

LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES DE CONSUMO ANTE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS. TENDENCIAS EN LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Autoría: Pastor Antonio Cañas Pérez. Abogado.

Supervisión: Ángel Valdés Burgui. Socio LILF

Julio de 2018

1 .Planteamiento Del Problema.	2
2. Efectos Sustanciales Del Comercio Electrónico Sobre La Competencia.	3
2.1 Aumento en la transparencia de precios	4
2.2 Oportunismo / Free-Riding.	4
2.3 Incremento en la venta directa por parte de los fabricantes.	4
2.4 Expansión de las redes de distribución selectiva.	4
3. Reacciones En Las Estrategias De Distribución De Las Empresas.	5
3.1 Restricciones al comercio en otros Estados Miembros / Geo-Blocking.	5
3.2 Restricciones en el uso de plataformas de venta online.	5
3.3 Restricciones en el uso de páginas de comparación de precios.	6
3.4 Restricciones en la libertad de establecer los precios de reventa.	6
4. Análisis Individual De Las Restricciones Introducidas Por Los Operadores A Consecuencia Del Comercio Electrónico.	6
4.1 Restricciones al comercio online en base al territorio desde donde opera el cliente (geo-blocking).	7
4.1.1 El geo-blocking y el derecho de la competencia.	8
4.1.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.	9
4.2. Plataformas comerciales de terceros y sistemas de distribución selectiva.	10
4.2.1 Las plataformas comerciales de terceros y el Derecho de la Competencia.	10
4.2.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.	10
4.3 Restricciones al empleo de plataformas de comparación de precios.	12
4.3.1 Plataformas de comparación de precios y derecho de la competencia.	12
4.3.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.	14
4.4 Restricciones a la libertad de establecer precios de reventa.	15
4.4.1 La fijación de precios mínimos de reventa y el derecho de la competencia.	16
4.4.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.	17
5. Conclusiones. Guía práctica a la hora de diseñar los acuerdos con los distribuidores.	19

1 .Planteamiento Del Problema.

El comercio electrónico en la Unión Europea ha crecido de manera exponencial en los últimos años siendo a día de hoy la UE el mayor mercado virtual de bienes y servicios en el mundo. A modo de apunte, el porcentaje de sujetos comprendidos entre las edades de 16 y 74 años de edad que ha ordenado alguna vez bienes o servicios en internet ha crecido de un 30 por ciento en 2007 a un 57 por ciento en 2017 según las estadísticas publicadas por Eurostat¹.

Lograr un mejor acceso de los consumidores a las empresas y a los bienes en línea es sólo uno de los tres pilares en los que se basa la Estrategia del Mercado Único Digital² adoptada por la Comisión en mayo de 2015. Simultáneamente, la Comisión decidió, basándose en los poderes que le otorga el art. 17 del Reglamento 1/2003³, iniciar una investigación sectorial en el comercio electrónico de bienes de consumo y contenidos digitales en la Unión Europea.

Mientras que la mayor parte de las acciones emprendidas dentro de este pilar del Mercado Único Digital (en adelante MUD) se orientan al diseño de instrumentos regulatorios para el comercio de bienes y servicios a través de las fronteras de los Estados Miembros, la Investigación Sectorial centró sus pesquisas en las barreras creadas por las empresas.

En mayo de 2017 la Comisión Europea hizo público el Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico⁴ (el *final report on e-commerce* en adelante ECFR) acompañado de un extenso texto⁵ (el *Staff Working Document* o SWD) con abundante información extraída a través de consultas y cuestionarios a una multitud de agentes del mercado.

El ECFR dedica gran parte de su estudio al comercio electrónico de contenidos digitales tales como películas, eventos deportivos, programas de televisión, noticias, música etc. Nosotros, no obstante, por acotar el contenido del estudio y también por las restricciones que toda publicación obliga en cuanto al espacio, nos limitaremos en este Capítulo a tratar lo relacionado al comercio electrónico de bienes en la Unión Europea.

Quede constancia que el comercio electrónico de bienes, servicios y contenidos digitales sólo constituye una fracción del conjunto de retos a los que se enfrentan los operadores económicos y que se derivan del empleo de elementos computacionales. Quedan aparte de la investigación de la Comisión Europea y también de nuestro estudio los aspectos relacionados con la concertación de

¹ Datos de Diciembre de 2017 publicados por Eurostat bajo el título de E-commerce Statistics for Individuals cuyos resultados se actualizan con periodicidad anual.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM/2015/0192 final. Una estrategia para el Mercado Económico Único Digital. Los otros dos pilares a los que se hace referencia son por un lado, lograr un entorno en el que puedan prosperar las redes y los servicios digitales mediante la elaboración de normas que se ajusten al ritmo de la tecnología y apoyen el desarrollo tecnológico. Por otro, afianzar al sector digital como motor de crecimiento garantizando que la economía, la industria y el empleo de Europa se beneficien plenamente de la digitalización.

³ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁴ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo COM/2017/0229 final. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico.

⁵ *Commission Staff Working Document accompanying the document*. SWD/2017/54 final. Este trabajo constituirá la base estadística sobre la que se trabajará en el presente capítulo.

precios entre competidores y otras formas de colusión llevada a cabo a través de algoritmos, de lo cual se han realizado extensos trabajos⁶, la discriminación de precios en bases a factores sociológicos de los consumidores, el problema de las súper-plataformas comerciales y los desarrolladores independientes de aplicaciones y utilidades informáticas, sólo por nombrar algunos de los aspectos más debatidos en los últimos años. Tan relevante es la incidencia del elemento virtual en el mundo del Derecho de la competencia que incluso las *fake-news* han hecho su aparición en Estrasburgo. Nos referimos a la reciente sentencia del TJUE en el asunto *F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*⁷ en la que un acuerdo entre Hoffman-La Roche y Novartis implementado con el fin de difundir información falsa –o al menos con un pobre respaldo científico- para desincentivar el uso *Off-Label*⁸ de un medicamento a favor de otro diez veces más costoso, fue declarado una infracción por su propio objeto.

Analizaremos a continuación, los fenómenos económicos reales manifestados en las observaciones realizadas en el mercado europeo para seguidamente estudiar cómo han respondido los operadores económicos a dichas circunstancias; esto es, analizar qué restricciones se han incorporado en los contratos de distribución de bienes de consumo.

En una fase posterior del Capítulo revisaremos de qué manera han respondido –en aquellos casos en que hayan tenido oportunidad de pronunciarse al respecto - los órganos jurisdiccionales a nivel europeo, así como la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante ANC) ante estos fenómenos.

Por último, y ya en una fase de conclusiones, trataremos de elaborar una suerte de código de conducta o guía dirigida especialmente a empresas pequeñas y medianas que, sin ser exhaustiva y/o concluyente, resulte ilustrativa de aquellos comportamientos ya identificados por la práctica de los tribunales y las autoridades de competencia y que permitan la elaboración de un esquema mental de las conductas proscritas a los empresarios y de aquellas que en cambio, y sujetas a ciertos parámetros, son aceptables desde un punto de vista de la defensa de la competencia.

2. Efectos Sustanciales Del Comercio Electrónico Sobre La Competencia.

Tal como indicábamos anteriormente, durante los últimos años y en gran medida, como consecuencia de la generalización de herramientas informáticas al comercio de bienes de consumo, se han observado los siguientes fenómenos económicos:

⁶ Entre ellos, EZRACHI, A. y STUCKE, Maurice E., *Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm driven economy*. Harvard University Press. 2016; PUIG SOLER, Xavier y GRAU ARNAU, Susana, *La Economía de Datos. Retos para la Competencia*, Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia 2016; Informe conjunto de la Autorité de la Concurrence y el Bundeskartellamt de 10 de mayo de 2016. *Competition Law and Data* entre otros.

