

# Un análisis práctico de la reforma de la Unión Europea de su Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y directrices sobre acuerdos verticales

— Antonio Guerra Fernández\* y François Doumont\*\* —

---

## Resumen

La entrada en vigor en junio de 2022 y para los próximos doce años del nuevo Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (RECAV) y de las Directrices relativas a las restricciones verticales afecta la determinación del carácter anti-competitivo o pro-competitivo de los acuerdos verticales y la posibilidad de acogerse a exenciones de salvaguardia regulatoria. Esta reforma llevada a cabo por la Comisión Europea es el primer ejercicio normativo de tal magnitud sobre las restricciones verticales, realizado como respuesta al auge de marketplaces y de plataformas de comercio electrónico. Asimismo, tiene en cuenta prioridades políticas como la transición digital y la sostenibilidad. Entre las principales modificaciones cabe resaltar la diferente delimitación de las restricciones especialmente graves relacionadas con internet, las obligaciones de paridad, las cláusulas de no competencia y la determinación del precio de venta. Por otro lado, han sufrido cambios significativos los criterios aplicables a los diferentes modelos de acuerdos de distribución. Asimismo, se han introducido disposiciones sobre proveedores de servicios de intermediación online y sobre objetivos de sostenibilidad.

## Palabras clave

Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales, Exenciones de salvaguardia regulatoria, Derecho de la Competencia de la Unión Europea, *marketplaces* y comercio electrónico, Restricciones especialmente graves, Acuerdos de distribución, Obligaciones de paridad, Ventas *online*.

---

## Abstract

The entry into force in June 2022 and for the next twelve years of the new Vertical Block Exemption Regulation (RECAV) and the Guidelines on vertical restraints affect the determination of the anti-competitive or pro-competitive nature of vertical agreements and the possibility of benefit from regulatory safeguard exemptions. This reform carried out by the European Commission is the first regulatory exercise of such magnitude on vertical restraints in response to the rise of marketplaces and e-commerce platforms. It also takes into account political priorities such as digital transition and sustainability. Among the main amendments include the different delimitation of particularly severe restrictions related to the internet, parity obligations, non-compete clauses and the determination of the selling price. On the other hand, significant changes have taken place in the criteria applicable to different models of distribution agreements. Moreover, provisions on online intermediation service providers and sustainability objectives have also been introduced.

## Keywords

Block Exemption Regulation for Vertical Agreements, Safe harbor exemptions, European Union Competition Law, marketplaces and e-commerce, Hardcore restrictions, Distribution agreements, MFN, Online sales.

---

\* Socio del Área del Derecho a la Competencia del estudio jurídico Uría Menéndez. Abogado por la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Economía Internacional por el Instituto Ortega y Gasset y graduado en Derecho de la Competencia por la Universidad de Cambridge. El abogado Antonio Guerra se especializa en derecho a la competencia.

\*\* Senior asociado en el Área del Derecho a la Competencia del estudio jurídico Uría Menéndez. Abogado colegiado en Madrid y Bruselas. Con una maestría en Université catholique de Louvain y en King's College London. El abogado François Doumont se especializa en derecho a la competencia.



## 1. Introducción

El 10 de mayo de 2022 la Comisión Europea (en adelante, la “Comisión”) aprobó, por un lado, el Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales<sup>1</sup> (a continuación, el “RECAV”<sup>2</sup>), que sustituye al RECAV de 2010 que expiró el 31 de mayo de 2022; y, por otro lado, las Directrices relativas a las restricciones verticales<sup>3</sup> (en adelante, las “Directrices”), que sustituyen a las directrices homónimas de 2010. Esta reforma es el resultado de un proceso de evaluación y consulta iniciado en 2018 (véase la [sección 2](#)).

Como su nombre indica, estas nuevas normas de Derecho de la Competencia regulan aquellos acuerdos verticales que desplieguen efectos en el mercado interior de la Unión Europea, que hayan sido celebrados entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena producción, suministro y distribución de los bienes y servicios (intermedios o finales) y que se refieran a las condiciones en las que estos se pueden comprar, vender o revender por las partes del acuerdo. Más concretamente, el RECAV prevé una exención de la que las partes del acuerdo pueden beneficiarse cuando no sean competidores directos (con la excepción de los acuerdos no recíprocos) y la cuota de mercado del proveedor y del comprador no exceda un 30% (véase la [sección 3.3.1](#)).

Así, como consecuencia de la reforma, se ven afectadas las cláusulas contractuales de una multitud de acuerdos verticales y, notablemente, los celebrados entre proveedores y distribuidores, categoría que incluye los contratos de distribución (por ejemplo, en las modalidades selectiva o exclusiva), suministro, concesión, franquicia, reventa, marketing o agencia, etc.

Mientras que el RECAV de 2010 y sus Directrices se modificaron para fomentar el desarrollo del comercio electrónico (que se encontraba aún en

una fase relativamente inicial de su evolución)<sup>4</sup> en la Unión Europea (en adelante, la “UE”), el nuevo reglamento se ha adoptado para adaptar las normas de Derecho de la Competencia al nuevo entorno empresarial, reconfigurado por el crecimiento del comercio electrónico, las ventas *online* y las plataformas digitales. En otras palabras, la Comisión parece haber llegado a la conclusión de que el sector *online* en su conjunto está ahora a la par con el sector *offline* y, por lo tanto, debe adaptarse a esta nueva realidad económica. Por la misma razón, en los considerandos del RECAV, la Comisión también hace referencia al papel cada vez más importante de la economía de plataformas *online* y de los servicios de intermediación *online* (véase la [sección 7.1](#)), así como el de la distribución dual (véase la [sección 6.4](#)).

Además, la reforma incorpora algunos de los principios rectores de la evaluación de las restricciones *online* que han sido establecidos por la jurisprudencia<sup>5</sup> del Tribunal de Justicia de la UE desde la publicación en 2010 del previo RECAV, *inter alia* las sentencias *Pierre Fabre*<sup>6</sup> y *Coty*<sup>7</sup> (véase la [sección 5.1](#)).

Este artículo pretende transmitir la relevancia de la reforma y describir el contenido y el alcance de las modificaciones más relevantes. Para lograrlo, el presente artículo: (i) examinará los objetivos de esta reforma y los antecedentes que llevaron a ella, (ii) proporcionará una visión general del marco jurídico de la UE aplicable a los acuerdos verticales y (iii) ofrecerá una aproximación a los principales cambios introducidos por esta importante reforma.

Desde la perspectiva de los autores, esta reforma tiene una gran relevancia no solo para la Unión Europea, sino también para otros países, incluyendo a los de América Latina. No debe olvidarse que la UE es utilizada a menudo por otros países como fuente de “mejores prácticas” (especialmente su *soft law* que conforman las Directrices). Aunque el

1 Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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 (11 de mayo de 2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R0720>.

2 A menudo se le conoce como VBER para sus siglas en inglés.

3 Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales. (30 de junio de 2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1661783617948&uri=CELEX%3A52022XC0630%2801%29>.

4 Comisión Europea. (2022). *Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines*. [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory\\_note\\_VBER\\_and\\_Guidelines\\_2022.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf)

5 Sin embargo, las Directrices se entienden sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6 Asunto C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la Concurrence* EU:C:2011:649.

7 Asunto C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941.

propósito de este artículo no sea entrar en detalle sobre cómo estos textos podrían afectar a jurisdicciones específicas, los autores creen que la reforma de la Unión Europea es de interés para cualquier país que desee adaptar su legislación a las últimas tendencias del mercado. De hecho, ninguno de los temas tratados en el presente artículo es exclusivo de la Unión Europea. Por lo que saben los autores, la UE es la primera jurisdicción que lleva a cabo un ejercicio legislativo tan amplio sobre las restricciones verticales en su conjunto desde el auge de las plataformas digitales y el comercio electrónico.

## 2. Proceso de revisión

Cabe señalar que la Comisión lleva preparando la reciente reforma desde hace años, ya que se ha llevado a cabo un largo proceso consultivo y de evaluación<sup>8</sup> en el que destaca la autocrítica hecha sobre las anteriores Directrices, así como el interés por las opiniones de expertos, autoridades nacionales y regionales de defensa de la competencia y partes interesadas. Este proceso es una piedra angular del sistema de creación de normas en la UE<sup>9</sup> y forma parte de las prerrogativas de la Comisión como principal órgano ejecutivo.

