal especializado, por ejemplo, o exista una justificación objetiva similar a la que subyace en el artículo 4.c) del REC.

c) *Distribución selectiva*

Por primera vez, el REC otorga el beneficio de la exención a la distribución selectiva, entendiéndose por tal «*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromet[e] a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se compromet[e] a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados*». Esta modalidad

de distribución estará cubierta por el REC siempre y cuando el proveedor ostente una cuota no superior al 30 por 100 del mercado de que se trate.

Las Líneas Directrices han venido a calmar la tempestad creada por gran parte de la doctrina al criticar que la Comisión hubiera incluido en su proyecto de reforma un sistema de distribución considerado por la jurisprudencia comunitaria como no restrictiva de la competencia. No estando prohibida por el apartado 1 del 81 TCE, la distribución selectiva, tal y como se acogía por la jurisprudencia, no precisaba ninguna exención. Pues bien, las Líneas Directrices explican que *«la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del apartado 1 del artículo 81 por ausencia de efectos competitivos, siempre y cuando se cumplan tres condiciones. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate ha de necesitar un sistema de distribución selectiva (...). En segundo lugar, los revendedores han de ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme para todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario»*¹⁷ —se trata, en definitiva, de los criterios establecidos por la jurisprudencia—. Por tanto, la distribución selectiva cubierta por el REC es la de carácter cuantitativo, que hasta ahora precisaba de una exención singular en cualquier caso.

Aun dentro del límite del 30 por 100, las partes no podrán pactar las dos restricciones de competencia especialmente graves que recoge el REC. Estas tendrán la consideración de cláusulas negras y, por tanto, afectarán a todo el contrato.

En primer lugar, no será posible restringir, ni directa ni indirectamente, las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de distribuidores selectivos minoristas, lo que implica, particularmente, que si bien la distribución selectiva podrá combinarse con la distribución exclusiva, las ventas activas y pasivas dentro y fuera del territorio han de ser completamente libres. Ahora bien, como hemos mencionado, el REC especifica que podrá imponerse al distribuidor selectivo la prohibición de operar fuera de un establecimiento autorizado, lo que evidentemente limitará, al menos a primera vista, el círculo de clientes potenciales del distribuidor.

En segundo lugar, los suministros cruzados entre los distribuidores seleccionados, incluso entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio, no podrán ser objeto de ninguna restricción, de manera que los distribuidores autorizados deben, por tanto, tener la posibilidad de abastecerse entre ellos.

Esta prohibición alcanza tanto a las prohibiciones directas de abastecerse de otro distribuidor autorizado como a las obligaciones de compra exclusiva. También implica, como explican las Líneas Directrices¹⁸, que

¹⁷ Párrafos 184 y siguientes de las Líneas Directrices.

¹⁸ Párrafo 55 *in fine*.

no podrá imponerse a los distribuidores selectivos mayoristas restricciones sobre las ventas a detallistas que sean también miembros de la red.

d) *Restricciones en caso de suministro de componentes*

También tiene carácter de «cláusula negra» la restricción acordada entre un fabricante de componentes y un comprador que los utiliza con fines de incorporación, por la que se prohíbe al primero vender dichos componentes como piezas sueltas a usuarios finales, reparadores o proveedores de servicios post-venta distintos del comprador. El proveedor debe quedar, por tanto, libre para vender los componentes a compradores distintos al vinculado por el contrato.

C. LAS DENOMINADAS «CLÁUSULAS GRISES»: ARTÍCULO 5 DEL REC

El REC prevé otro tipo de cláusulas menos graves que las anteriores y que, por ello, no impiden la aplicación de la exención al resto del acuerdo en el que se encuentran insertas, aunque las cláusulas que a continuación se analizarán sean nulas y hayan de tenerse por no puestas. Las tres prohibiciones contenidas en el artículo 5 del REC se refieren, en general, a las cláusulas de inhibición de la competencia bajo distintas formas¹⁹.