⁷ Caso *F. Hoffmann-La Roche Ltd y Otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. Sentencia de 23 de enero de 2018 JUR 2018\26732

⁸ El empleo *Off-Label* de un medicamento es el uso de medicamentos farmacéuticos para una indicación no aprobada o en un grupo de edad, dosis o vía de administración no aprobada. Esta práctica es lícita a menos que directrices éticas o normas de seguridad indiquen lo contrario. La capacidad de recetar medicamentos para usos que van más allá de las indicaciones aprobadas oficialmente es comúnmente empleada con buenos resultados por los profesionales de la salud. Por ejemplo, en el caso que acabamos de referirnos, el medicamento Avastin desarrollado para el tratamiento oncológico, era utilizado de forma regular para tratamientos oftalmológicos, tenía la ventaja de ser significativamente más económico que Lucentis diseñado específicamente para el empleo oftalmológico. embargo, el uso fuera de la etiqueta puede conllevar riesgos para la salud e incluso responsabilidad legal. Por lo general, se prohíbe la comercialización de productos farmacéuticos para su uso *Off-Label*.

2.1 Aumento en la transparencia de precios

La posibilidad de monitorizar desde la comodidad de un escritorio el precio de venta de los productos de un competidor afecta de manera significativa el comportamiento de los operadores del mercado. Un 67 por ciento de los fabricantes cuyos productos se distribuyen online utilizan para ello programas informáticos y de ellos, un 78 por ciento tiene programas capaces de detectar los ajustes de precios de la competencia y, en consecuencia, modificar automáticamente o a voluntad los precios propios.

Para los distribuidores, la competencia en precios es un factor clave mientras que para los fabricantes, la calidad del producto y la imagen de su marca son factores aún más sustanciales. El aumento de la presión competitiva en precios aguas abajo conlleva a que los fabricantes adopten diferentes estrategias para controlar la calidad, el posicionamiento y la imagen en la distribución de sus productos.

2.2 Oportunismo / Free-Riding.

Una de las grandes ventajas del comercio electrónico es que los clientes pueden cambiar fácil y rápidamente de los canales online a los canales físicos tradicionales. Muchos de estos clientes utilizan los servicios previos a la venta ofrecidos por los establecimientos físicos, tales como demostraciones de productos, asesoramiento personal etc. para luego cambiar al canal online donde encuentran los mismos productos a menor precio dado el sistema de costes de estos comercios. En casos como estos, los establecimientos físicos se enfrentan a dificultades para recuperar la inversión hecha en estos servicios.

2.3 Incremento en la venta directa por parte de los fabricantes.

Los fabricantes también se han interesado en cosechar los beneficios del comercio electrónico así como en controlar la distribución de sus productos, muchos de ellos han abierto sus propias tiendas online en los últimos años. La categoría de productos en la que más fabricantes también participan de la venta directa online de sus productos se da en los sectores de los cosméticos y el cuidado personal. Como resultado, muchos distribuidores se han visto en la posición de competir con los que son también sus proveedores.

2.4 Expansión de las redes de distribución selectiva.

En los últimos 10 años, y como respuesta al crecimiento del comercio electrónico, un 19 por ciento de los fabricantes han introducido por primera vez sistemas de distribución selectiva mientras que un 67 por ciento de aquellos que ya venían utilizándolos implementaron nuevos criterios de selección.

La mayoría de los fabricantes que utilizan sistemas de distribución selectiva excluyen a aquellos distribuidores que operen únicamente online para toda o una parte de sus productos, requiriendo al menos tener un establecimiento físico abierto al público. La promoción de elementos de calidad e imagen a través de tiendas físicas suele introducir valor añadido para los consumidores y es por ello que esta restricción generalmente queda cubierta por el Reglamento de exención por categorías de

acuerdos verticales⁹ (en adelante RECAV); no obstante, en ciertos casos, este tipo de restricciones tiene como finalidad única la de proteger a sus productos de la competencia en precios en el canal online de distribución sin introducir ningún elemento de valor añadido. En estos casos y por la vía de la retirada individual de la exención contemplada en el RECAV¹⁰ puede retirarse el beneficio de la exención por categorías a acuerdos instados por fabricantes que tengan incluso una cuota de mercado inferior a la del 30 por ciento.

Muchos de los distribuidores revelaron la falta de transparencia y objetividad de los criterios de selección utilizados por los fabricantes a la hora de elegir a los miembros de sus redes de distribución selectiva. Los fabricantes, no tienen ninguna obligación legal de publicar sus criterios de selección y en la mayoría de las ocasiones no obtienen una respuesta suficientemente esclarecedora que les permita identificar porque no han sido aceptados o han sido excluidos de una determinada red de distribución selectiva.

3. Reacciones En Las Estrategias De Distribución De Las Empresas.

3.1 Restricciones al comercio en otros Estados Miembros / Geo-Blocking.

EL ECFR mostró como en la Unión Europea un 38 por ciento de los distribuidores utilizan medidas de bloqueo geográfico para restringir las ventas online más allá de las fronteras de su propio Estado. Estas medidas pasan por impedir el acceso a los sitios web desde localizaciones externas a un territorio, redirigir a los clientes a sitios diseñados para los individuos de su propio Estado Miembro, negarse a hacer envíos a territorios externos al de un Estado Miembro, rechazar medios de pagos de otro Estado Miembro en las ventas online, entre otros.

Mientras que la gran mayoría de las medidas de geo-blocking son implementadas por los propios comercios online, cerca de un 12 por ciento de ellos indican que sus acuerdos con los fabricantes contenían cláusulas que imponían la obligación de aplicar medidas de bloqueo geográfico en al menos una de las categorías de sus productos.

3.2 Restricciones en el uso de plataformas de venta online.

En cuanto a una restricción total del uso de grandes plataformas de venta online de terceros reconocibles, véase Amazon y eBay por ser los más conocidos, la Comisión Europea indica expresamente¹¹ que no debe ser considerada una restricción especialmente grave en el sentido del artículo 4 del RECAV. No obstante, esto no quiere decir que las restricciones absolutas en el uso de este tipo de plataformas sean siempre compatibles con el Derecho de la Competencia. Tanto la Comisión Europea como las ANC pueden analizar el acuerdo y el mercado en cuestión y concluir que quedan fuera de las exclusiones del RECAV bien por superar los umbrales, por contener además

⁹ Reglamento (UE) n o 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas

¹⁰ Más claro aún al respecto en el apartado 176 de las Directrices de la Comisión sobre el RECAV en el que indica claramente que «No obstante, si las características del producto no exigen el uso de la distribución selectiva o no exigen el uso de los criterios aplicados, como por ejemplo el requisito de que los distribuidores dispongan de uno o más establecimientos físicos, un sistema de este tipo no aporta, por lo general, suficientes efectos de eficiencia para contrarrestar una reducción significativa de la competencia intramarca. En estos casos es probable que se retire el beneficio de la exención por categoría».

¹¹ Vid. p. 981 SWD.

alguno de los acuerdos excluidos por el art. 4 del RECAV o bien por la vía de la retirada individual de la exención del art. 6.

3.3 Restricciones en el uso de páginas de comparación de precios.

El uso de plataformas online de comparación de precios es visto en proporciones similares con entusiasmo y recelo por parte de los fabricantes. Mientras que algunos de ellos consideran que estas plataformas incrementan la visibilidad de su marca, un número no desdeñable de los mismos considera que fomentan la competencia en precios en perjuicio del resto de elementos que caracterizan un determinado producto.

Las restricciones al uso de estas plataformas de comparación de precios, a las cuales se someten un 9 por ciento de los distribuidores a través de sus acuerdos con los fabricantes, varían desde la prohibición absoluta a la limitación a aquellas plataformas que reúnan una serie de requisitos de calidad e imagen.

Las restricciones absolutas que no obedezcan a criterios de calidad dificultan la capacidad de clientes potenciales para encontrar los sitios webs de los distribuidores y limitan la capacidad de los mismos a la hora de promocionar su oferta online y generar tráfico de usuarios hacia su propia página web. En este caso, la Comisión Europea indica, también expresamente¹², que las restricciones absolutas restringen potencialmente el uso efectivo de internet como un canal de venta constituyendo una restricción especialmente graves en el sentido del art. 4 RECAV.