En septiembre de 2020, al final de la primera fase de evaluación (de aproximadamente 18 meses de duración) que consistió en la recopilación de pruebas sobre el funcionamiento del RECAV y las Directrices<sup>10</sup>, la Comisión publicó un documento de trabajo<sup>11</sup> en el que se exponían los resultados de la

evaluación del anterior RECAV y de sus Directrices. En este momento se confirmó la utilidad de estas herramientas para facilitar la autoevaluación de los acuerdos verticales y para la reducción de los costes de cumplimiento de las empresas. No obstante, se hizo patente la necesidad de su adaptación a la evolución producida en el mercado desde su adopción en 2010, sobre todo en lo que respecta al comercio a través de internet. Por ello, la Comisión puso en marcha en octubre de 2020 la fase de evaluación del impacto (*impact assessment*), valiéndose de informes de expertos, de consultas públicas abiertas y de conversaciones con autoridades y partes interesadas (logrando más de 110 contribuciones<sup>12</sup>), lo que permitió recabar más documentación sobre los ámbitos susceptibles de mejora<sup>13</sup>.

En julio de 2021, la CE publicó sus borradores del RECAV y de las Directrices actualizados e invitó a las partes interesadas a formular observaciones. En noviembre de 2021, la Comisión publicó sus resultados, que incluían un resumen de las contribuciones recibidas. Más tarde, en febrero de 2022<sup>14</sup>, se llevó a cabo una consulta específica adicional sobre el proyecto de orientaciones relativas al intercambio de información en el contexto de la distribución dual. Tras ello, finalmente la Comisión adoptó el nuevo RECAV y sus Directrices (junto al *impact assessment*<sup>15</sup>) que fueron publicados el 10 de mayo de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>16</sup>.

Lo anterior demuestra la minuciosidad y la profundidad del proceso llevado a cabo por la Comisión

8 Para más información sobre el proceso, se puede consultar la siguiente página web de la Comisión: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_es](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_es).

9 Las Directrices de mejora de la legislación establecen los principios que sigue la Comisión al preparar nuevas iniciativas y propuestas y al gestionar y evaluar la legislación existente.

Comisión Europea (3 de noviembre de 2021). Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Directrices para legislar mejor, SWD(2021) 305 final. [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en).

10 La fase de evaluación incluyó un proceso de consulta pública (al que más de 160 partes interesadas contribuyeron) y una sesión de trabajo con las partes interesadas. En esta fase también han sido objeto de ponderación la información recopilada para la investigación del sector del comercio electrónico, los precedentes de la Comisión y la experiencia de las autoridades nacionales de competencia, así como la jurisprudencia nacional y de la UE pertinente.

11 Comisión Europea (2020). *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de Evaluación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales (SWD(2020) 173 final)*.

12 Por ejemplo, asociaciones comerciales, empresas (entre otras, Telefónica, Booking.com, LVMH, Siemens, Amazon y Lufthansa), sindicatos y ONGs.

13 Comisión Europea (10 de mayo de 2022). *Defensa de la competencia: La Comisión adopta un nuevo Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y unas nuevas Directrices verticales*. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_22\\_2844](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2844).

14 Comisión Europea (4 de febrero de 2022). *Additional public consultation on proposed guidance relating to information exchange in the context of dual distribution, intended to be added to the Vertical Guidelines*. [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2021-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2021-vber_en).

15 Comisión Europea (n.d.). *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, {C(2022) 3015 final} - {SEC(2022) 198 final} - {SWD(2022) 140 final}*.

16 Comisión Europea (10 de mayo de 2022). *Defensa de la competencia: La Comisión adopta un nuevo Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y unas nuevas Directrices verticales*. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_22\\_2844](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2844).



para reevaluar esta pieza fundamental de las normas de competencia de la UE. También pone de manifiesto el gran interés generado por el RECAV y, por extensión, la importancia práctica que tiene para numerosas empresas de toda la UE.

### 3. Marco legal, funciones y vigencia de las normas modificadas

#### Restricciones verticales

Como se anticipó en la [sección 1](#), las restricciones verticales son prácticas concertadas o acuerdos celebrados entre dos o más empresas que operan, a efectos de ese acuerdo, en un eslabón diferente de la cadena de comercialización de los productos o servicios, con el fin de modificar o regular las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios (Massaguer et. al, 2020).

Según lo indicado en las Directrices, el hecho de que las partes del acuerdo se sitúen en diferentes niveles de la cadena implica que los acuerdos verticales suelen ser menos perjudiciales que los acuerdos horizontales. En efecto, las partes en un acuerdo vertical tienden a tener incentivos para acordar precios más bajos y estándares de servicio más altos, lo cual beneficia a los consumidores. De hecho, el ejercicio del poder de mercado por parte o bien de la empresa en el mercado ascendente (aguas arriba) o bien de la empresa en el mercado descendente (aguas abajo) normalmente perjudicaría la demanda de producto de la otra, lo que sugiere que las empresas implicadas en el acuerdo suelen tener incentivos para tratar de evitar el ejercicio del poder de mercado por parte de la otra. Además, la naturaleza normalmente complementaria de las actividades de las partes en un acuerdo vertical en la introducción de bienes o servicios en el mercado también implica que las restricciones verticales presentan un mayor margen de generación de eficiencias que podrían compensar los posibles efectos anticompetitivos.

No obstante, en determinados casos, las empresas con poder de mercado pueden utilizar las restricciones verticales para perseguir fines contrarios a la competencia, ya que determinadas restricciones pueden dar lugar a la exclusión del mercado, al debilitamiento de la competencia o a la colusión (Comisión Europea, 2022)<sup>17</sup>.

#### Marco jurídico

El RECAV y las Directrices son las normas fundamentales para determinar si estos acuerdos o prácticas concertadas (o, en sentido amplio, restricciones) verticales tienen o no carácter anticompetitivo<sup>18</sup> o, lo que es lo mismo, para verificar si la restricción cumple las condiciones del apartado 1 del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”)<sup>19</sup> y no está exenta sobre la base del artículo 101.3 del TFUE.

El artículo 101 del TFUE prohíbe los acuerdos que impidan, restrinjan o falseen la competencia de forma apreciable. En el ámbito del tema tratado en esta publicación y como se indica en la introducción de las Directrices, el objetivo del artículo 101 del TFUE es asegurarse de que las empresas no utilicen restricciones verticales para impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado de la Unión Europea en detrimento de los consumidores. No obstante, dicha prohibición no se aplica a los acuerdos que cumplen los requisitos del artículo 101.3 del TFUE (ver [sección 3.3.1](#)).

El RECAV, al igual que su versión anterior, es aplicable *mutatis mutandi* a los acuerdos verticales que tienen efectos exclusivamente en el mercado de un Estado miembro. Sin embargo, éstos se deberán evaluar a la luz de la norma nacional equivalente al artículo 101 del TFUE<sup>20</sup>.

Además, cabe destacar que, por su naturaleza de Reglamento, el RECAV tiene efecto directo (Mata, 1994). Eso implica que su contenido será de obligatorio acatamiento en todos sus elementos y di-

17 Párrafos 10-11 de las Directrices. Caso C-32/11 Allianz Hungría Biztosító EU:C:2013:160, apartado 43 y jurisprudencia citada.

18 También resulta de interés mencionar la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen de forma sensible la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 101 del Tratado, DO 2014 C291/1, acompañada del documento de trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a Orientaciones sobre las restricciones de la competencia “por razón de su objeto” a efectos de definir qué acuerdos pueden beneficiarse de la Comunicación *de minimis*, SWD(2014) 198 final, revisado el 3 de junio de 2015. Esta comunicación ofrece una alternativa para que determinados acuerdos verticales no entren en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE siempre que el acuerdo no constituya una restricción apreciable de la competencia. La propia Comunicación señala que la salvaguardia regulatoria aplicable por debajo de los umbrales de cuota de mercado establecidos en la Comunicación es especialmente relevante para las categorías de acuerdos no cubiertos por el RECAV (u otro reglamento de exención por categorías). Esta comunicación no se aborda en el presente artículo.

19 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (26 de octubre de 2012). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

20 En España por ejemplo, se evaluará a la luz del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

rectamente aplicable en cada Estado miembro de la Unión Europea como parte del ordenamiento nacional. El efecto directo del Derecho de la Unión Europea fue consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1962<sup>21</sup>.