En primer lugar, toda cláusula de inhibición de competencia contenida en un acuerdo vertical no podrá superar los cinco años de duración, si está llamada a ser aplicada durante la vigencia de ese acuerdo²⁰. Es preciso indicar que la duración de la cláusula de no competencia no va necesariamente vinculada a la duración del acuerdo. Éste puede ser incluso de duración indefinida, pero la cláusula de inhibición de la competencia deberá ser expresamente limitada, so pena de perder el beneficio de la exención.

El REC no impide renegociar una nueva cláusula de no competencia entre las partes una vez expirada la duración de la inicialmente prevista en el contrato, ni siquiera por una nueva duración de cinco años. En cualquier caso, lo importante a efectos del REC es que el comprador dis-

¹⁹ El artículo 1 del REC define la cláusula de no competencia como «cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por 100 del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente».

²⁰ En el marco de los acuerdos de franquicia, las obligaciones de no competencia impuestas al franquiciado quedan fuera del apartado 1 del artículo 81 del TCE «cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. En estos casos, [no] es pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 81, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia». Vid. apartado 200 de las Líneas Directrices.

ponga de la facultad real de desvincularse de una restricción de competencia tras una duración considerada suficiente para amortizar las eventuales inversiones realizadas por el proveedor.

El mismo artículo 5 prevé una excepción. Si los bienes contractuales son vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados al comprador, la cláusula de no competencia podrá durar tanto como el período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador²¹.

En segundo lugar, en los casos de cláusulas de no competencia previstas para después de finalizado el contrato, éstas sólo podrán tener una duración máxima de un año, y habrán de cumplir necesariamente tres requisitos cumulativos: *a)* que se refiera a bienes que compitan con los bienes contractuales; *b)* que se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y *c)* que sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador.

A la hora de imponer criterios tan estrictos, la Comisión ha considerado que la finalidad de una cláusula de no competencia postcontractual ha de ser únicamente evitar que el comprador, una vez terminada la relación contractual, se aproveche de su reputación de distribuidor de determinados productos para facilitar la venta de productos competidores, en detrimento, por tanto, del nuevo distribuidor encargado de aquéllos o del propio proveedor. En otras palabras, el objetivo de una cláusula de esta naturaleza no debe ser expulsar gratuitamente al antiguo comprador del mercado durante un año. Por ello, nada impedirá al antiguo comprador proceder a la distribución, venta o representación de productos competidores en otros locales distintos a aquellos en los que llevaba a cabo la distribución anterior.

Ahora bien, cuando se trate de proteger conocimientos técnicos que no sean de dominio público, el proveedor podrá imponer, sin límite temporal alguno, una restricción a cargo del comprador relativa al uso y la cesión de dicho *know-how*²².

Finalmente, el último inciso del artículo 5 prohíbe las cláusulas de no competencia no absolutas en el marco de sistemas de distribución selectiva, esto es, referidas únicamente a marcas competidoras concretas. En este sentido, la Líneas Directrices explican expresamente que una cláusula de no competencia general, en el marco de la distribución selec-

²¹ La propia Comisión se cuida de señalar, en el párrafo 59 de las Líneas Directrices, que no se permitirán construcciones artificiales para evitar la limitación temporal de cinco años, en clara alusión a los frecuentes mecanismos de alquiler y realquiler entre proveedor y distribuidor de estaciones de servicio para evitar la limitación temporal que, a este respecto, preveía el Reglamento núm. 1984/83 sobre compra exclusiva.

²² Este aspecto reviste especial importancia en los acuerdos en los que la transmisión de derechos de propiedad industrial, secretos y sustanciales para la actividad prevista en el contrato, resulta esencial, como es el caso de los contratos de franquicia.

tiva, será compatible con la exención, si bien, como hemos mencionado, quedará igualmente sometida al límite temporal antes referido.