3.4 Restricciones en la libertad de establecer los precios de reventa.

La fijación de precios mínimos de reventa (PMR) es una de las prácticas que los fabricantes utilizan en respuesta al incremento de la competencia en precios, a la elevada transparencia de precios en el comercio online y al bajo coste de búsqueda para los clientes lo que les permite comparar precios con facilidad. La introducción de un PMR merma el impacto de la erosión de los precios para los fabricantes y asegura un margen de ganancias para los comercios.

Este tipo de prácticas están consideradas restricciones especialmente graves por el RECAV y por lo tanto quedan directamente excluidas de sus beneficios. Sin perjuicio de ello, al menos un tercio de los comercios en cada categoría de producto reciben de los fabricantes alguna forma de recomendación de precios mínimos. Mientras que las recomendaciones sean verdaderamente eso y el fabricante no implemente medidas de presión a aquellos distribuidores que se desvíen, estas se benefician de las exenciones previstas por el RECAV; si por el contrario, un fabricante toma medidas en perjuicio de un minorista que no se ajuste a lo recomendado dicha actitud constituye una fijación indirecta del precios y por tanto, una restricción directamente excluida de los beneficios del RECAV.

Cerca de un 30 por ciento de los fabricantes monitorizan los precios aplicados a sus productos por vía de comercios independientes. Un 67 por ciento de ellos lo hace manualmente mientras que cerca de un 40 por ciento de ellos también lo hace a través del uso de software específico.

4. Análisis Individual De Las Restricciones Introducidas Por Los Operadores A Consecuencia Del Comercio Electrónico.

Como hemos observado anteriormente en este Capítulo, los acuerdos de distribución, en particular

¹² Vid. p. 986 SWD

las restricciones implementadas en los mismos, y el comercio online han sido temas candentes durante el año 2017, especialmente tras la publicación del ECFR y en general, durante el último decenio con la generalización del comercio online.

Sin duda alguna, la introducción del elemento online en el comercio ha sido un acelerador en el progreso teórico del derecho de la competencia. Las relaciones entre distintos escalones productivos a través de las vías del comercio electrónico funcionan a velocidades sorprendentes, por otro lado, la incursión del *Big Data* (una cantidad ingente de información que constituye la materia prima con la que trabajan los algoritmos en computación) y el *Big Analytics*, que es la capacidad de acceder a esa información, evaluarla, organizarla y encontrar aplicaciones prácticas para su uso, ha obligado a los economistas a plantear nuevas respuestas ante nuevas manifestaciones económicas y a reformular planteamientos clásicos.

Los tribunales y las autoridades de competencia son permeables a estos cambios que con el tiempo, se terminan reflejando en la doctrina del TJUE y en Reglamentos y Directrices de la Comisión, además de los instrumentos evacuados por las ANC. De esta manera se homogeneiza la práctica europea. Sólo llegados a este punto de equilibrio, los abogados dedicados al derecho de la competencia podemos asesorar con cierta tranquilidad a un cliente que nos plantea dudas acerca de determinadas cláusulas de sus acuerdos, o que discute la legalidad de alguna de ellas empleadas por sus competidores u otros operadores en distintos niveles del mismo mercado. En caso contrario, en ausencia de una uniformidad de doctrina y de práctica a ambos niveles, europeo y nacional, los asesores deberán asumir riesgos en nombre de sus clientes o muchas operaciones se verán frustradas si la decisión es la de abortar un proyecto.

El objeto de esta parte de nuestro Capítulo es sintetizar el estado de las cosas en materia de acuerdos de distribución a la luz de las decisiones más recientes, bien sea de los tribunales, de la Comisión Europea o de las ANC. Veremos que el *zeitgeist*¹³ conduce a que la mayoría de los asuntos en los que se han analizado las restricciones impuestas a acuerdos de distribución introducen en mayor o menor medida elementos digitales gracias al comercio electrónico.

Analizaremos pues lo que han dicho estas instituciones respecto a prácticas novedosas tales el geo-blocking, las restricciones al empleo de plataformas online de terceros, las plataformas de comparación de precios y por último al mantenimiento de precio de reventa, último punto este en el que veremos que la doctrina europea se halla al menos a diez años de distancia de la estadounidense. Esto, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Leegin Inc.*¹⁴ que se introduce la doctrina de la *rule of reason* en las prácticas de fijación del precio mínimo de reventa derogando una doctrina que desde 1911 mantenía esta práctica como infracción *per se*.

4.1 Restricciones al comercio online en base al territorio desde donde opera el cliente (geo-blocking).

El *geo-blocking* es una práctica comercial consistente en evitar que los clientes localizados en un

¹³ En alemán: *El espíritu de los tiempos*, expresión hecha famosa a raíz de la serie de documentales de culto basado en teorías conspiratorias del mismo nombre.

¹⁴ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Leegin Creative Leathers Products Inc. contra PSKS INC., DBA KAY'S KLOSET... KAY'S SHOES* 551 U.S.____ (2007) de 28 de junio de 2007.

área geográfica determinada, o fuera de la misma, realicen compras o contraten servicios ofrecidos a través de un *website* localizado en un área geográfica distinta.

Los distribuidores incurrir en esta práctica cuando restringen el acceso a su *website* de todo el tráfico situado fuera de su territorio específico, también cuando desvían a los clientes a *websites* dirigidos a individuos de su propio territorio, cuando se niegan a realizar envíos a clientes situados fuera del territorio determinado, así como cuando rechazan aceptar pagos emitidos desde un territorio diferente al especificado, entre otras prácticas. La conducta consistente en aplicar diferentes condiciones en función del territorio de origen del cliente, pero sin impedir la transacción, o el buen fin de la misma, es conocido como *geo-filtering* (filtrado geográfico) y también resulta discutida desde el punto de vista del derecho de la competencia.

4.1.1 El geo-blocking y el derecho de la competencia.

Como punto de partida, el *geo-blocking* constituye una restricción al libre movimiento de bienes y servicios en el mercado único europeo¹⁵. Asimismo, en diversas ocasiones, el TJUE ha mantenido que los acuerdos o prácticas destinados a compartimentar los mercados según fronteras nacionales o regionales o que dificulten la interpenetración de los mercados nacionales tienen por objeto la restricción de la competencia¹⁶. A lo anterior, se suma la consideración de las restricciones territoriales insertas en acuerdos verticales entre empresas como especialmente graves y por tanto excluidas del beneficio de la exención del RECAV.

Conviene recordar, por otra parte, que las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento del Derecho de la Competencia no persiguen este tipo de prácticas cuando son implementadas unilateralmente por las empresas salvo que se encuentren en una posición de dominio en su mercado específico.

Sin perjuicio de lo comentado hasta este momento, algunos distribuidores pueden tener razones legítimas para practicar el *geo-blocking*. Alguno de los argumentos que los distribuidores alegan para justificar este tipo de restricciones incluyen: la necesidad de registrarse ante las autoridades fiscales de los países en los que entregarían sus productos, mayores gastos de envío, diferencias en las normas de protección al consumidor, etc. No obstante, no hay ninguna seguridad que, *vis a vis* las ANC, estas restricciones sean consideradas válidas.

Para tratar de remediar la incertidumbre y evitar la discriminación de los clientes en función de su nacionalidad, domicilio o lugar de establecimiento en las transacciones comerciales fuera de su territorio, la Comisión Europea ha propuesto un Reglamento de medidas contra el bloqueo geográfico¹⁷ que en la actualidad se encuentra en pleno proceso de *triálogo* entre las instituciones

¹⁵ Art. 26.2 TFUE: «El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.»

¹⁶ V. p. 48 ECFR.