## Funciones

### 3.1.1 RECAV

El RECAV proporciona a las partes de los acuerdos verticales una mayor seguridad, al establecer una exención conocida como “puerto seguro” o salvaguardia regulatoria. Esta salvaguardia regulatoria (en inglés, *safe harbor*) implica que los acuerdos que cumplan los requisitos del RECAV están exentos de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE por la aplicación automática del artículo 101.3 del TFUE. Así, se presume la legalidad de un acuerdo y se protege a la empresa de la responsabilidad legal de los resultados de determinadas conductas hechas como consecuencia de tal acuerdo.

Para acogerse a la salvaguardia regulatoria la cuota de mercado de compra y/o de venta de referencia en los que se compran y/o venden los bienes o servicios contractuales de ninguna de las empresas implicadas puede superar el 30%<sup>22</sup>, debiendo ulteriormente respetarse ese límite porcentual en sus dos vertientes por parte de una única empresa cuando ésta actúe como compradora y también como vendedora frente a diferentes empresas que son parte del acuerdo (artículo 3 del RECAV). Cumplido este requisito, las empresas han de verificar adicionalmente que el acuerdo no contiene ninguna de las denominadas “restricciones especialmente graves” (artículo 4 del RECAV, en inglés *hardcore restrictions*). Si el acuerdo reúne estas condiciones, se beneficiará automáticamente de la exención.

En caso de no cumplirse tales condiciones, esto no significa que el acuerdo deba considerarse ya con-

trario al artículo 101.1 del TFUE. Primero habrá que valorar si, a la luz de las características del caso concreto, el acuerdo vertical cumple los requisitos del artículo 101.3 del TFUE para acogerse a la exención ahí establecida<sup>23</sup>.

Como ya indicado antes, la lógica del mantenimiento de estos umbrales refleja la opinión predominante en el sector sobre que las restricciones impuestas en los acuerdos verticales sólo son susceptibles de tener efectos anticompetitivos significativos cuando son suscritos por empresas con poder de mercado (es decir, con más del 30% de cuota) (Van Bael & Bellis, 2021).

### 3.1.2 Directrices y precedentes de los Tribunales europeos y de la Comisión

Para poder llevar a cabo la evaluación detallada en los párrafos anteriores, las Directrices orientan sobre cómo debe interpretarse el RECAV y facilitan criterios de autoevaluación de los acuerdos o prácticas concertadas que no quedan automáticamente exentos por éste (véase la [nota al pie 4](#)).

En efecto, la octava sección de las Directrices describe la política de aplicación de la Comisión de los apartados 1 y 3 del artículo 101 del TFUE en casos concretos. Esta evaluación individual no se tratará en la presente publicación, ya que no fue el objeto principal de la reforma y se aplica solo a los acuerdos verticales que no estén exentos con arreglo al RECAV.

Las Directrices no son formalmente vinculantes (*soft law*) y, por lo tanto, deben leerse en función de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos<sup>24</sup>. Dicho esto, las actuales Directrices codifican algunos aspectos de la jurisprudencia y están sujetas a ella y, por otra parte, la práctica decisoria de la Comisión debe ser coherente y conforme con lo dictado por los Tribunales Europeos.

21 Sentencia de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, C-26/62, EU:C:1963:1.

22 Las Directrices (párrafo 26) también establecen que los acuerdos verticales celebrados por empresas no competidoras cuya cuota de mercado individual no supere el 15% se consideran, por lo general, ajenos al artículo 101.1 del TFUE.

23 Existen otros reglamentos de exención por categorías. Por ejemplo, el reglamento (UE) n° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

24 Párrafo 2 de las Directrices. Cabe señalar que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el grado en el que se pueden considerar vinculantes a las Directrices. En efecto, ha considerado que la Comisión, como órgano que publica las Directrices, las aplica y, eventualmente, sanciona en función de ellas, está obligada a respetar los principios de igualdad de trato y de confianza legítima. Así, el Tribunal de Justicia de la UE ha sostenido que, en determinadas condiciones, las comunicaciones y directrices pueden producir efectos jurídicos: véase el asunto C-189/02P, Dansk Rørindustri y otros contra Comisión, EU:C:2005:408 (párrafos 210-211). También es preciso resaltar que el Tribunal de Justicia de la UE ha considerado que las autoridades o los tribunales nacionales no están sujetos a las mismas limitaciones que la Comisión: véase el asunto C-226/11, Expedia, nota 15 (párrafos 28 y siguientes). Van Bael & Bellis (1 de marzo de 2021). *Competition Law of the European Union*. (6ª ed.). Kluwer Law International.



## Vigencia

Esta nueva regulación entró en vigor el 1 de junio de 2022 y estará vigente durante doce años (hasta el 31 de mayo 2034), si bien el siguiente proceso formal de reevaluación empezará a los ocho años de su entrada en vigor. Todo ello sin perjuicio de que la Comisión siga supervisando el funcionamiento del RECAV y de las Directrices durante estos 12 años y de su posibilidad de modificar las Directrices a la luz de la evolución del mercado.

El artículo 10 del RECAV dispone un régimen transitorio por el cual la prohibición establecida en el artículo 101.1 del TFUE no se aplicará a acuerdos preexistentes durante el primer año de vigencia del nuevo reglamento (del 1 junio de 2022 al 31 mayo de 2023). Por ello, aquellos acuerdos que ya estuvieran en vigor a 31 de mayo de 2022 y cumplieran los requisitos del anterior RECAV, seguirán beneficiándose de la exención automática hasta el 31 de mayo de 2023, aun sin cumplir lo previsto en el nuevo RECAV.

Por lo tanto, muchas empresas están revisando la compatibilidad de los contratos y políticas comerciales que tienen en vigor con el nuevo régimen, para adaptarlos debidamente. La reforma, cabe señalar, también podría afectar a los contratos que tienen un alcance geográfico que va más allá de la Unión Europea, ya que algunas empresas revisarán sus políticas internas de *compliance* o sus acuerdos marco. Esto es especialmente cierto para las empresas que se dedican (exclusivamente) a la venta *online*, como veremos en las [secciones 6.4 y 7.1](#).

## 4. Alcance de la reforma

La reforma se ha centrado en la necesidad de actualizar los límites de un espacio protegido que no fuera demasiado generoso, pues no cumpliría con el artículo 101 del TFUE, ni demasiado limitado, pues incrementaría los mencionados costes de cumplimiento para las empresas y disminuiría la seguridad jurídica. Además, la reforma permite evitar errores de tipo I, que son más altos en la economía digital y podrían desincentivar modelos de negocios que podrían llegar a ser beneficiosos.

Además, esa actualización se ha llevado a cabo a la luz de ciertos acontecimientos económicos y sociales (concretamente, un mayor crecimiento de las ventas *online* y la progresiva aparición de nuevos actores en el mercado, como las plataformas *online*<sup>25</sup>) y también atendiendo a determinadas prioridades políticas europeas (como la transición digital<sup>26</sup> y el *Green Deal* europeo<sup>27</sup>).

Como resultado, la Comisión mantuvo la estructura general del RECAV, aunque con un marco de análisis algo más claro, ya que, por ejemplo, se han recopilado en una sola sección las orientaciones anteriormente dispersas sobre fijación de precios de reventa. En las siguientes secciones se abordarán los cambios introducidos en el RECAV y las Directrices.

## 5. Restricciones especialmente graves

Como se ha indicado, el artículo 4 del RECAV establece un catálogo de conductas que suponen restricciones especialmente graves en el mercado, pues tienen por objeto<sup>28</sup> o por efecto<sup>29</sup> impedir la

25 Párrafo 11 del RECAV.

26 Parlamento Europeo (24 de marzo de 2022). *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users*. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>.

27 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (n.d.). *Competition policy supporting the Green Deal. Call for contributions*. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/SPANISH%20COMPETITION%20AUTHORITYs%20COMMENTS%20EU%20CALL%20FOR%20CONTRIBUTION%20ON%20HOW%20COMPETITION%20RULES%20AND%20SUSTAINABILITY%20POLICIES%20WORK%20TOGETHER\\_0.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/SPANISH%20COMPETITION%20AUTHORITYs%20COMMENTS%20EU%20CALL%20FOR%20CONTRIBUTION%20ON%20HOW%20COMPETITION%20RULES%20AND%20SUSTAINABILITY%20POLICIES%20WORK%20TOGETHER_0.pdf).

Parlamento Europeo (17 de junio de 2022). *EU responses to climate change*. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20180703STO07129/eu-responses-to-climate-change>.