D. RETIRADA DEL BENEFICIO DE LA EXENCIÓN E INAPLICABILIDAD DEL REC

El beneficio de la exención que prevé el REC no es definitivo. La Comisión se halla facultada para retirar la exención si entiende que el acuerdo despliega efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del TCE²³ o cuando un acuerdo en especial o varios contribuyen de manera decisiva al efecto pernicioso derivado de la existencia de una red de restricciones verticales.

Si las condiciones de competencia vigentes en un mercado dado se ven negativamente afectadas por redes paralelas de restricciones similares, al cubrir éstas más del 50 por 100 de aquél, la Comisión podrá, mediante Reglamento, declarar inaplicable el REC en ese mercado concreto²⁴.

Las dos posibilidades mencionadas obligan a prestar especial atención cuando nos encontremos en mercados en los que los operadores económicos utilizan los mismos tipos de restricciones verticales. Así pues, las empresas presentes en tales mercados deberán cuidarse de evitar incluir en sus acuerdos restricciones de competencia que, aun siendo conformes con el REC cuando son examinadas de forma aislada, despliegan un efecto perverso al formar parte de una red generalizada de acuerdos similares²⁵. Alternativamente, tales empresas podrán poner en práctica otras formas de distribución que les permita obtener los mismos beneficios evitando los riesgos apuntados.

E. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL REC

El REC, en las condiciones que hemos expuesto en las páginas anteriores, cubre, según explica su artículo 2,

«[...] los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes

²³ Las autoridades nacionales de competencia ven reconocida la misma facultad cuando tales circunstancias se dan en un mercado nacional o en una parte del mismo que presente condiciones de competencia singulares.

²⁴ En ambos casos, de retirada y de declaración de inaplicabilidad, corresponderá a la Comisión la prueba de que el acuerdo o los acuerdos afectados son contrarios al artículo 81 TCE. En el segundo de estos supuestos, las empresas gozarán de un período transitorio de seis meses [apartado 2 del art. 8 del REC].

²⁵ Se trata de lo que el REC denomina el «efecto acumulativo de las redes paralelas de acuerdos», ya identificado por la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de febrero de 1991, «Delimitis contra Henninger Braü», asunto C-234/89, Rec. (1991), p. 935].

pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios (“acuerdos verticales”)».

Esta definición se identifica, prácticamente, con la totalidad de acuerdos verticales. Ahora bien, determinados tipos quedarán fuera de la exención por categoría, fundamentalmente por tratarse de acuerdos que escapan del ámbito de aplicación del artículo 81 del TCE.

Así pues, se trata de los siguientes acuerdos:

— Acuerdos que, por aplicación de la Comunicación de la Comisión sobre los acuerdos de menor importancia (también llamada «Comunicación de *minimis*») ²⁶, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 81 del TCE. Ahora bien, no debe olvidarse que a los acuerdos que entren en esta Comunicación podrían ser de aplicación las normas de competencia nacionales, por lo que un *test antiitrust* no queda absolutamente excluido.

— Acuerdos sujetos a la Comunicación de la Comisión sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas ²⁷.

— Acuerdos sujetos a la Comunicación referente a la consideración de los subcontratos respecto a las normas de competencia ²⁸.

— Los contratos de agencia quedan excluidos del artículo 81 del TCE en la medida en que sea el principal, y no el agente, quien asuma el riesgo financiero y comercial —o el agente lo asuma de manera insignificante— en relación con los contratos negociados y/o concluidos por cuenta del principal. Sólo en aquellos casos en que no se dé esta circunstancia podrá realmente decirse que el agente desarrolla una actividad económica independiente sujeta a las normas de competencia ²⁹.

— Finalmente, acuerdos ya cubiertos por otros Reglamentos de exención por categoría, como es el caso, en particular, de la distribución de automóviles, cuyo régimen de exención por categorías está siendo actualmente objeto de revisión por parte de la Comisión Europea.

Fuera de estas exclusiones expresas contenidas en el propio REC y en las Líneas Directrices, todos los acuerdos de carácter vertical que encajen en la definición proporcionada por el artículo 2 del REC entrarán en su ámbito de aplicación.