¹⁷ Propuesta de Reglamento 2016/0152 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE de 25.05.2016 COM(2016) 289 final

comunitarias (el legislador y la Comisión) habiéndose alcanzado en noviembre de 2017 el acuerdo sobre un texto provisional.

El objetivo de la Propuesta «es proporcionar a los clientes un mejor acceso a los bienes y los servicios del mercado único evitando la discriminación directa o indirecta generada por los comerciantes al segmentar artificialmente el mercado por razón de la residencia de los clientes». El texto, en su redacción actual y aún pendiente de posibles enmiendas, prohíbe el bloqueo del acceso a sitios web y otras interfaces online así como la reconducción de los consumidores desde la versión de un país a la de otro. Además, prohíbe la discriminación de los clientes en cuatro casos concretos:

- ▶ Cuando el comerciante venda bienes y estos no sean entregados por el comerciante o en su nombre a través de la frontera en el Estado Miembro del cliente.
- ▶ Cuando el comerciante venda online productos que sean entregados en un Estado Miembro en el cual normalmente (en *off-line*) realice entregas o cuando los productos puedan ser recogidos en un lugar previamente acordado. Sin perjuicio de lo anterior, los distribuidores no estarán obligados a realizar entregas a los clientes fuera del Estado Miembro en el cual realicen entregas en operaciones *off-line*.
- ▶ Cuando el fabricante o distribuidor comercie con servicios prestados electrónicamente, tales como servicios en la nube, servicios de almacenamiento de datos, alojamiento de sitios web y la provisión de cortafuegos. Esta prohibición no aplica a ciertos servicios, singularmente cuando el contenido incluya acceso a obras protegidas por el derecho de autor.
- ▶ Cuando el fabricante o distribuidor provea servicios para ser disfrutados en el Estado miembro en el que opera, tales como habitaciones de hotel, eventos deportivos, alquiler de vehículos, entradas a espectáculos etc.

La Propuesta de Reglamento también prohíbe la discriminación injustificada de clientes según el medio de pago que emplee. Los distribuidores no podrán aplicar condiciones diferentes de pagos a los clientes por razones de nacionalidad, residencia o lugar de establecimiento. Además los distribuidores no podrán bloquear o limitar el acceso a sus *websites* por razón de nacionalidad o residencia.

4.1.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.

El *geo-blocking* es un fenómeno relativamente nuevo y, a día de hoy, apenas ha sido tratado en casos reales a nivel nacional o europeo.

Un caso relevante tiene origen danés. Se trata del asunto *Cannet Furniture*¹⁸ en el cual *Cannet* fue acusado de una infracción de la Ley de Competencia danesa por restringir las ventas pasivas a clientes localizados en Noruega y Alemania. *Cannet* exigía a sus distribuidores online bloquearan el tráfico de todos los clientes procedentes de Noruega y Alemania. La Corte de Distrito de Holstebro no llegó a decidir sobre la sustancia del asunto manifestando que la Ley de Competencia danesa sólo es aplicable a aquellas prácticas anticompetitivas que tengan lugar en Dinamarca, por ello, desestimó la demanda. Este caso demuestra la dificultad de aplicar las normas de competencia a estas prácticas cuando los órganos nacionales no tienen una voluntad explícita de hacerlo.

¹⁸ Corte de Distrito de Holstebro, asunto *Canett Furniture*, 7-1588/2016, de 15 de diciembre de 2016.

4.2. Plataformas comerciales de terceros y sistemas de distribución selectiva.

Las plataformas de terceros son *websites* que facilitan el comercio online de bienes y servicios de manera sencilla y normalmente a precios más bajos que las alternativas. Entre ellas, como indicamos en la primera parte de este Capítulo se encuentran nombres tan reconocidos como Amazon y eBay.

Las restricciones al uso de estas plataformas incluidas entre las condiciones para optar a formar parte de una red de distribución selectiva han presentado desafíos particulares en la práctica. El objetivo fundamental por el cual se emplean las redes de distribución selectiva es proteger el prestigio de una marca y la experiencia comercial de los clientes. Para conseguir tales objetivos, un fabricante puede exigir a sus distribuidores ciertos requisitos que deben cumplirse en sus comercios, además de ofrecer a los clientes orientación y acompañamiento post-venta. Este tipo de requisitos son difíciles de controlar cuando el sitio en donde realiza la transacción final es gestionado por un tercero que se ajusta a sus propios términos.

En algunos casos, las ventas a través de plataformas de terceros pueden restringirse por razones legítimas tales como la naturaleza de los productos en cuestión si, por ejemplo, están sometidos a controles de seguridad o sanitarios. Un caso claro es el de los productos farmacéuticos en los cuales el comercio debe comprobar la prescripción médica, la identidad o la edad de la persona que hace la compra.

4.2.1 Las plataformas comerciales de terceros y el Derecho de la Competencia.

Una prohibición absoluta al empleo de plataformas de terceros ha constituido una restricción objeto de debate respecto a su calificación como especialmente grave en el sentido del RECAV. No ha sido hasta fechas muy recientes cuando se ha ofrecido una respuesta que parcialmente ponga fin a un intenso debate derivado del precedente sentado por el caso *Pierre Fabre*¹⁹.

En *Pierre Fabre* el TJUE había concluido que la protección de la imagen de marca de un proveedor no podía justificar por sí misma la introducción de restricciones de la competencia en un sistema de distribución selectiva. En el caso concreto, la restricción consistía en una prohibición absoluta de la reventa de los productos a través de internet por parte de los distribuidores autorizados. A partir de este pronunciamiento, parte de la doctrina y de las ANC interpretaron que la protección de la imagen de prestigio y calidad de una marca no podía invocarse para justificar ningún tipo de restricción de las ventas por internet, aun cuando estas fuesen mucho menos severas que la prohibición total de las ventas a través de internet. La otra parte, entendía que en algunos casos este tipo de restricciones obedecen a justificaciones válidas y deberían ser admitidas. En la sentencia recaída en el caso *Coty*²⁰, el TJUE introduce elementos interesantes para dibujar los límites de esta problemática.

4.2.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.

En el asunto *Coty*, las restricciones a las ventas a través de estas plataformas fueron analizadas por el

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso C.439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* contra *Président de l’Autorité de la concurrence* contra *Le Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi* de 13 de octubre de 2011. TJCE 2011\310.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso C-230/16 *Coty Germany GmbH* contra *Parfümerie Akzente GmbH* de 6 diciembre 2017. JUR 2017\306830

TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán. En el asunto principal, *Coty*, un proveedor de productos cosméticos, fue demandado por uno de sus distribuidores selectos respecto a la legalidad de la prohibición de venta de los productos de *Coty* a través de plataformas de terceros reconocibles, singularmente, se trataba de Amazon. Entre otras cuestiones, el TJUE debía decidir si suponía una restricción de las denominadas especialmente graves y por tanto, excluida directamente de los beneficios del RECAV.

En su Sentencia, el TJUE decidió a favor del interés del fabricante después de reconocer que las restricciones en litigio no constituían una prohibición total a las ventas online, indicó que la prohibición total a la venta en plataformas de terceros reconocibles no constituía una de las calificadas como especialmente graves. El TJUE observó que una prohibición de este tipo puede considerarse una imposición legítima a un miembro de la red de distribución en base a criterios de calidad. Su validez, no obstante continúa sujeta a los requisitos contemplados en *Metro I*²¹ como condiciones generales para la distribución selectiva, esto es, que sea necesario para la consecución del objetivo, y que se aplique de manera proporcional y no discriminatoria.

El asunto *Coty* refería a un sistema de distribución selectiva de productos categorizados como de lujo entendiendo como tales aquellos en los cuales su calidad resulta «no sólo de sus características materiales, sino también del aura y de la imagen de prestigio que les confieren una sensación de lujo»²². La evaluación de qué productos se contienen en esta definición deberá ser analizada por los tribunales nacionales y las ANC en cada uno de los casos sobre los cuales tengan que decidir.