28 “Las restricciones de la competencia por objeto son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia. Son restricciones que, a la luz de los objetivos de las normas de competencia de la UE, tienen un potencial tan grande de generación de efectos negativos sobre la competencia que no es necesario probar sus efectos sobre el mercado para aplicar el apartado 1 del artículo 101” (Comisión Europea, 2014, p. 5) del TFUE. En este sentido, véase el apartado 179 de las Directrices y la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016, *Toshiba Corporation/Comisión*, C-373/14 P, ECLI:EU: C:2016:26, apartado 26. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que determinados tipos de coordinación entre empresas muestran un grado de nocividad suficiente para la competencia como para que se considere innecesario evaluar sus efectos. En este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank y otros*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, apartados 35 a 37 y jurisprudencia citada.

29 Si un acuerdo no es restrictivo por objeto y se quiere determinar si tiene efectos restrictivos sobre la competencia, deben ponderarse sus efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales o, lo que es lo mismo, debe determinarse si tiene efectos anticompetitivos probables (Massaguer et. al, 2020).

competencia. Si existe tal restricción, el acuerdo en su conjunto queda fuera del ámbito de aplicación del RECAV. No obstante, hay que señalar que en el artículo 5 del RECAV, se enumeran unas “restricciones excluidas”, que no son más sino unas obligaciones o cláusulas específicas de acuerdos verticales, a las que no se les aplicará en ningún caso la exención, sin perjuicio de que el resto del acuerdo esté cubierto por la salvaguardia. Para que esta aplicación parcial de la exención sea posible, la parte susceptible de quedar exenta debe poderse separar de las obligaciones o cláusulas no cubiertas por la exención.

A continuación, analizamos los aspectos más relevantes de las restricciones y las novedades que se han introducido con la reciente reforma.

### Restricciones relacionadas con internet

La transición digital del mercado y, en concreto, las nuevas dinámicas del comercio electrónico en la distribución de bienes y servicios han implicado modificaciones transversales en la regulación europea de acuerdos verticales.

En primer lugar, el artículo 4(e) del RECAV establece como restricción (territorial) especialmente grave que se impida el uso efectivo de internet por parte del distribuidor (o de sus clientes) para vender determinados bienes o servicios, independientemente del modelo de distribución empleado. En cambio, también se establece en el mismo artículo que los proveedores pueden imponer a los compradores o a sus clientes (i) restricciones a las ventas *online* que no supongan impedirles el uso efectivo de internet o (ii) restricciones de la publicidad *online*, que no tengan por objeto impedir el uso de un

canal de publicidad en su totalidad. Esas restricciones se aplican a cualquier método de distribución.

Las Directrices (párrafo 208) facilitan unos ejemplos de conductas que quedan exentas por el RECAV, *inter alia*: (i) prohibir de forma directa o indirecta el uso de los *marketplaces* (siempre que el comprador pueda utilizar su propia tienda *online* y hacer publicidad *online*, es decir, que no se impida el uso efectivo de internet); (ii) requisitos destinados a garantizar la calidad o una apariencia particular de la tienda *online* del comprador; (iii) requisitos relativos a la presentación de los bienes o servicios contractuales en la tienda *online*; (iv) la exigencia de que el comprador opere en uno o más establecimientos físicos o; (v) el requisito de que el comprador venda una cantidad absoluta mínima *offline*. Estos ejemplos se relacionan con el principio (ajustado) de equivalencia (véase la [sección 5.1.1](#)).

Con respecto a la prohibición de forma directa o indirecta del uso de los *marketplaces*, es preciso indicar que es el resultado de la implementación de la jurisprudencia de la Unión Europea del caso *Coty*.<sup>30</sup> Por lo tanto, ahora, la compatibilidad de esta restricción con el Derecho de la Competencia ha dejado de ser meramente jurisprudencial y ha sido codificada en las nuevas Directrices. Es decir, la reforma considera que el proveedor puede prohibir la utilización de *marketplaces* para la distribución de sus bienes en determinados supuestos. Se aplica a todos los sistemas de distribución, no únicamente a la distribución selectiva y, gracias a la codificación en el RECAV, ya no únicamente a productos de lujo.

Además, las Directrices (párrafo 206) facilitan unos ejemplos de restricciones indirectas del uso efectivo

30 Véase la sección 8.2.3 de las Directrices y el Asunto C-230/16 - *Coty Germany*, apartados 64 a 69. En relación con el mencionado asunto *Coty Germany* resulta de utilidad resumirlo brevemente. *Coty Germany* (en adelante, “**Coty**”) vendía cosméticos de lujo en Alemania y los comercializaba utilizando un sistema de distribución selectiva. En el contrato con uno de sus distribuidores autorizados, Parfümerie Akzente (en adelante, “**Akzente**”), que comercializaba los productos en tiendas físicas y en “amazon.de”, se había previsto una serie de obligaciones que el distribuidor debía cumplir para preservar la imagen de lujo de las marcas de *Coty* (en concreto, aspectos relacionados con la decoración, la selección, la presentación y la ubicación de productos). Tras la entrada en vigor del primer RECAV en 2010, *Coty* modificó el contrato de distribución con *Akzente* imponiéndole que las ventas en internet se realizaran a través del “escaparate electrónico” de la tienda autorizada y que se protegiera el carácter de lujo de los productos. Asimismo, el nuevo acuerdo impedía que el distribuidor (selectivo) utilizara en el mercado *online* un nombre comercial distinto o una tercera empresa que no estuviera autorizada. Ante la negativa de *Akzente* a aceptar las modificaciones contractuales, *Coty* recurrió ante los tribunales alemanes para impedir que se distribuyeran los productos en la plataforma *online*. El tribunal de primera instancia consideró las peticiones de *Coty* injustificadas y la cláusula innecesaria y no susceptible de una exención individual. El tribunal de apelación elevó al TJUE una cuestión prejudicial y este último determinó que, a fin de preservar la “imagen de prestigio” o el “aura” de los productos de una empresa, no resulta contraria al Derecho de la Competencia la prohibición a un distribuidor autorizado de utilizar de un sitio web de terceros si se cumplen ciertas condiciones. Dicho test consistía en asegurarse de que (i) la naturaleza del producto requiere de una distribución selectiva para preservar su calidad y asegurar su uso correcto (diferencia clave con el asunto *Fabre*); (ii) los revendedores son elegidos en condiciones uniformes y abiertas y de forma no discriminatoria; y (iii) que los criterios sean apropiados para lograr tal objetivo y no excesivos (Arroyo, 2019).

También véase: DG Competition. (Abril de 2018). *EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?* <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>.



de internet que quedan excluidas del mecanismo de puerto seguro, *inter alia*: (i) instrucciones de rechazar los pagos con tarjetas de crédito extranjeras (*geoblocking*); (ii) requisitos para impedir el acceso de clientes situados en otros territorios al sitio web del comprador o desviarlos; (iii) la exigencia de que el comprador realice una determinada parte de las ventas totales *offline*; (iv) la exigencia de que las ventas sólo puedan realizarse en un espacio físico o con la presencia física de personal especializado<sup>31</sup> y las (v) restricciones del uso de canales enteros de publicidad *online*, como los motores de búsqueda<sup>32</sup> o los sitios web de comparación de precios, o las restricciones indirectas como la obligación del distribuidor de no utilizar las marcas comerciales o los nombres de las marcas de los proveedores para posicionarse en los motores de búsqueda. Sin embargo, la prohibición del uso de determinados canales de publicidad *online* no es, por lo general, una restricción especialmente grave.

A raíz de estos ejemplos provenientes de las Directrices, cabe apreciar que se protege la publicidad *online* con mayor énfasis que la venta *online*. Por ejemplo, impedir la venta *online* a través de un canal concreto de internet está exento por el RECAV (como la venta a través de *marketplace*), pero limitar la publicidad a través de un canal concreto (en herramientas de comparación de precios y en anuncios en motores de búsqueda) es una restricción especialmente grave (Uría Menéndez, 2022). Aunque el diferente estándar que se aplica a los marketplaces y a la publicidad en línea no está muy justificado, la razón es que para una empresa hacer publicidad es más importante que utilizar un *marketplace* siempre que se le permita utilizar su propio canal y no se le impida por tanto el uso efectivo de Internet. Tras las críticas recibidas en la consulta, la Comisión utiliza este test unificado del objetivo de impedir el uso efectivo de internet para tratar “por igual” a *marketplaces* y publicidad, pero en el artículo 4(e) del RECAV y en las Directrices deja claro que las restricciones relativas a la publicidad tienen

más probabilidades de tener el objeto de impedir el uso efectivo de internet que la restricciones al uso de *marketplaces*.