²⁶ DOCE C 372, 9 de diciembre de 1997.

²⁷ DOCE C 75, de 29 de julio de 1968.

²⁸ DOCE C 1, 3 de enero de 1979.

²⁹ Las Líneas Directrices explican que, aun en el supuesto de auténticos contratos de agencia, se aplicará el apartado 1 del artículo 81 del TCE «cuando el contrato de agencia facilite la colusión, por ejemplo, cuando varios principales utilizan al mismo agente al tiempo que impiden colectivamente que éste lo sea de otros o los utilizan para intercambiar información o para cualquier otro fin anti-competitivo». Parece evidente que, al margen de los aspectos horizontales propios de las prácticas aquí descritas, en estos casos no se cumplirían las condiciones del artículo 81(3) TCE y, en consecuencia, no habría posibilidad alguna de exención o, si la hubiera, la Comisión no dudaría en retirarla.

De la literalidad del artículo 12 del REC se deduce que, en todo caso, se encuentran sometidos al REC los acuerdos de distribución exclusiva, de compra exclusiva y de franquicia. Por interpretación del artículo 1 del REC, han de entenderse igualmente incluidos los acuerdos de distribución selectiva y los de suministro exclusivo, incluido el suministro industrial.

A todo lo anterior deben añadirse dos tipos de acuerdos que quedan expresamente incluidos en la definición del artículo 2, si bien, conforme a la legislación anterior, no podían beneficiarse de la exención. Se trata, por un lado, de los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras y, por otro lado, de los suscritos por una asociación de empresas con sus miembros.

Por lo que se refiere al primero de ellos, empresas que sean competidoras, actual o potencialmente, en el mismo mercado sólo podrán beneficiarse de la exención en condiciones muy estrictas. En primer lugar, el acuerdo no podrá ser recíproco³⁰, en la medida en que un acuerdo de este tipo conllevaría un riesgo de colusión demasiado alto. Acumulativamente, será preciso que el comprador no sea una empresa importante³¹ o que las partes en el acuerdo no sean competidoras en el mismo nivel del proceso de producción o de distribución de los bienes o servicios contractuales.

Nada se dice en el REC sobre los acuerdos alcanzados entre empresas que, sin ser competidoras en un determinado mercado, lo son en un mercado tercero. En principio, en la medida en que el acuerdo vertical alcanzado en el mercado en el que no son competidoras no despliegue efectos en la relación entre las partes en el otro mercado, no parece que pueda haber, desde el punto de vista de la competencia, motivos de preocupación suficientes para negar el beneficio de la exención. No obstante, no puede alcanzarse la misma conclusión cuando el acuerdo suscrito en el primer mercado es precisamente el medio idóneo para restringir la competencia en el segundo³². Nada podrá impedir, en nuestra opinión, la plena aplicación del artículo 81 del TCE aunque se den las condiciones establecidas en el REC para otorgar el beneficio de la exención al acuerdo vertical, sin perjuicio de la aplicación de los recientes Reglamentos relativos a los Acuerdos de Especialización³³ y de Investigación y Desarrollo³⁴ entre empresas competidoras y las Líneas Directrices que los acompañan³⁵.

³⁰ Un acuerdo será recíproco, según explica el REC, cuando ambas partes se obliguen a prestar servicios similares, en el sentido de que un fabricante es el distribuidor de los productos de otro fabricante y este último es, a su vez, el distribuidor de los productos del primero.

³¹ Criterio que el REC configura exigiendo un volumen de negocios del comprador de no más de 100 millones de euros al año.

³² Piénsese, por ejemplo, en el acuerdo de suministro recíproco alcanzado entre productores de bienes intermedios no sustituibles, necesarios para la obtención del producto final que ambas empresas fabrican.

³³ Reglamento núm. 2658/2000, de 29 de noviembre (DOCE L 304, de 5 de diciembre de 2000).

³⁴ Reglamento núm. 2659/2000, de 29 de noviembre (DOCE L 304, de 5 de diciembre de 2000).