A nivel de Estados Miembros²³, una reciente sentencia de una Corte de Distrito de Ámsterdam decidió que los productos de la marca Nike debían ser considerados como artículos de lujo. Partiendo de esta premisa, la Corte indicó que no había infracción alguna en el hecho de que Nike prohibiera a sus distribuidores selectos la venta a través de plataformas de terceros. Esta decisión es previa la sentencia recaída en *Coty*; no obstante, su argumentación está basada en la Opinión del Abogado General Nils Wahl en el caso²⁴.

La sentencia de la Corte Regional Superior de Frankfurt en el asunto *Deuter Sport GmbH*²⁵ es también consistente con lo decidido por el TJUE en *Coty*. En *Deuter*, la Corte indicó que una prohibición de vender los sacos de dormir de la marca en Amazon no infringía ninguna norma de defensa de la competencia. La Corte decidió que debía permitírsele al fabricante decidir en qué condiciones sus productos deben ser distribuidos además, destacó la pertinencia de que el fabricante

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Caso *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia de 25 de octubre de 1977 en el asunto C-16/76.

²² Párrafo 25 de la Sentencia en *Coty*.

²³ Sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam. Caso Nike contra Action Sport C/13/615474/HA ZA 16-959 de 4 de Octubre de 2017.

²⁴ Caso *Coty Germany GmbH* contra *Parfümerie Akzente GmbH*. Opinión del Abogado General Nils Wahl del 27 de julio de 2017.

²⁵ Sentencia de la Corte Regional Superior de Frankfurt en el Caso *Deuter Sport GmbH* contra “un distribuidor autorizado” 11 U (Kart) 84/14, de 22 de diciembre de 2015.

se asegurase de que sus productos fuesen distribuidos de manera que se protegiese la percepción de ser productos de alta calidad.

Sin perjuicio de todos estos precedentes favorables a los fabricantes, diversos casos que anteceden a la decisión del TJUE en *Coty* demuestran como en determinadas ocasiones los tribunales o las ANC han considerado las prohibiciones completas de ventas a través de plataformas de terceros pueden ser consideradas como infractoras de las normas de competencia.

En el caso *Alfred Sternjakob*²⁶ se examinaron los acuerdos de distribución selectiva en los que se prohibía la distribución de los productos relevantes a través de eBay y otras plataformas de terceros. La Corte de Apelación de Berlín indicó que esta prohibición constituía una restricción inadmisibles de la competencia dado que se aplicaban de manera discriminatoria. La Corte destacó el hecho de que el fabricante prohibiese la venta en eBay, supuestamente para proteger la calidad de la imagen de sus productos, al mismo tiempo que distribuía los mismos a través de cadenas de descuentos o bazares económicos lo cual no se corresponde con los requisitos que exigía a los miembros de la red de distribución selectiva que operaban online.

4.3 Restricciones al empleo de plataformas de comparación de precios.

Las plataformas de comparación de precios (en adelante PCP) se han convertido en un elemento plenamente integrado en nuestros hábitos de consumo. Compañías como *Skyscanner*, *Trivago*, *Lastminute*, *Booking.com*, y por supuesto, *Google*, *Bing*, *Yahoo!*, *Amazon*, *Alibaba* entre muchísimas otras, ofrecen a los consumidores información valiosa que les permite comparar ofertas y acceder directamente a los proveedores de bienes de consumo.

En la mayoría de los casos estos intermediarios operan en un mercado multilateral. En el lado del consumidor, los comparadores normalmente ofrecen sus servicios de manera gratuita: los consumidores introducen sus parámetros de búsqueda y los resultados les son ofrecidos sin cargo alguno. Del lado de los proveedores de bienes, por el contrario, los comparadores suelen obtener ingresos por permitir poner a disposición de los consumidores sus productos en sus webs. Por otro lado, estas plataformas se financian principalmente de los ingresos obtenidos por habilitar y vender espacios publicitarios.

4.3.1 Plataformas de comparación de precios y derecho de la competencia.

Las PCP pueden ayudar a nivelar el entorno competitivo e intensificar la presión competitiva entre los proveedores. Asimismo, las PCP facilitan la transparencia en el mercado gracias a lo cual, los consumidores obtienen información valiosa acerca de los productos y ofertas disponibles. Mediante su labor de agregación y cotejo de datos acerca de los proveedores, así como del precio y las características de los productos, las plataformas de búsqueda y comparación reducen los problemas de asimetría de la información haciendo más difícil para los proveedores aprovecharse de consumidores mal informados.

Estas plataformas dinamizan el entorno competitivo añadiendo presión para que los proveedores mejoren sus precios e inviertan en servicios, calidad e innovación. Además, facilitan la entrada de nuevos competidores, promueven las economías de escala, mejoran la eficiencia en las estrategias de

²⁶ Sentencia de la Corte de Apelación de Berlín en el caso *Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG* contra “un distribuidor autorizado” 2 U (Kart) 8/09, de 19 de septiembre de 2013.

distribución. En definitiva, los comparadores tienen potencial suficiente para promover un mejor entorno competitivo en el que los consumidores, a muy bajo coste, identifican, comparan y acceden a una amplia variedad de productos y servicios. Este potencial está limitado por los riesgos a la competencia, que, sin embargo, estas plataformas pueden presentar.

Ya habíamos mencionado que desde el punto de vista del consumidor la norma general es que el acceso a las funciones de los comparadores de precios sea gratuito. En una fase inicial, el esfuerzo principal de los gestores de la PCP se concentra en la calidad, de manera que puedan atraer al mayor número posible de usuarios, lo cual a su vez, mejorará la precisión y la relevancia de los resultados.²⁷

A medida que el poder de las plataformas crece, la transparencia en los mercados online será controlada cada vez más por el operador de la misma, en vez de por las distintas fuerzas del mercado. Llegado el caso, la plataforma puede degradar intencionalmente la calidad en el lado gratuito de su mercado para incrementar sus beneficios. Del lado no gratuito del mercado, es decir, del de los proveedores, muchas plataformas procuran un posicionamiento preferencial en la lista de resultados a aquellos que pagan unas tarifas superiores. Este posicionamiento distorsiona la competencia cuando el usuario no es consciente de este posicionamiento preferencial y asume que los resultados que aparecen primero son aquellos que mejor responden a sus preferencias y que han sido obtenidos objetivamente por los algoritmos.

Además, algunas PCP que también proporcionan servicios relacionados aguas abajo pueden favorecer sus propios servicios por encima de los de los competidores y mostrarlos más prominentemente en sus resultados de búsqueda. Este es el caso de la investigación de la Comisión Europea sobre la supuesta preferencia de Google por su propio producto de comparación de compras *GoogleShopping* y su posicionamiento preferencial en las páginas de resultados de Google. La Comisión se preocupaba principalmente por el aprovechamiento del poder de mercado de Google en el mercado relevante de los motores de búsqueda online para crear una ventaja en el mercado de los servicios de comparación y compra relacionados. Este aprovechamiento perjudicó a los servicios de comparación de compras rivales, a los consumidores y a la innovación con el resultado de que los consumidores no veían los resultados más relevantes en respuesta a sus consultas y es posible que los competidores de Google no obtengan las oportunidades comerciales que sus innovaciones merecen.

En cuanto a los acuerdos de distribución entre fabricantes y distribuidores destaca el problema que surge cuando los primeros prohíben a los segundos el empleo de las PCP sin una razón válida. Sin embargo, en determinadas circunstancias estas restricciones pueden estar justificadas.