#### 5.1.1 Principio de equivalencia y *dual pricing*

Con carácter general, cabe afirmar que las nuevas Directrices suponen una relajación del llamado “principio de equivalencia” entre las ventas *offline* y *online* (lo que implica poder imponer criterios para las ventas *online* que no son globalmente equivalentes a los criterios impuestos para las ventas en tiendas físicas). Eso se debe a que los estudios realizados durante el proceso de evaluación demuestran que las ventas *online* se han convertido en un canal de comercialización que funciona bien y que ya no requiere de una protección especial en relación con los canales de venta *offline* (Comisión Europea, 2022).

Otra señal de esta relajación es la cabida del *dual pricing*<sup>33</sup> en la exención por categoría, independientemente del modelo de distribución, ya que antes de la reforma esa conducta se trataba como una restricción especialmente grave. Este cambio de criterio deriva de considerar que un precio distinto puede incentivar o recompensar un nivel apropiado de inversión<sup>34</sup> para cumplir con unos requisitos tales como disponer de una tienda física o establecer un *help-desk online*, *inter alia*. No obstante, se aplica la regla general conforme a la que las diferencias de precio no deben impedir *de facto* las ventas *online* (sin que sea posible limitar el número de productos que se pueden vender *online* o que, como consecuencia de la diferencia, la venta *online* no sea rentable) y tendrán que estar razonablemente relacionadas con las distintas inversiones requeridas y los costes incurridos por los distribuidores de cada canal.

En la práctica, se permite una implementación flexible del *dual pricing*; por ejemplo, mediante un método de ajuste de precios posterior que tome en

31 Véase el asunto C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, apartados 36 y 37.

32 Véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.40428 - Guess, apartados 118 a 126. En esta decisión la Comisión apreció que las restricciones de publicidad *online* adoptadas por Guess (concretamente, el reservarse el uso exclusivo para publicidad *online* de los nombres, también en forma de palabras clave, y logos de sus marcas) no tenían una finalidad legítima, sino que buscaban reducir la presión que ejercían los distribuidores autorizados independientes sobre las actividades de distribución de la propia Guess, para reducir así sus propios costes de publicidad. La autoridad europea llegó a la conclusión de que dichas restricciones no servían para proteger la imagen de marca, como alegaba Guess, y que tenían el efecto de mermar la capacidad de los distribuidores autorizados de ser localizados en internet y, *de facto*, la capacidad de lograr ventas. Por ello, dichas restricciones fueron consideradas como anticompetitivas y Guess fue sancionada.

33 El *dual pricing* o la fijación de precios duales implica cobrar al mismo distribuidor precios mayoristas diferentes (más altos) por los productos destinados a la venta *online* y los productos destinados a la venta *offline* (Comisión Europea, 2022).

34 Párrafo 209 de las Directrices.



consideración las ventas reales realizadas en uno y otro canal (si bien la normativa no exige a ninguna de las partes realizar cálculos complejos). Con este cambio, se abre la posibilidad de que, por un lado, el precio de suministro sea mayor si el distribuidor revende el producto *online* y de que, por otro lado, el proveedor pueda efectuar las comprobaciones apropiadas al respecto para asegurarse de que está facturando correctamente sus precios de suministro.

### **Obligaciones de paridad (o cláusulas de nación más favorecida)**

Las obligaciones de paridad (a veces denominadas cláusulas de nación más favorecida, acuerdos de paridad entre plataformas o “MFNs”, por sus siglas en inglés) son acuerdos entre compradores y vendedores, en virtud de los cuales una parte garantiza a la otra el mejor precio o las mejores condiciones para un producto o servicio (o, lo que es lo mismo, se prohíbe a la contraparte ofrecer a terceros precios inferiores o mejores condiciones comerciales).

En el párrafo 356 se define también las MFNs entre plataformas: [estas obligaciones] *exigen que un vendedor de bienes o servicios ofrezca los bienes o servicios a otra parte en condiciones que no sean menos favorables que las ofrecidas por el vendedor a otras partes o a través de otros canales determinados.*

Aunque este tipo de obligaciones se han utilizado durante mucho tiempo en todos los sectores sin plantear problemas significativos de competencia (en las anteriores directrices solo se recogían como posible mecanismo de fijación del precio de reventa), la imposición de dichas obligaciones por parte de los proveedores de servicios de intermediación *online* ha dado lugar en los últimos años a un amplio escrutinio. En particular, los casos de Booking.com y Expedia suscitaron el debate sobre qué tipo de MFN es admisible con arreglo a la legislación de la UE o a la nacional (Heinz, 2019)<sup>35</sup> (siendo este debate también existente en otras jurisdicciones, como Reino Unido, Japón y Australia).

Como resultado, el RECAV consideró adecuado modificar la exención que les es aplicable (artículo 5.1.(d)) y ahora se consideran restricciones excluidas de la exención aquellas obligaciones de

paridad que impidan al comprador de servicios de intermediación *online* ofrecer condiciones más favorables en el nivel minorista mediante cualquier otro servicio de intermediación *online* competidor (en adelante, “*retail wide MFNs*”). La exclusión abarca no solo precios, sino cualquier otro parámetro relevante del servicio (mayor inventario, disponibilidad o capacidad; por ejemplo, disponibilidad de plazas hoteleras). A falta de exención automática, habrá que evaluar las obligaciones individualmente con arreglo al artículo 101 del TFUE. Las Directrices incluyen nuevas orientaciones para evaluar las *retail wide MFNs* que no pueden acogerse a la salvaguarda del RECAV (sección 8.2.5.3 de las Directrices).

Sin embargo, el RECAV mantiene la exención para todas las demás obligaciones de paridad al por menor que afecten solo al canal directo de ventas a nivel minorista (en adelante, “*narrow MFNs*”) o incluso las amplias que no afecten a servicios de intermediación *online* o que afecten a servicios de intermediación *online*, pero no operen en el nivel minorista. Por ejemplo, las cláusulas que restringen a los proveedores la posibilidad de ofrecer mejores condiciones en sus propios sitios web siguen estando exentas. Sin embargo, las nuevas normas establecen que, cuando las plataformas *online* impongan *narrow MFNs* que abarquen una parte significativa de los usuarios (efectos acumulativos de redes paralelas de acuerdos similares) y no haya pruebas de eficiencias, es probable que se retire el beneficio de la exención por categorías (artículo 6 del RECAV, que rige la retirada de la exención por las autoridades en casos individuales).

La exclusión de las *retail wide MFNs* del RECAV significa que la Comisión considera que esas MFNs tienen más probabilidades de generar efectos anti-competitivos, como permitir la colusión entre los proveedores de servicios de intermediación *online* o impedir la entrada o la expansión de los (potenciales) proveedores competidores. Por otra parte, si bien las *narrow MFNs* eliminan la restricción competitiva de los canales de venta directa del comprador, la Comisión las considera proporcionadas, ya que tratan de resolver el problema del “parasitismo” (*free riding*), al que se enfrentan los proveedores de servicios de intermediación *online*, sin reducir la competencia entre dichos proveedores.

35 Cabe señalar que las cláusulas de paridad (tanto las *retail wide MFNs* u otras cláusulas amplias como las *narrow MFNs*) han sido prohibidas en algunos Estados miembros, concretamente en Austria y Bélgica.



## Restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta

### 5.1.2 Fijación de precios de reventa - excepciones

El RECAV y las Directrices continúan considerando la fijación de precios de reventa (*resale price maintenance* o “RPM”)<sup>36</sup>, incluyendo en ella la fijación de márgenes, como una restricción especialmente grave (artículo 4(a) del RECAV). De hecho, en 2018, la Comisión impuso una multa de 111 millones de euros a cuatro fabricantes de productos electrónicos por fijación de precios mínimos o precios fijos de reventa de sus productos a distribuidores online<sup>37</sup>. Esta decisión es especialmente relevante ya que la Comisión llevaba más de quince años sin sancionar este tipo de restricción vertical, pues la había dejado siempre en manos de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

Ahora bien, en las Directrices se amplían las orientaciones sobre el control de precios y se añaden dos excepciones:

- (i) Los precios mínimos anunciados (*minimum advertised prices* o “MAPs”). Con carácter general, los MAPs se calificarán como una fijación de precios de reventa indirecta siempre que se impida al distribuidor informar a sus clientes de sus propios descuentos adicionales a los del proveedor. No obstante, en las Directrices<sup>38</sup> se compatibiliza esta previsión con la prohibición de venta a pérdida de la normativa de competencia desleal. En efecto, se indica que los MAPs podrían estar justificados en virtud del artículo 101.3 del TFUE para evitar una situación recurrente en la que un distribuidor concreto utilice el producto de un proveedor como líder de pérdidas (*loss leader*)<sup>39</sup>.
- (ii) Los contratos de cumplimiento (*fulfilment contracts*). Según las Directrices<sup>40</sup>, la fijación

del precio de reventa en un acuerdo vertical entre un proveedor y un comprador que ejecuta un acuerdo previo entre el proveedor y un usuario final específico (por ejemplo, porque por motivos logísticos se ejecuta el contrato a través de un distribuidor independiente) no constituye una fijación de precios de reventa cuando el usuario final haya renunciado a su derecho a elegir la empresa que debe ejecutar el acuerdo. En tal caso, la fijación del precio de reventa no da lugar a una restricción en el sentido del artículo 101.1 del TFUE, puesto que el precio de reventa ya no está sujeto a la competencia en relación con el usuario final en cuestión. Sin embargo, es preciso señalar que la imposición de un precio de reventa por parte del proveedor puede equivaler a la RPM cuando la empresa que presta los servicios de cumplimiento es seleccionada por el cliente.

### 5.1.3 Contrato de agencia

Ahora bien, las Directrices siguen estableciendo que la fijación del precio de reventa no constituye una práctica prohibida cuando se acuerda en el seno de una relación agencia en el sentido definido por las propias Directrices (agente genuino). A este respecto, cabe destacar que las nuevas Directrices aclaran que los agentes que participan en la venta de bienes no pierden la condición de agente genuino por el hecho adquirir la propiedad de los bienes por un periodo (muy) breve de tiempo, a condición de que (i) la venta se realice por cuenta del principal y (ii) el agente no incurra en costes o riesgos vinculados con la transmisión de la propiedad (véase párrafo 33 de las Directrices). A raíz de lo anterior, resulta posible afirmar que determinados acuerdos, como los de fijación de precio de reventa, entre el proveedor y el agente seguirán estando excluidos.

Las nuevas Directrices facilitan más orientación para determinar la condición de agente genuino (y

36 La fijación del precio de reventa es la práctica por la que un fabricante impone un precio fijo o mínimo para la reventa de un producto de marca a los minoristas u otros distribuidores.

Collins (n.d.). Resale price maintenance definición y significado. <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/resale-price-maintenance>.

37 Véanse las Decisiones de la Comisión en los asuntos AT.40182 - Pioneer; AT.40469 - Denon & Marantz, AT.40181 - Philips, AT.40465 - Asus.

38 Párrafo 197(c) de las Directrices.

39 Un *loss leader* es un producto o servicio que se vende a pérdida para atraer a los clientes con el fin de que compren otros productos más caros.

Cambridge Dictionary (n.d.). Significado de Loss leader. <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/resale-price-maintenance>.

40 Párrafo 193 de las Directrices.

no entrar así en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE en lo que respecta a la reventa), en concreto en situaciones en las que el agente tiene una doble función (es decir, agente y distribuidor independiente para el mismo proveedor). Por ello, el agente que aspira a ser calificado de genuino debe demostrar que:

- (i) las actividades y los riesgos cubiertos por la relación de agencia pueden diferenciarse efectivamente de las actividades de la relación de distribución (párrafo 36 de las Directrices); y
- (ii) la relación de agencia (o de distribución) no es obligatoria para el agente, ni siquiera *de facto* (una situación que se daría cuando, por ejemplo, el vendedor amenazara con poner fin a la relación de distribución en caso de cesar la de agencia).

Si se cumplen estas condiciones, un agente con doble función puede considerarse un auténtico agente, siempre que además todos los costes directa o indirectamente relacionados con la relación de agencia estén pagados por el vendedor.

Cabe señalar que los acuerdos con operadores de plataformas *online* normalmente no cumplen las condiciones para ser considerados agentes genuinos (párrafo 46 de las Directrices).

## 6. Restricciones en los acuerdos de distribución

En el RECAV se reorganiza la lista de las restricciones *hardcore* con el fin de distinguir claramente entre los distintos sistemas de distribución y aumentar el alcance de las restricciones de ventas activas que no se consideran *hardcore* por aplicación de la excepción.

## Ventas activas y pasivas

El RECAV recoge una definición expresa de lo que son ventas activas<sup>41</sup> y pasivas<sup>42</sup> en relación con los acuerdos de distribución. De acuerdo con la regla general que se mantiene, la distinción se hará en función de quién tome la iniciativa en la comercialización del producto y la restricción de ventas pasivas sigue siendo más grave. Sin embargo, el nuevo RECAV (artículo 4(b), (c) y (d)) y las Directrices (sección 6.1.2.2) proporcionan más ejemplos y orientación, lo que ayuda a delimitar más precisamente ambas modalidades de venta. Uno de los objetivos perseguidos por la Comisión con esta aclaración es flexibilizar el diseño de las redes de distribución y permitir a los proveedores un mayor control sobre la comercialización de sus productos en entornos digitales.

Por una parte, se indica en qué casos el empleo de medios publicitarios debe considerarse venta activa: el factor determinante es la personalización de esa promoción, es decir si está dirigida específicamente a un determinado grupo de clientes o territorios. A modo de ejemplo (párrafos 213-214 de las Directrices), se considerará venta activa: (i) el uso de publicidad o servicios de comparación de precios o motores de búsqueda dirigidos a grupos de clientes específicos o a clientes de territorios determinados; (ii) el operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos; y (iii) el utilizar en un sitio web idiomas<sup>43</sup> de uso común en determinados territorios, siempre que tales idiomas sean diferentes a los empleados habitualmente en el territorio en el que esté establecido el proveedor (con excepción del inglés).

Por otra parte, se especifica que la participación en licitaciones públicas o privadas se considera una venta pasiva (independientemente del tipo de

41 Artículo 1, l) del RECAV: «ventas activas»: dirigirse activamente a clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa o a través de publicidad y promoción personalizadas, fuera de línea o en línea, por ejemplo mediante medios de comunicación impresos o digitales, incluidos los medios en línea, servicios de comparación de precios o publicidad en motores de búsqueda dirigidos a clientes de determinados territorios o grupos de clientes, operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos, u ofrecer en un sitio web lenguas de uso común en determinados territorios, cuando dichas lenguas sean diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que esté establecido el comprador» (Comisión Europea, 2022, p. 5).

42 Artículo 1, m) del RECAV: «ventas pasivas»: ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos, e incluyendo las ventas resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación.

43 Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2010, *Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH/ Oliver Heller*, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 93.



procedimiento de licitación pública), puesto que se entiende que la iniciativa proviene del órgano contratante. De ello se desprende que cualquier acuerdo que limite la capacidad de un distribuidor para participar en una licitación pública o para responder a una invitación en una licitación privada supone una restricción especialmente grave cuando tal licitación se desarrolle fuera de su ámbito de exclusiva.

### Distribución exclusiva

La reforma también modifica algunas condiciones de la distribución exclusiva<sup>44</sup>. En primer lugar, es novedosa la posibilidad de configurar una exclusiva compartida (artículo 4(b) del RECAV). Mientras que el antiguo RECAV únicamente aplicaba la exención automática al nombramiento de un distribuidor exclusivo por territorio o por grupo de clientes, ahora queda ampliada la cobertura del puerto seguro hasta un máximo de cinco distribuidores exclusivos por cada territorio o cada grupo de clientes.

La Comisión considera que este número permite mantener los incentivos para que los distribuidores inviertan en la promoción y venta de los productos del proveedor, al tiempo que ofrece suficiente flexibilidad al proveedor para organizar su sistema de distribución. Sin embargo, por encima de este máximo, existiría el riesgo de que los distribuidores exclusivos se aprovecharan de las inversiones y esfuerzos de los demás (*free riding*), eliminando así el incentivo de cada distribuidor para invertir y, por tanto, la eficacia que justifica permitir estas restricciones en la distribución exclusiva.