³⁵ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del artículo 81 del TCE a los acuerdos horizontales de cooperación entre empresas (DOCE C 3, de 6 de enero de 2000).

Por lo que se refiere a los acuerdos verticales concluidos entre una asociación y sus miembros, quedarán cubiertos por la exención cuando éstos sean todos minoristas y ninguno de ellos —incluidas las empresas vinculadas— tenga un volumen de negocios superior a 50 millones de euros al año. También en este supuesto cobran especial relevancia los Reglamentos antes mencionados sobre cooperación entre empresas.

Finalmente, debe hacerse mención de aquellos acuerdos que, sin cumplir las condiciones establecidas en el REC, son aún subsumibles en los antiguos Reglamentos de exención por categoría de distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia³⁶. Tales acuerdos podrán seguir beneficiándose de la exención hasta el 31 de diciembre de 2001.

3. FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REC

Con carácter general, el REC no será de aplicación cuando no se cumplan las condiciones en él establecidas y analizadas en las páginas anteriores. En consecuencia, el acuerdo en cuestión no podrá beneficiarse automáticamente de la exención por categoría, lo que no excluye el beneficio de una exención individual en los casos en que se den las condiciones para ello, esto es, cuando se cumplan los requisitos exigidos por el apartado 3 del artículo 81 del TCE.

Dicha exención individual requerirá, como ha venido siendo el caso hasta ahora, una decisión individual por parte de la Comisión Europea. Ahora bien, la reforma operada en el Reglamento 17/62 permite retrasar el momento de la notificación hasta que ésta resulte estrictamente necesaria: en primer lugar, la notificación deja de ser obligatoria y los acuerdos no notificados no se presumirán ilegales aunque hayan sido ejecutados por las partes; en segundo lugar, la propia Comisión proporciona las claves para que las empresas puedan analizar los acuerdos de los que forman parte y apreciar la conveniencia de proceder a su notificación en uno u otro momento.

Así pues, si el balance que arroja el acuerdo entre ventajas para el mercado y perjuicios en las condiciones de competencia se decanta a favor de las primeras, las empresas podrán contar con la tranquilidad de saber que una exención individual será más que probable en el momento en que la notificación del acuerdo deba producirse —por ejemplo, en el caso de una queja por parte de un competidor o, incluso, de una de las partes en el acuerdo—.

Por el contrario, si existen razones suficientes para pensar que el acuerdo no recibirá una exención individual, las partes habrán de asumir el riesgo de verse impuesta una multa por el tiempo que aplicaron el

³⁶ Véase nota a pie número 3.

acuerdo³⁷. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta el hecho de que la impunidad contra eventuales multas, para los supuestos en que finalmente no se conceda una exención retroactiva, sólo surtirá efectos desde el momento de la notificación, siempre y cuando ésta hubiera sido hecha de buena fe.

Las Líneas Directrices que, junto al REC, completan el marco comunitario aplicable a las restricciones verticales, facilitan a las empresas el análisis de todos los acuerdos verticales mediante consideraciones de tipo general y ejemplos prácticos específicos³⁸. Proporcionan, por un lado, las claves para la interpretación de las disposiciones del propio REC y, por otro, los elementos para llevar a cabo la evaluación de aquellos que no pueden beneficiarse de la exención por categoría, bien porque no cumplen el límite cuantitativo del 30 por 100, bien porque, por debajo de ese límite, no se ajustan a cualquiera de las demás condiciones exigidas por el REC.

En cualquier hipótesis, el test del apartado 3 del artículo 81 del TCE deberá ser rigurosamente aplicado, en el sentido de que los acuerdos de que se trate deberán desplegar beneficios reales para el mercado y para los consumidores que compensen los efectos negativos sobre las condiciones de competencia vigentes en el mercado. Las Líneas Directrices mencionan ocho razones que, generalmente, justifican la aplicación de determinadas restricciones verticales. Entre otras, cabe destacar la necesidad de resolver problemas de «parasitismo»³⁹, la protección de las inversiones en caso de apertura de nuevos mercados, la salvaguarda de conocimientos técnicos sustanciales transferidos por el proveedor al comprador y la consecución de economías de escala en la distribución.