Otra cuestión pertinente se refiere a las cláusulas de mejor precio o cláusulas de Nación más Favorecida (NMF) establecidas por los gestores de las PCP. Una cláusula PCP suele obligar a los distribuidores a ofrecer siempre el mejor precio en su plataforma y, por tanto, impedir que el distribuidor ofrezca un mejor precio en su propia página web o en otra herramienta de comparación de precios. Tales cláusulas pueden restringir la competencia si prohíben a los distribuidores competir o si se utilizan ampliamente en un mercado concentrado consiguiendo alinear los precios al por menor. Se trata de un tema muy discutido y la evaluación específica de las cláusulas depende en gran

²⁷ Esto es lo que se conoce como *network effects* por el cual las utilidades que un individuo obtiene de una determinada plataforma mejoran en función del número de usuarios que utilizan la misma plataforma. Otra de las manifestaciones de estos *network effects* se da mediante los mecanismos de prueba y error de sus algoritmos; es decir, los buscadores y comparadores mejoran su capacidad de identificar y ofrecer resultados de más relevancia a medida que más búsquedas se realicen a través de ellos.

medida de las condiciones concretas del mercado y, por supuesto, del caso particular que se esté analizando.

4.3.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.

Las PCP no han despertado, de momento, un gran interés por parte de la gran mayoría de las ANC. De momento, han sido diversas resoluciones emanadas de las ANC alemanas y de sus tribunales las que han servido para marcar algún precedente al respecto.

Según lo establecido en varias decisiones alemanas²⁸, se considera que las PCP amplían el alcance de los pequeños y medianos distribuidores y promueve una mayor transparencia del mercado y, en general, una mayor competencia de precios. El caso más reciente²⁹ ha sido decidido por el Tribunal Supremo Alemán que sentenció que una cláusula que prohíba a un distribuidor el uso de una PCP infringe el art. 101 del TFUE y no puede obtener los beneficios del RECAV pues constituye una restricción especialmente grave y por tanto comprendida en el art. 4 del RECAV.

El énfasis de la Corte Suprema sobre el hecho de que *Asics* había impuesto una prohibición total del uso de sitios de comparación de precios sugiere que podría evaluar de manera diferente aquellas restricciones sobre el uso de PCP que se basan en criterios cualitativos. El Tribunal Supremo tomó nota de la reciente sentencia del TJUE en *Coty* anteriormente comentada, pero consideró que las restricciones impuestas por *Asics* eran diferentes a las evaluadas en *Coty* dado que se trataba de una prohibición total del uso de las PCP sumada a restricciones adicionales tales como el uso de la marca registrada *Asics* en sitios de terceros.

Esta decisión, que puede tener influencia también fuera de Alemania, sugiere que se aplique un enfoque mucho más estricto a las prohibiciones sobre el uso de PCP que a las prohibiciones sobre las ventas a través de plataformas de terceros, incluso cuando no se superan los umbrales de cuota de mercado del RECAV. A falta, entre otras cosas, de una explicación del motivo por el que debería considerarse que la prohibición de utilizar PCP impide evidentemente la venta efectiva por Internet, mientras que una prohibición de utilizar plataformas de terceros no lo hace, cabe preguntarse si la sentencia es coherente con la sentencia *Coty*.

Dentro de las decisiones de las ANC de los distintos Estados miembros de la UE, hay algunas otras indicaciones que dan luz respecto a la problemática derivada del empleo y las restricciones sobre el uso de PCP.

Por ejemplo, en los acuerdos verticales, la mera prohibición de que los distribuidores utilicen herramientas digitales de comparación, de subastas, plataformas de venta o utilicen las marcas en sitios web de terceros para guiar a los clientes hacia sus propias tiendas en línea se considera una infracción de la legislación sobre competencia por parte de la Oficina Federal Alemana de Cáteles³⁰. Sin embargo, las autoridades alemanas tienden a permitir sistemas cualitativos de distribución

²⁸ Oficina Federal de Cáteles de Alemania, asuntos ASICS, B2 98/11, de 26 de Agosto de 2015; Ford-/Opel-/PSA-, B9-28/15-1, B9-28/15-2, B9-28/15-3, 11 de noviembre y 1 de diciembre de 2015; y Alta Corte Regional de Schleswig asunto CASIO 16 U (Kart) 154/13, de 5 de junio de 2014.

²⁹ Tribunal Supremo de Alemania, sentencia KVZ 41/17 de 12 de diciembre de 2017.

³⁰ V. nota 28.

selectiva, que se basan en criterios objetivos de discriminación, haciendo referencia a la idoneidad técnica o estética del minorista, si los criterios no discriminatorios aplicados son necesarios para garantizar una necesidad imperante del fabricante y el mantenimiento de la imagen de la marca³¹. Si se cumplen estas condiciones, el fabricante puede, por ejemplo, prohibir a los distribuidores autorizados el uso de herramientas de comparación de precios que no garanticen el mantenimiento de la imagen de marca del distribuidor.

Por lo que se refiere a las cláusulas de NMF en las que las plataformas hoteleras obligan a los hoteles a garantizar las mejores condiciones que ofrecen, las autoridades suecas de competencia y los tribunales alemanes han decidido que dichas obligaciones infringen la legislación sobre competencia³². Otras jurisdicciones han aceptado compromisos que modifican las cláusulas de las plataformas hoteleras en casos similares.

4.4 Restricciones a la libertad de establecer precios de reventa.

Por lo general, las restricciones a la competencia con una influencia directa en los precios preocupan de manera especial a las autoridades de defensa de la competencia. La economía de libre mercado implica un principio general de libre competencia en todos los niveles económicos y para todas las formas de competencia. Este principio se aplica no sólo a la relación entre la marca de un fabricante y un producto competidor (competencia inter-marca) sino también entre distintos distribuidores competidores del mismo fabricante (competencia intra-marca).

Las autoridades de competencia consideran que el mantenimiento de los PMR tiene efectos negativos sobre la competencia, tanto por la reducción de la competencia de precios intra-marca lo que lleva aparejado un aumento de los precios, como por la mayor transparencia de los precios, que puede servir posteriormente como vía de coordinación horizontal de los precios entre proveedores o minoristas. Se supone que los precios mínimos o fijos reducen -o, en el caso de coordinaciones especialmente exitosas, eliminan- la competencia de precios intra-marca. Esto es especialmente problemático cuando se trata de sectores muy concentrados. En general, los sistemas de fijación de precios mínimos resultan en desventajas para el consumidor en forma de precios más altos.

Por otra parte, La fijación de PMR también puede facilitar la coordinación horizontal indirecta a nivel de los distribuidores. Los minoristas fuertes y bien organizados pueden presionar a sus proveedores para que fijen precios de reventa inflados para sus competidores, permitiendo así que los mayores minoristas del mercado consigan márgenes más altos sin perder cuota de mercado. De este modo, se estabilizan tanto los precios al por menor como las cuotas de mercado, impidiendo así que los competidores ganen cuotas de mercado con precios atractivos.

Las autoridades europeas de defensa de la competencia han prestado particular atención a las configuraciones con elementos horizontales, ya que éstas tienen un efecto significativamente más perjudicial que el mantenimiento de los precios de reventa sin elementos de coordinación horizontal, en particular cuando al menos una de las empresas participantes, bien sea a nivel de producción o de distribución, tiene un cierto tamaño y peso en el mercado.

³¹ Alta Corte Regional de Frankfurt en el asunto Deuter 11 U (kart) 84/14 de 22 de diciembre de 2015.

³² Autoridad de Competencia Sueca en el asunto Bookingdotcom Sverige AB and Booking.com B.V, 596/2013 de 15 de abril de 2015; Alta Corte Regional de Düsseldorf en el asunto HRS, VI (Kart) 1/14 (V) de 9 de enero de 2015.

4.4.1 La fijación de precios mínimos de reventa y el derecho de la competencia.

En la Unión Europea y en materia de acuerdos verticales La fijación de PMR es considerada como una de las restricciones más graves y queda directamente excluida de los beneficios del RECAV independientemente de la cuota de mercado del operador en cuestión. Aun considerando que la presunción de que estos acuerdos infringen el art. 101 del TFUE es rebatible, en la práctica y en la Unión Europea, nunca se ha dado el caso de que alguna empresa haya conseguido exonerar una práctica de este tipo por la vía del art. 101.3 del TFUE.