En segundo lugar, el RECAV permite proteger un territorio o grupo de clientes que haya sido reservado por el proveedor o atribuido en exclusiva a un distribuidor de las ventas activas no solo de otros distribuidores (como hasta ahora), sino que también de sus clientes directos. Por lo tanto, un proveedor puede legítimamente obligar a sus compradores a repercutir la obligación en sus clientes cuando el cliente del comprador haya celebrado

un acuerdo de distribución con el proveedor o con una parte a la que el proveedor haya otorgado derechos de distribución. Así, se pueden proteger los incentivos a la inversión de los distribuidores. Quedan, por lo tanto, incorporadas a la exención las restricciones *pass on*<sup>45</sup> o “en cascada” en la distribución exclusiva y también en la distribución selectiva.

### Distribución selectiva

El nuevo RECAV concede una mayor protección a los sistemas de distribución selectiva frente a las ventas de distribuidores no autorizados situados en el territorio de la distribución selectiva (artículo 4(c)(i))<sup>46</sup>. En efecto, las nuevas Directrices explican que un sistema de distribución selectiva puede beneficiarse de la exención por categorías independientemente de la naturaleza del producto en cuestión, de la naturaleza de los criterios de selección y de la publicidad de estos últimos.

Concretamente, el RECAV permite a los proveedores restringir a los compradores y a sus clientes las ventas activas o pasivas a distribuidores no autorizados situados en cualquier territorio en el que el proveedor opere un sistema de distribución selectiva. A diferencia de lo que ocurría con el antiguo RECAV, esta habilitación es aplicable con independencia de que esos compradores o clientes estén situados dentro o fuera del territorio en el que se ha establecido la distribución selectiva. Sin embargo, las restricciones al suministro cruzado entre miembros del sistema de distribución selectiva, así como las restricciones territoriales y de clientes en la zona donde se ha establecido la distribución selectiva, siguen siendo restricciones especialmente graves.

Además, cabe señalar que la combinación de modelos (exclusiva y selectiva) en un mismo territorio o para un mismo grupo de clientes (por ejemplo, la configuración de un sistema exclusivo a nivel mayorista y un sistema selectivo a nivel minorista) continúa siendo una restricción especialmente grave de la competencia.

44 Artículo 1, g) del RECAV: «sistema de distribución exclusiva»: un sistema de distribución en el que el proveedor se reserva un territorio o grupo de clientes exclusivamente a sí mismo o a un máximo de cinco compradores, y restringe la venta activa en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes para el resto de sus compradores.

45 La capacidad de transmitir/repercutir la restricción de ventas activas no se extiende, aparentemente, a los clientes del distribuidor que no hayan sido designados formalmente como revendedores. No parece haber una razón clara para este cambio.

46 Artículo 1, g) del RECAV: «sistema de distribución selectiva»: un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema.

## Distribución dual e intercambio de información

En los últimos años, la distribución dual ha sido objeto de un significativo incremento desencadenado por el aumento de las ventas *online* (y el uso de *marketplaces*) y, en particular, de las ventas que los proveedores pueden realizar a través de sus propias tiendas *online*<sup>47</sup>.

Esta situación particular tiene lugar cuando un proveedor vende bienes o servicios a distribuidores independientes y, paralelamente, opera al mismo nivel que los distribuidores independientes (es decir, sus clientes), compitiendo así con estos últimos (por ejemplo, un proveedor vende sus productos a minoristas independientes, pero también opera sus propias tiendas minoristas físicas u *online*). Este cambio de dinámica no ha pasado desapercibido a la Comisión, que ha reformado también este extremo. La Comisión sigue adoptando la postura de que el impacto positivo de la distribución dual en la competencia generalmente superará cualquier posible impacto negativo en la relación competitiva entre el fabricante y el distribuidor a nivel minorista.

La normativa anterior excluía de la exención por categorías los acuerdos verticales entre competidores, pero establecía explícitamente que la distribución dual quedaba cubierta por el puerto seguro para los acuerdos verticales, recibiendo así el mismo tratamiento que éstos. En la normativa actual se pueden apreciar ampliaciones y reducciones de la cobertura de la salvaguardia regulatoria (aunque el RECAV no se aplica a acuerdos entre empresas competidoras fuera de la distribución dual).

Por un lado, la exención ahora abarca también a mayoristas e importadores (además de fabricantes), siempre que el distribuidor no compita con el proveedor aguas arriba respecto del nivel en el que compra los bienes o servicios. Por otro lado, hay dos limitaciones significativas. La primera excluye los acuerdos verticales de naturaleza híbrida (artículo 2(6) del RECAV y sección 4.4.4. de las Directrices), es decir, los acuerdos relativos a la prestación de servicios de intermediación *online* (“OIS” por sus siglas en inglés) en los que el proveedor de OIS también vende bienes o servicios en competencia con las empresas a las que el proveedor de OIS ha proporcionado bienes o servicios. La se-

gunda trata de un tema que dio lugar a mucho debate durante el proceso de reforma: el alcance de la exención en intercambios de información entre el proveedor y sus distribuidores. El artículo 2(5) del RECAV estableció finalmente que un intercambio de información en distribución dual está cubierto por la salvaguardia regulatoria sólo cuando (i) está directamente relacionado con la aplicación del acuerdo vertical y (ii) sea necesario para generar una mejora en la producción o distribución de los bienes o servicios cubiertos por el acuerdo (criterios cumulativos). Cuando no se den esas circunstancias, el intercambio de información deberá ser estudiado individualmente para determinar si es compatible con el artículo 101 del TFUE.

En relación con los intercambios de información, también merece la pena destacar que las Directrices recogen una lista “blanca” (*white list*<sup>48</sup>) de carácter no cerrado de información que puede intercambiarse en tanto suele beneficiarse de la exención por categorías. Entre las materias que pueden intercambiarse libremente entre proveedor y distribuidores cabe señalar: información técnica, logística, sobre *marketing* y promociones; *feedback* de clientes; precios de reventa de sus distribuidores; porcentaje de ventas realizadas por el distribuidor de los productos suministrados por el proveedor sobre el total de ventas del distribuidor de ese tipo de productos (incluyendo los comprados a otros proveedores distintos) e información agregada, por parte del distribuidor al proveedor, sobre el rendimiento de otros distribuidores de su red (actividades de *marketing* y ventas).

Por el contrario, las Directrices también incluyen una lista “negra” de información (*black list*<sup>49</sup>) que, salvo ciertas excepciones, no es susceptible de exención. Hay tres categorías principales: precios de reventa futuros; información de ventas a clientes individuales (con excepciones); e información intercambiada sobre los productos de marca blanca entre una cadena de supermercados y los fabricantes que producen bajo marca propia productos competidores.

Otro aspecto que merece la pena destacar de la nueva redacción de las Directrices (párrafo 103 de las Directrices) es que se recogen orientaciones sobre medidas de aseguramiento que minimicen el riesgo de infracción, tales como agregar la información

47 Una situación de este tipo también se puede encontrar en el ámbito de franquicias, ya que el franquiciador suele disponer de establecimientos propios que compiten con los de los franquiciados.

48 Párrafo 99 de las Directrices.

49 Párrafo 100 de las Directrices.



compartida, aplicar un retraso en la comunicación de información o implantar medidas técnicas o administrativas con el fin de garantizar que la información comunicada solo sea accesible al personal responsable de cada parte al acuerdo (barreras de información o *firewalls*).

## 7. Otras cuestiones de interés

### Plataformas digitales (o proveedores de servicios de intermediación online)

Un tema transversal de la reforma es el tratamiento de las plataformas digitales en el marco de esta normativa, dadas sus especificidades (dualidad de funciones) y su creciente importancia en la economía y, en particular, en los acuerdos de distribución. A diferencia del antiguo RECAV, el nuevo reglamento cubre específicamente los OIS. El artículo 1, apartado 1, letra (d) del nuevo RECAV aclara que los proveedores de OIS pueden considerarse proveedores a efectos de la aplicación de esta norma. El artículo 1, apartado 1, letra (e) del nuevo RECAV define los servicios de intermediación *online* como servicios de la sociedad de la información prestados a otras empresas o a consumidores. Además, las Directrices (sección 4.3) proporcionan orientación sobre cómo se aplica el reglamento a los acuerdos verticales con OIS. Cabe destacar que los servicios de intermediación *online* se consideran un bien o servicio a efectos del reglamento y también los bienes y servicios intermediados se consideran bienes y servicios, por lo que el OIS por ejemplo no puede fijar el precio de venta de los bienes y servicios intermediados.