Como explican las Líneas Directrices, *«no se aceptarán afirmaciones especulativas sobre prevención del parasitismo o declaraciones genéricas sobre ahorros de coste. Los ahorros de costes debidos al mero ejercicio del poder de mercado o a conductas anticompetitivas no pueden aceptarse. En segundo lugar, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor»*.

³⁷ Como ya hemos mencionado, la Comisión ha señalado que, cuando las empresas de buena fe hayan calculado equivocadamente su cuota de mercado y considerado, por tanto, por error, que se les aplicaba el REC, no aplicará multas. No obstante, no se prevé la misma solución cuando, también de buena fe, las empresas entendieron que su acuerdo recibiría una exención individual al notificarlo. Por consiguiente, nada excluye el riesgo de multa también en estos supuestos, sin perjuicio, entendemos, de la discrecionalidad de la Comisión de tener en cuenta tal circunstancia al graduar el importe de la misma.

³⁸ No obstante, la propia Comisión señala que *«los parámetros expuestos en las Directrices han de adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, lo que excluye una aplicación automática. Cada caso ha de enjuiciarse a la luz de sus propios hechos, y las Directrices se aplicarán de forma razonable y flexible»*. Esto es, a pesar de proporcionar consideraciones generales, el análisis de los acuerdos deberá hacerse caso por caso, en función de las condiciones existentes en cada mercado y del conjunto de disposiciones de cada acuerdo.

³⁹ Es decir, la circunstancia de que un distribuidor puede aprovecharse de las actividades de promoción realizadas por otro.

Para las empresas de cuota inferior al 30 por 100 del mercado afectado, será poco probable la exención individual de alguna de las restricciones de competencia recogidas en el artículo 4 del REC —esto es, las especialmente graves—, a menos que nos encontremos en un supuesto de apertura de un nuevo mercado.

A este respecto, la interpretación del punto 119 de las Líneas Directrices, de redacción ciertamente errada en determinadas versiones lingüísticas, permite entender lo siguiente: en primer lugar, en caso de apertura de un nuevo mercado geográfico, el proveedor podrá legítimamente proteger sus inversiones durante los dos primeros años, impidiendo a sus distribuidores situados en otros territorios el acceso activo y pasivo de los productos por ellos distribuidos al nuevo mercado. En segundo lugar, en el caso de lanzamiento de un nuevo producto en un territorio o a unos clientes determinados, el proveedor podrá, durante un año, prohibir a los distribuidores encargados del lanzamiento de ese producto las ventas activas a territorios o a clientes distintos a los designados, sin que tal prohibición caiga siquiera en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE.

Por lo que afecta a las restricciones menos graves del artículo 5 y, en especial, la posibilidad de imponer cláusulas de no competencia de duración superior a cinco años, la Comisión proporciona directrices suficientemente claras, aplicables en principio a todas las empresas, siempre que se encuentren por debajo del nivel de dominancia.

Así pues, la realización, por parte del proveedor, de inversiones de elevado importe específicamente vinculadas a la relación contractual⁴⁰ podrá justificar una cláusula de no competencia aplicable durante la totalidad del período de amortización de la inversión.

Asimismo, en caso de transferencia de conocimientos técnicos del proveedor al comprador, necesarios para la ejecución del acuerdo y cuyo contenido es necesario proteger para evitar su utilización en provecho de competidores del proveedor, una cláusula de no competencia aplicable durante toda la vigencia del acuerdo quedaría plenamente justificada y, de hecho, se entiende incluso carente de efectos anticompetitivos reprochables sobre la base del apartado 1 del artículo 81 del TCE. Esta posibilidad es particularmente interesante para los acuerdos de franquicia, en los que la transferencia de *know-how* es precisamente el elemento característico.