Según la interpretación que se ha hecho sobre estos acuerdos, la fijación de PMR restringe la libertad de fijación de precios por parte de distribuidores independientes, y lo que resultaría más dañino aun, facilita la coordinación horizontal entre distribuidores-competidores a través del fabricante que les provee. Esto es lo que ha venido a llamarse *cárteles en forma de estrella*³³ o *cárteles de piñón y radios*³⁴.

Además de los riesgos mencionados, los estudiosos dedicados al derecho de la competencia han observado otros peligros asociados a estas prácticas. Se han señalado otros efectos perjudiciales de la introducción de estos mecanismos tales como el cierre del mercado a fabricantes competidores, en la medida en que un fabricante con un peso importante en el mercado puede aplicar un PMR para motivar a sus distribuidores para que restrinjan el acceso de marcas rivales. Otro efecto probable es la disminución de la competencia a nivel de los distribuidores puesto que cuando se aplica un PMR, estos no pueden atraer a la clientela de la competencia reduciendo sus propios precios.

Sin perjuicio de lo anterior, también existen voces que se manifiestan a favor de la introducción de sistemas de fijación de PMR dados sus efectos positivos³⁵. Se han defendido en este sentido argumentos tales como:

- ▶ El aumento de la competencia inter-marca en perjuicio de la competencia intra-marca que se ve mermada debido a la eliminación de la competencia en precios entre los distribuidores de un mismo fabricante. Aun así, se puede observar un aumento en los servicios ofrecidos por algunos distribuidores para así atraer clientes debido a factores diferentes al precio.
- ▶ La solución al problema del *free-riding* del que hacen uso los distribuidores que no invierten en calidad y se aprovechan de los esfuerzos ajenos recortando precios para así atraer a los clientes (que por otra parte han podido utilizar los servicios pre-venta de otros distribuidores).
- ▶ La garantía de calidad y reputación de la marca. Si los productos de un fabricante son expuestos en los anaqueles de un distribuidor prestigioso, esta aura de prestigio se trasladará a sus productos. Al

³³ «En un cártel en forma de estrella, un agente central se conecta con todos los miembros del cártel mientras que el resto de miembros no están conectados entre sí» (traducción propia). HÜSCHEL RATH, Kai y SCHWEITZER, Heike Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe: Legal and Economic Perspectives. Editorial Springer 2014, página. 49.

³⁴ También hub and spoke networks: «Otra versión incluso más atractiva de una estructura de cártel en forma de estrella ocurre cuando un proveedor común o cliente del cártel actúa como organizador en lugar de como una empresa que opera en el mismo mercado relevante. Esta estructura es conocida como cártel de piñón y radios con una estructura vertical en la cual el piñón es el organizador o cabecilla del cártel cuyo rol es organizar contactos indirectos entre sus miembros [los radios], los cuales, como contraprestación, compensan al organizador a través de compras garantizadas o precios más elevados. Esta estructura vertical implica que no existen contactos entre los miembros del cartel los cuales se comunican sólo con el organizador. De esta manera, cada miembro posee información limitada de manera que el incentivo para ofrecerse a un programa de clemencia resulta marginal» (traducción propia). HÜSCHEL RATH y SCHWEITZER, página. 51.

³⁵ V. HAZIROGLU, Elif y GÖKATALA, Semih Minimum resale price maintenance in EU in the aftermath of the US Leegin decision. European Journal of Law and Economics, vol. 40, número 2, octubre de 2015. Páginas 10 a 14.

mismo tiempo, esos productos pueden ser también vendidos en tiendas que ofrezcan descuentos o precios bajos en general por lo que los consumidores no tendrán razón ninguna para comprarlos en el establecimiento prestigioso y la calidad del producto ya estará establecida una vez que lo han visto en sus anaqueles. De esta manera, los comercios baratos se aprovecharán de los esfuerzos y de la certificación de calidad de los distribuidores prestigiosos.

- ▶ Eficiencias en la distribución. Un fabricante puede o bien, ocuparse por sí mismo de la distribución de sus productos o encomendarlo a distribuidores expertos, cualquiera de estas decisiones tiene sus pros y contras. Para resolver el dilema, el establecimiento de un PMR se ha propuesto como un término medio, en el cual el fabricante puede beneficiarse de las habilidades profesionales del distribuidor experto mientras que mantiene cierto control respecto a sus servicios de distribución.

Resulta evidente que la fijación de PMR puede tener efectos competitivos y anticompetitivos y cualquier argumento a su favor obtiene una réplica razonable. La cuestión siempre dependerá de las condiciones del mercado en el cual sean utilizados estos mecanismos lo cual requiere un análisis individualizado de la situación. Si este razonamiento es aceptado, la consecuencia lógica debería ser la aceptación por parte de las autoridades de defensa de la competencia de un análisis de este comportamiento desde el enfoque de sus efectos.

En la Unión Europea nos encontramos en pleno debate acerca de los potenciales peligros y las posibles bondades de los mecanismos de fijación de precios mínimos aunque, como veremos más adelante, del contenido de las decisiones de las autoridades europeas no parece que vayamos a alcanzar pronto un estado de las cosas similar al actual en los Estados Unidos.

Esta referencia a los Estados Unidos se trae a colación a razón de que en 2007 una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos derogó el tratamiento de la fijación de PMR como una ilegalidad *per se*, afirmando que a partir de entonces, se examinarían estas conductas bajo la *rule of reason*. Esta decisión fue considerada un paso radical en los Estados Unidos puesto que la consideración de la fijación de PMR era considerada ilegal *per se* desde la sentencia del Tribunal Supremo en *Dr. Miles*³⁶ fechada en 1911. La importancia de *Leegin Inc.* para la Unión Europea deriva del hecho de que ésta, históricamente, ha seguido enfoques próximos a los de los EEUU en materias antitrust. Es por ello que un cambio en el sistema estadounidense siempre resulta revelador para conocer qué pasará en el futuro en la Unión, además, esta vía abierta por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sería consistente con el enfoque más económico propuesto por la DG de Competencia de la Comisión Europea.

4.4.2 Tendencias en la práctica de los tribunales y autoridades europeas.

Una importante refinería polaca de petróleo, *Orlen Oil*³⁷ solicitó una exención individual para los acuerdos que había celebrado con los distribuidores de su nuevo aceite de motor Platinum entre 2003 y 2012. Dichos acuerdos incluían la fijación de PMR mediante la determinación de un porcentaje máximo de descuento, reservándose el derecho a sancionar a aquellos distribuidores que los incumpliesen. Orlen Oil afirmó que el objetivo de la práctica había sido facilitar la entrada de su nuevo producto al mercado del aceite de motor y reducir el riesgo de depreciación de la marca.

³⁶ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Dr. Miles Medical Company contra Dr. John D. Park & Sons Company*. 220 U.S. 373 de 3 de abril de 1911.

³⁷ Decisión de la Polski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów No DOK-9/2012 de 31 de diciembre de 2012.

También alegó que los acuerdos permitían a los distribuidores márgenes más elevados haciendo que la reventa fuera rentable, asimismo afirmaba que este sistema le permitía alcanzar con éxito su finalidad última, a saber, la introducción de su nuevo producto que de otro modo habría sido menos eficaz. La Autoridad polaca denegó la exención declarando que la práctica impedía a los distribuidores responder a las dinámicas del mercado y que limitaba la elección de los consumidores debido a la baja sustituibilidad del producto. La Autoridad también concluyó que *Orlen Oil* podría haber utilizado otros métodos igualmente efectivos, como compensar a los distribuidores por sus esfuerzos en promocionar el producto o certificar su calidad. *Orlen Oil* finalmente fue multada con 460.000 euros y obligada a suspender la práctica.