Como se ha explicado anteriormente, las plataformas digitales reciben a veces un trato diferente a otras empresas. Por ejemplo, los OIS no suelen considerarse auténticos agentes, las plataformas híbridas no se benefician de la exención de la distribución dual, las *retail wide MFNs* se dirigen específicamente a los proveedores de OIS y las *narrow MFNs* impuestas por los OIS tienen más probabilidades de ser anticompetitivas. Además, el umbral de cuota de mercado establecido en el artículo 3.1 del RECAV debe calcularse sobre el mercado de suministro (y compra) de OIS y no sobre el mer-

cado o mercados de los bienes y servicios intermediados, por lo que es menos probable que las grandes plataformas de OIS se beneficien del RECAV. Además, la fijación por los OIS del precio de venta de los bienes o servicios intercambiados en su plataforma sería una restricción especialmente grave.

Cabe señalar que los cambios son coherentes con la recientemente adoptada Ley, o más bien el Reglamento, de Mercados Digitales (Parlamento Europeo, 2022), que se centra en los *gatekeepers* digitales (empresas que gozan de poder de mercado y, por lo tanto, no se benefician del puerto seguro).

### Cláusulas de no competencia

En línea con el artículo 5 del RECAV, las Directrices introducen la exención de las cláusulas de no competencia con renovación tácita<sup>50</sup> bajo ciertas circunstancias. Antes de la reforma, las renovaciones tácitas se equiparaban a una duración indefinida y, por ello, quedaban excluidas de la salvaguardia regulatoria. Ahora, las cláusulas de no competencia cuya duración no exceda cinco años, pero tácitamente renovables más allá de ese periodo, podrán también beneficiarse de la exención a condición de que el distribuidor pueda o bien renegociar, o bien terminar efectivamente la obligación de no competencia a partir del quinto año, lo que permite al comprador cambiar efectivamente de proveedor tras la expiración de ese periodo (párrafo 248 de las Directrices). Para el ejercicio efectivo de esta facultad es preciso que el distribuidor no tenga que incurrir en costes no razonables y el periodo de preaviso que tenga que respetar sea razonable.

Por otra parte, las obligaciones de no competencia impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva con respecto a la reventa de productos específicos de proveedores competidores siguen sin beneficiarse de la exención.

### Objetivos de sostenibilidad

Es interesante señalar que las nuevas normas también enfatizan la importancia de incluir los objetivos de desarrollo sostenible<sup>51</sup> en la valoración de la compatibilidad de un acuerdo con las normas de

50 Artículo 1, f) del RECAV: «cláusula de no competencia»: 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 % 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 o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente.

51 El desarrollo sostenible es un principio fundamental del Tratado y un objetivo prioritario para las políticas de la Unión (artículo 3, apartado 3 del TUE). Véase también párrafo 8 de las Directrices: *El concepto de sostenibilidad incluye, entre otras cosas, la lucha contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero), la limitación del uso de los recursos naturales, la reducción de residuos y la promoción del bienestar animal.*

competencia. La justificación legal de ese planteamiento sostenible brota del considerar que la consecución de dichos objetivos puede constituir una eficiencia al amparo del artículo 101.3 del TFUE. Algunas eficiencias explícitamente reconocidas por las Directrices (párrafo 144) son el uso de criterios relacionados con la sostenibilidad en un sistema de distribución selectiva y la imposición de obligaciones de exclusividad para incentivar las inversiones en plantas de energía verde.

Por su relevancia, también cabe señalar que las Directrices contemplan la posibilidad de admitir la legalidad de las cláusulas de marca única<sup>52</sup> de más de cinco años de duración, cuando esas restricciones ayuden a la consecución de objetivos de desarrollo sostenible. También, existe esta justificación en el ámbito de las cláusulas de no competencia (párrafo 316 de las Directrices).

## 8. Conclusiones

Aunque esta nueva reforma sólo resulte de aplicación a la Unión Europea, aborda una serie de cuestiones, especialmente las digitales, que ocupan un lugar destacado en la agenda de muchas autoridades de competencia y gobiernos de todo el mundo en 2022. En este momento, la reforma refleja y pone en práctica los hallazgos del estudio más extenso sobre cómo la nueva economía de plataformas ha afectado al comercio, todo desde la perspectiva de los acuerdos verticales.

Si bien el sistema de exención por categorías puede ser específico para algunas jurisdicciones, los nuevos principios y orientaciones establecidos en el RECAV y, especialmente, en sus Directrices son generalmente aplicables a la mayoría de las jurisdicciones de fuera de la UE. En opinión de los autores, las Directrices son una herramienta valiosa incluso para las empresas de otros continentes que buscan anticiparse a cualquier reforma o cambio en el análisis competitivo de dichos acuerdos en sus jurisdicciones, especialmente en lo que concierne al tratamiento de las plataformas y *marketplaces online*.

Como es obvio, ninguna jurisdicción seguirá ciegamente el enfoque europeo (y tampoco debería hacerlo), pero esta legislación ofrece un punto de partida útil. Por ejemplo, la exención por categorías para acuerdos verticales del Reino Unido,

que también entró en vigor el 1 de junio de 2022, presenta algunas divergencias con el RECAV de la UE. También es cierto que el nuevo RECAV dista mucho de ser impecable y plantea nuevas cuestiones (como la forma de fijar los precios en el contexto de la doble tarificación a nivel mayorista, la evaluación de las *retail wide y narrow MFNs* o lo que constituye una restricción con el objeto de impedir el uso efectivo de internet) que deberán abordar la Comisión, las autoridades nacionales y, lo que es más importante, los Tribunales europeos.

También será interesante ver cómo las empresas adaptarán sus contratos durante el periodo de transición y, en particular, cómo aprovecharán la mayor flexibilidad en torno a ciertas prácticas relacionadas con las restricciones de las ventas por internet, el diseño de sistemas de distribución selectiva o las restricciones de las ventas activas (exclusividad compartida) o, por el contrario, cómo se adaptarán al enfoque más estricto para la doble distribución o las MFNs.

Sin duda alguna, esta nueva reforma, que ha sido fruto de un largo estudio y de intercambios de opiniones, implicará una ulterior intensa labor de reflexión, investigación y adaptación por parte de los operadores del Derecho de la Competencia, tanto dentro como fuera de la UE, durante los próximos doce años.

## Referencias bibliográficas

- Arroyo Aparicio, A. (2019). Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho Europeo de la Competencia (TJUE C-230/16, Asunto Coty). *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 663-670. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4637>.
- Comisión Europea. (2022). *Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines*. [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory\\_note\\_VBER\\_and\\_Guidelines\\_2022.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf).
- Escudero Puente, A. & Tuit, M. (2022). *Nuevas normas de competencia aplicables a los acuerdos de distribución*. <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/nuevas-normas-de-competencia-aplicables-a-los-acuerdos-de-distribucion/>.

52 Cláusulas por las que el cliente se compromete a comprar la mayoría de sus necesidades de un determinado producto sólo a un determinado proveedor. (Escudero y Tuit, 2022).



- Heinz, S. (5 de junio de 2019). *Booking.com's „narrow“ MFN clauses now also permissible in Germany, Court of Appeals rules*. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/06/05/booking-coms-narrow-mfn-clauses-now-also-permissible-in-germany-court-of-appeals-rules/>.
- Massaguer Fuentes, J. M.; Navarro Varona, E.; Folguera Crespo, J.; Magide Herrero, M.; Gutiérrez Hernández, A.; Vidal Martínez, P.; Capilla Casco, A.; Guerra Fernández, A.; Sarmiento Ramírez-Escudero, D.; Vélez Fraga, M.; Encinas Rodríguez, A. (2020). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. (6ª ed.). Aranzadi.
- Mata Sierra, M.T. (1994). *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*(1ª. ed.). Tecnos.
- Parlamento Europeo. (24 de marzo de 2022). *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users*. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>.
- Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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 (11 de mayo de 2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R0720>.
- Van Bael & Bellis (2021). *Competition Law of the European Union*. (6ª ed.). Kluwer Law International. .
- UK Competition and Markets Authority (20 de Agosto de 2015). *Hotel online booking: monitoring of pricing practices of online travel agents*. <https://www.gov.uk/cma-cases/online-travel-agents-monitoring-of-pricing-practices>.