Ahora bien, el cambio de enfoque en el tratamiento de las restricciones verticales operado por el REC —y por las Líneas Directrices— afecta sobre todo a las empresas con un determinado poder de mercado. En efecto, los Reglamentos anteriores no hacían distinción, como hemos indicado anteriormente, en función del tamaño de las empresas que sus-

⁴⁰ Por ejemplo, la instalación o adaptación de maquinaria que sólo podrá ser utilizada para producir componentes destinados a un comprador determinado.

cribían los acuerdos verticales, por lo que las restricciones verticales permitidas podían ser puestas en práctica, en iguales condiciones, por todo tipo de empresas. A partir del nuevo REC, las empresas con cuotas superiores al 30 por 100 del mercado afectado han visto su libertad de actuación considerablemente mermada, y prácticamente anulada, en el caso de empresas en posición dominante.

Todas las restricciones prohibidas por el REC por debajo de la cuota del 30 por 100 estarán igualmente prohibidas, con mayor razón, cuando dicho límite sea superado. Por tanto, tales empresas no podrán imponer cláusulas de fijación de precios de reventa o de protección territorial absoluta. De la misma manera, en principio, tampoco podrán pactar cláusulas de no competencia de duración superior a cinco años, salvo casos debidamente justificados, como hemos tenido la ocasión de examinar, y siempre que no exista una forma menos restrictiva de conseguir el mismo resultado, como puede ser la imposición de cantidades. Las Líneas Directrices señalan, incluso, que la combinación de la no competencia con la distribución exclusiva podrían justificar, por debajo del nivel de posición dominante, que la primera alcance la duración completa del acuerdo, en la medida en que obligaría al distribuidor a concentrar sus esfuerzos en el territorio asignado y contribuiría, por tanto, a incrementar las eficiencias en la distribución.

Habrà que tener igualmente en cuenta que determinadas prácticas, que pueden ser pactadas por empresas sin poder de mercado conforme al REC, podrían estar, sin embargo, vetadas para las empresas con cuotas superiores al 30 por 100 en la medida en que, en este último caso, los efectos en el mercado sean contrarios al apartado 3 del artículo 81 del TCE.

Ahora bien, la lectura de las Líneas Directrices nos lleva a afirmar que, por encima del 30 por 100 pero por debajo del nivel de posición dominante, las empresas podrán por lo general pactar restricciones verticales. A pesar de que se ostente una cuota alta de mercado, si la estructura del mercado comporta suficientes competidores o inexistencia de barreras de entrada —lo que impedirá que la empresa que cuenta con una cuota alta ostente un «poder» de mercado efectivo, tal y como éste es tradicionalmente entendido—, las restricciones de carácter vertical podrán ser utilizadas.

Por tanto, si bien la cuota de mercado es suficiente para negar el beneficio automático de la exención por categoría, no lo será, sin embargo, para impedir a una empresa en concreto pactar restricciones verticales en ausencia de poder de mercado o cuando éste es relativo o contestable. Será necesario siempre examinar las condiciones de competencia existentes en el mercado y verificar que, en efecto, la restricción vertical en cuestión despliega efectos sensiblemente perniciosos, efectos que no se compensan con beneficios reales para el mercado y los consumidores. En la medida de lo posible, se recurrirá a restricciones menos perjudiciales.

Por el contrario, en presencia de una empresa en posición dominante, las condiciones de competencia vigentes en el mercado se hallarán por definición considerablemente afectadas y, por tanto, las posibilidades de hacer uso de restricciones verticales serán ciertamente limitadas. En cualquier caso, habrá de realizarse igualmente el test del artículo 82 del TCE y verificar que la imposición de una restricción vertical no constituye un abuso de la posición de dominio ⁴¹.

Las Líneas Directrices llevan a cabo un análisis no exhaustivo de cada uno de los tipos tradicionales de restricciones verticales: distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva, franquicia, suministro exclusivo, vinculación y precios de reventa recomendados y máximos.

