

“Distribución, Cláusulas Negras e Internet”.

José Antonio Varela González. Presidente del TGDC.

**Artículo publicado el domingo, 7 de febrero de 2010 en el suplemento
Mercados de “La Voz de Galicia”**

Muchas empresas fabricantes recurren a distribuidores independientes para acercar sus productos a los consumidores. Al recurrir a distribuidores independientes, los fabricantes pierden control sobre las condiciones en que sus productos se ofrecen en los puntos de venta. Para controlar las condiciones de acceso al mercado, los fabricantes establecen acuerdos con los distribuidores. Estos acuerdos se integran en la categoría de acuerdos verticales.

Algunos acuerdos verticales incorporan limitaciones a la competencia. Por ejemplo, en el sistema de distribución selectiva se excluye a los distribuidores que no reúnen los requisitos fijados por el fabricante y, además, se prohíbe a estos distribuidores que vendan a los que no pertenecen a la red. Por tanto, tales acuerdos están afectados por la normativa sobre defensa de la competencia.

El apartado 1 del artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE) prohíbe los acuerdos que restringen o falsean la competencia de manera significativa, mientras que su apartado 3 excluye de esta prohibición a los acuerdos cuyos beneficios compensen sus efectos anticompetitivos.

Del mismo modo, en España, el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, falsear o restringir la competencia en la totalidad o parte del mercado nacional.

El artículo anterior tiene diversas excepciones. Así, el apartado 3 indica que la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos,... que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico y económico...; el apartado 4 muestra que la prohibición del punto 1 no se aplicará a los acuerdos, ..., que cumplan las disposiciones establecidas en los reglamentos comunitarios relativos a la aplicación del punto 3 del artículo 81 del Tratado CE...; el apartado 5 dice que el Gobierno podrá

declarar mediante Real Decreto la aplicación del punto 3 de este artículo a determinadas conductas, luego ...; y el artículo 4 LDC revela que las prohibiciones del capítulo I no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

El apartado 4 del artículo 1 LDC nos lleva directamente al Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (REC), que fue complementado con unas Directrices (Guidelines). En la actualidad, existe un proyecto de modificación de este Reglamento (y las Directrices asociadas) por uno nuevo. El período de presentación de observaciones al mismo finalizó el 28 de septiembre de 2009.

El REC vigente es importante (y, consecuentemente, su modificación) porque autoriza o da una exención «en bloque o por categoría» a todos los acuerdos entre fabricantes y distribuidores que cumplan las condiciones estándar que establece.

Las condiciones que hacen que un acuerdo sea “seguro” se recogen en los artículos 3, 4 y 5 del REC. En concreto el artículo 4 hace referencia a las cláusulas consideradas especialmente graves (cláusulas “negras” o “hardcore”). En el ámbito concreto de las relaciones fabricante-distribuidor, las especialmente graves son las siguientes: (1) cláusulas que permiten al fabricante establecer, directa o indirectamente, precios de reventa mínimos y fijos al distribuidor; (2) cláusulas que permiten al fabricante fijar el territorio en el que el distribuidor puede vender los productos o delimitar los clientes a los que puede vender; (3) cláusulas que prohíben a los distribuidores seleccionados de un sistema de distribución selectiva, vender a cualquier usuario final; y (4) cláusulas que prohíben los suministros cruzados entre distribuidores integrados en un sistema de distribución selectiva, incluso entre los que operan en distintos niveles en el canal de distribución.

Sin embargo, también en este caso existen excepciones en relación a las cláusulas negras. Por ejemplo, frente al principio general de que los distribuidores deben ser libres de decidir dónde y a quién vender, se permite la distribución exclusiva y, en este sistema, que el fabricante establezca determinadas restricciones a la venta fuera del territorio asignado al distribuidor, si bien tales limitaciones sólo se pueden referir a las ventas activas del distribuidor, no a las pasivas.

Y ¿qué plantea el proyecto de nuevo Reglamento (proyecto REC)? En la comunicación relativa a la apertura del período de consulta pública, la comisaria N. Kroes hizo referencia a dos fenómenos de particular relevancia a la hora de introducir cambios en el vigente REC: (1) la presencia creciente de empresas distribuidoras con gran poder de mercado y (2) el desarrollo de las ventas por Internet. De estos dos aspectos, el segundo tiene especial relevancia respecto de las cláusulas que estamos considerando.

El tratamiento de las ventas por Internet es objeto de un intenso debate. De un lado están los fabricantes con marcas de prestigio que explotan redes de distribución (principalmente selectiva) y, en el otro, los operadores de plataformas comerciales online. Mientras que los primeros son partidarios, en general, de mantener la legislación existente o de introducir modificaciones que les permitan prohibir a sus distribuidores el uso de Internet; los segundos consideran que el nuevo REC debería derogar los contenidos del vigente REC que proporcionan cobertura a la limitación del uso de Internet.

Uno de los aspectos esenciales del debate gira en torno a la naturaleza de las ventas en Internet; es decir, si son: (1) “ventas pasivas” y, por lo tanto, no susceptibles de prohibición o limitación por el fabricante o (2) “ventas activas”, en cuyo caso su prohibición o limitación por el fabricante podría autorizarse. En el proyecto de Directrices, la Comisión considera las ventas a través de Internet principalmente como ventas pasivas.

El proyecto de Directrices contiene un catálogo no exhaustivo de restricciones a las ventas pasivas que la Comisión considera “especialmente graves”, pues impiden o limitan significativamente el uso de Internet por los distribuidores. Por ejemplo, un fabricante no podría exigir a un distribuidor exclusivo que impidiera a los consumidores situados en otro territorio exclusivo visitar su página web ni demandarle que sitúe en su página web una redirección automática de los consumidores a las páginas web del fabricante o de otros distribuidores exclusivos.

Otros aspectos debatidos en el proyecto son, por ejemplo, la posibilidad de que el fabricante requiera unos niveles mínimos de calidad a los distribuidores que deseen utilizar Internet como canal de distribución o que exija la explotación previa de una tienda física antes de que el distribuidor pueda utilizar Internet como canal de distribución.

Es importante que la Comisión acierte en las modificaciones a incorporar en el proyecto de REC, en particular en el ámbito de distribución mediante Internet, dada la importancia que este canal puede tener en el futuro.

Un punto final que debería quedar claro. Si un fabricante no se puede beneficiar de la exención de categoría en su acuerdo de distribución, ello no implica que el acuerdo sea ilícito y que la red de distribución no se pueda implantar. Cuando un acuerdo vertical no se puede beneficiar automáticamente de la exención por categoría, el fabricante deberá realizar una auto-evaluación del mismo para determinar si sus efectos positivos sobre la eficiencia en el mercado compensan sus efectos negativos sobre la competencia. Sólo cuando el balance es positivo, el acuerdo podrá implantarse con garantías de no resultar finalmente sancionado por las autoridades de defensa de la competencia.