Otro caso que se ha presentado también ante la Autoridad polaca y que una fijación de PMR (también en forma de determinación de un porcentaje máximo de descuento y con el riesgo de suspensión de los suministros y retirada de las rebajas concedidas anteriormente) es el caso de *IMS Sofa*³⁸ en el cual la Autoridad no había investigado los efectos reales de la práctica dado que el acuerdo tenía un objeto contrario a la competencia y por tanto, podía restringir la competencia en detrimento de los consumidores. Lo más destacable de la decisión ha sido que la Autoridad ha considerado a los distribuidores como participantes pasivos sin ninguna evidencia que muestre que hubo colusión horizontal entre ellos, y por lo tanto no dirigiendo ninguna acusación en su contra, así como tampoco concediendo clemencia a *IMS Sofa* a pesar de la solicitud de plena inmunidad de ésta y su convicción de que la información y evidencia proporcionada por *IMS Sofa* contribuyó sustancialmente a la investigación.

En España, la CNC se pronunció a favor de los acuerdos de fijación de PMR utilizando la regla de *minimis* contenida en el artículo 5 de la LDC en el caso del *Corral de las Flamencas*³⁹. La LDC, incluso en el caso de restricciones especialmente graves como las de fijación de PMR, permite a la Autoridad competente en materia de competencia renunciar a la aplicación del artículo 1 de la LDC si el comportamiento no puede tener un efecto significativo en la competencia. La CNC utilizó por primera vez en 2009 esta facultad en El Corral de las Flamencas y decidió que su práctica quedaba fuera del ámbito de la prohibición, ya que estaba convencida de que el proveedor tenía una cuota de mercado muy baja y que el mercado estaba atomizado sin que existieran redes paralelas de restricciones similares.

Finalmente, en 2008 la Autoridad húngara de defensa de la competencia dictó una resolución referente a una práctica de fijación de PMR. En *Büki Asvanyviz*⁴⁰ la Autoridad decidió que los acuerdos en cuestión no infringían ni las normas de la UE ni las del derecho húngaro de la competencia. Los detalles específicos del caso incluían la obligación para los distribuidores de seguir diferentes determinaciones de precios teniendo en cuenta los mercados locales en los que operaban. La Autoridad entendió que el objetivo de la práctica no había sido establecer precios uniformes y, por lo tanto, no tenía el objeto o no podía tener el efecto de excluir la competencia de precios en el mercado. A pesar de esto, la Autoridad subrayó que los precios de reventa diferenciados también

³⁸ Decisión de la Polski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów No RBG-410-01/12/PA de 30 de agosto de 2012.

³⁹ Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0105/08 El Corral de las Flamencas de 3 de diciembre de 2009. AC\2010\75.

⁴⁰ Decisión de la Gazdasági Versenyhivatal N° VJ 164/2006/049 de 14 de mayo de 2008.

pueden tener efectos contrarios a la competencia, como la exclusión de los competidores del mercado, no obstante, declaró que en este caso no se habían detectado tales efectos.

5. Conclusiones. Guía práctica a la hora de diseñar los acuerdos con los distribuidores.

De la lectura de éste Capítulo podemos extraer una serie de observaciones que, a modo de código de conducta, pueden servir de guía en el diseño de los acuerdos de distribución. Estos consejos están pensados principalmente para empresas de tamaño pequeño y mediano cuyas dinámicas empresariales no sean especialmente complejas, en cuyo caso, un asesoramiento individualizado y minucioso por parte de un experto será nuestra recomendación. No pretendemos escribir la guía definitiva, más bien, nuestra intención es ilustrar sobre aquellos comportamientos ya evaluados por la práctica de los tribunales y las autoridades de defensa de la competencia. También respecto a los cambios legislativos que se avecinan, en referencia al futuro Reglamento de geo-blocking.

Las autoridades tienen facultades que les permiten escrutar nuestros comportamientos en el mercado, las siguientes recomendaciones deberán ser tenidas en cuenta para que, llegado el caso de una incursión de las autoridades en nuestra empresa, estas no detecten, porque no exista, ningún aspecto preocupante en nuestras prácticas:

- ▶ Si vendemos nuestros productos online debemos asegurarnos de que nuestra web no bloquea el acceso de las visitas originadas en un Estado del EEE distinto al nuestro. Tampoco debemos reconducir estas visitas a una versión distinta de la página web diseñada para clientes foráneos. Una discriminación injustificada del uso de los medios de pago de los clientes estará también prohibida por el reglamento.
- ▶ No se permitirá un trato diferencial a las visitas procedentes de otros países del EEE cuando nuestro producto sea normalmente entregado por un tercer operador que disponga de sus propios medios. Si en las ventas off-line realizamos entregas fuera de nuestro territorio debemos hacerlo también en las ventas online. Además, si existe la posibilidad de pactar con el cliente una entrega en un sitio acordado por las partes, deberemos ponerla a disposición de los clientes de otros Estados del EEE. Sensu contrario, no estaremos obligados a realizar entregas fuera de las fronteras de nuestro país si en operaciones off-line no las realizamos.
- ▶ Si los productos o servicios de los que se trata son prestados o disfrutados electrónicamente, por ejemplo, tratándose de servicios que se presten en la nube, no podremos impedir que accedan a ellos personas de distintos países del EEE. Por último, si los productos en cuestión están pensados para ser disfrutados en el Estado del domicilio de nuestra empresa, tampoco podemos restringir la comercialización online de los mismos a personas localizadas en otros países del EEE.
- ▶ Si optamos por distribuir nuestros productos a través de una red de distribución selectiva, la licitud de este sistema dependerá de que los criterios para poder acceder a ser miembro de la red cumplan con los siguientes requisitos:
 - ▶ Los distribuidores deberán seleccionarse sobre la base de criterios de carácter cualitativo, no discriminatorios y aplicados de manera uniforme a los potenciales revendedores.
 - ▶ La naturaleza del producto en cuestión, tanto en lo concerniente a sus características materiales, como a su imagen de prestigio o alta calidad debe justificar la necesidad de una red de distribución selectiva que preserve su calidad y garantice su correcta utilización.

- ▶ Los criterios que elijamos para seleccionar a nuestros distribuidores no deberán ir más allá de lo necesario para preservar la imagen y la calidad de nuestros productos.
- ▶ Si queremos evitar que nuestros distribuidores comercialicen nuestros productos a través páginas webs de terceros independientes deberán cumplirse todos los requisitos arriba señalados. Debemos ser cuidadosos a la hora de diseñar tales criterios puesto que si indirectamente implican una restricción total para comercializar a través de internet, tales restricciones se prohibirán.
- ▶ Por norma general una restricción al uso de una web de comparación de precios estará prohibida y quedará sujeta al escrutinio de las autoridades de defensa de la competencia. En este punto las autoridades han demostrado ser más estrictas que en lo relativo a las plataformas de terceros reconocibles (eBay, Amazon etc.). Sin perjuicio de lo anterior, es posible establecer criterios de calidad, proporcionales y no discriminatorios de manera que sólo aquellas plataformas de comparación que los reúnan puedan ofrecer en los resultados nuestra marca y productos.
- ▶ En cuanto a la fijación de precios mínimos de reventa, a pesar de que hayamos hecho mención a la apertura de miras en la jurisdicción estadounidense, en la UE estamos aún lejos de obtener una comprensión similar de la cuestión. Es por esto, que debemos seguir ateniéndonos a los parámetros clásicos, estos son: se permitirá la fijación de precios máximos de reventa y las recomendaciones de precios mínimos, así como exponer nuestra estrategia comercial, en particular en lo relativo a los precios, a nuestros distribuidores. Tanto en el caso de recomendaciones de precios así como en la exposición de nuestra política comercial estará prohibido incluir mecanismos de presión, ni tan siquiera de incentivación de su seguimiento. La prohibición de fijar precios mínimos abarca tanto los acuerdos orales como los escritos. Asimismo comprende los precios estándar y los precios promocionales. En sentido contrario, sí se permite la monitorización de los precios de nuestros distribuidores ya sea mediante vías analógicas o digitales a simples efectos de evaluar el comportamiento de nuestras ventas en el mercado.