La Comunicación termina con una declaración según la cual las demás restricciones verticales, para las que las Líneas Directrices no dan orientación directa, habrán de abordarse conforme a los mismos principios generales y prestando igual atención a sus efectos en el mercado.

4. CONCLUSIÓN

Si bien este primer año 2000 de vigencia del REC apenas ha dado frutos, lo cual es comprensible si tenemos en cuenta que aún nos encontramos en pleno período transitorio, la reforma de la regulación en materia de acuerdos verticales no puede sino acogerse con gratitud.

En primer lugar, contamos ahora con un único Reglamento de exención por categoría aplicable a todas las posibles restricciones verticales y sus combinaciones, lo que, de por sí, reducirá el número de notificaciones; en segundo lugar, ese Reglamento se completa con una Comunicación interpretativa de gran utilidad y claridad aceptable, a pesar de su complejidad; en tercer lugar, las restricciones verticales son ahora evaluadas en su justa medida, es decir, en función de sus efectos en las condiciones de competencia vigentes en el mercado.

De igual manera es de agradecer la supresión de la obligación de notificación antes de la ejecución de los acuerdos. Bien es cierto que esta medida no suprime, sin más, la necesidad de contar con una exención individual en los casos en que no es posible beneficiarse automáticamente de la exención individual. No lo es menos, sin embargo, que, a partir de ahora, podrá dejarse la notificación para el momento en que sea realmente necesario, si este momento llega. De esta manera, por un lado, la gran parte de las empresas se ahorrarán el oneroso y costoso procedimiento de la notificación, al tiempo que la Comisión podrá reducir al menos presumiblemente su carga de trabajo.

⁴¹ Tal sería el caso, por ejemplo, de la concesión de una exclusiva por parte de una empresa en posición de dominio.

La nueva regulación no queda, por otro lado, exenta de críticas ni deja, tampoco, de plantear dudas, que esperamos sean resueltas paulatinamente. No obstante, no puede dejarse de lado la preocupación sobre la manera, receptiva o reticente, en que los Tribunales nacionales se enfrentarán a una normativa técnicamente tan compleja como es la de verticales. Tras la futura reforma descentralizadora del Reglamento 17, es de esperar que la intervención de la Comisión Europea en esta materia sea prácticamente residual.

ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Juan L. Comesaña

Universidad de Valencia

La realidad política que existe, en la relación de sistemas de financiación de las Comunidades Autónomas, ha supuesto un grado de influencia importante en el desarrollo del Estado y de las Comunidades un cierto grado de igualdad normativa sobre ciertos aspectos. La dificultad de esta cuestión por parte de algunas Comunidades ha sido para poder acceder al sistema de los otros, pero en general se ha conseguido un nivel de igualdad política nacional.

Concretamente, la existencia de diferencias (aunque muy pequeñas) entre los sistemas y métodos de las Comunidades Autónomas de régimen común, ha permitido al sistema sobre períodos regimenes del mercado como el del Estado. Hemos a veces un principio de justicia para tratar la situación de las comunidades diferentes.

Por otro lado, se cree que se adopten una normativa descentralizada en caso de cambios que se produzcan, producido dentro de los límites de los límites, se puede el grado en el que cuando se plantean problemas diferentes desde las Comunidades. En el fondo de todo esto está que se puede acceder al principio de autonomía económica en un territorio como el de las personas, las empresas, o incluso los Estados completos, como que se pueden hacer los Comunidades Autónomas?

Para responder a esta pregunta es necesario acudir a los principios básicos del federalismo fiscal con el fin de aproximarnos al concepto de federalismo descentralizado, que puede ser un cambio importante en la estructura de la financiación y del propio país que pueden ser aplicados a las Comunidades Autónomas.

1. EL FEDERALISMO FISCAL: CONCEPTO Y MODALIDADES

El concepto federalismo hace referencia a la existencia de instituciones de gobierno dentro de un mismo Estado. La finalidad de los sistemas políticos federales es repartir las potestades políticas a los pro-

