

ECIJA

Restricciones verticales, plataformas digitales y venta online

Derecho de la Competencia en la Economía Digital
TechCompetition Newsletter

Abril 2021

www.ecija.com

Índice



01

Restricciones actuales

Análisis de respuesta en la UE en restricciones existentes

03

El futuro Reglamento de Verticales

El actual Reglamento de Verticales expira el próximo 31 de mayo de 2022

02

Nuevas restricciones

Limitaciones a las ventas a través de *marketplaces*, las que mayor controversia han generado

TechCompetition: Restricciones verticales, plataformas digitales y venta online

El Derecho de la Competencia se aplica a las restricciones que proveedores y distribuidores acuerdan entre sí respecto de la reventa de productos o servicios (las llamadas “restricciones verticales”). La distribución en línea ha planteado nuevas cuestiones en este ámbito debido, esencialmente, a:

- El desarrollo de nuevos modelos de distribución
- La aparición de nuevos intermediarios como las **plataformas digitales**
- El surgimiento de nuevas **restricciones verticales** propias de la distribución online

Esta *newsletter* repasa los principales pronunciamientos sobre restricciones verticales online, diferenciando entre:

1. **Restricciones verticales que ya existían** en el comercio tradicional y que se han extendido también al comercio online (“restricciones existentes”); y
2. **Restricciones verticales surgidas** por la aparición de las plataformas digitales y el crecimiento de la venta online (“nuevas restricciones”).

La adopción de un nuevo Reglamento de Exención por Categorías para los acuerdos verticales es una oportunidad excelente para que el legislador europeo aclare dudas que eviten las respuestas dispares dentro de la Unión Europea.

1. Restricciones existentes

La mayoría de las restricciones existentes ya tienen respuesta en el actual **Reglamento de Verticales**¹. Este es el caso de la **fijación de precios de reventa** y las **restricciones territoriales**:

- La Comisión sancionó en 2018 a **Asus**² y **Philips**³, entre otras, por presionar a distribuidores para que respetaran **los precios fijados** por los fabricantes en la venta online de sus productos.

Las autoridades nacionales de competencia también han impuesto sanciones por fijación de precios de Reventa online. En 2016, la autoridad alemana multó a la compañía **Lego**⁴. En noviembre de 2021, la **CNMC** anunciaba la incoación de un expediente sancionador contra **ISDIN**⁵ por una supuesta fijación de precios de reventa a sus distribuidores en el canal online.

¹ 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.

² Decisión de la Comisión del 26/09/2018 en el asunto *Asus* (AT.40465).

³ Decisión de la Comisión del 26/09/2018 en el asunto *Philips* (AT.40181).

⁴ Véase nota de prensa del *Bundeskartellamt* del 12/01/2016.

⁵ Véase nota de prensa de la CNMC del 02/11/2020.



- En 2019, la Comisión Europea, multó a Nike⁶ y a Sanrio⁷ por **restringir** a sus licenciatarios **las ventas transfronterizas** activas y pasivas de sus productos de **merchandising** (ropa de equipos de fútbol de Nike y productos de personajes infantiles, en el de Sanrio). Y en 2020, la Comisión sancionó a varias empresas del grupo NBCUniversal⁸ por la misma conducta. En todos los casos, las prácticas sancionadas abarcaban tanto las ventas online como en tienda física.

No obstante, hay algunas restricciones existentes para las que no ha existido una solución consistente en la Unión Europea. Al menos, no en un primer momento. Es el caso de las cláusulas de Nación Más Favorecida ("**cláusulas NMF**"), en las que un proveedor se compromete a ofrecer a una plataforma las mejores condiciones para la comercialización *online* de sus productos o servicios⁹.

En 2017, la Comisión Europea aceptó los compromisos de Amazon¹⁰ para no aplicar o eliminar durante 5 años las cláusulas NMF de los contratos firmados con las editoriales de **e-books**. Según la Comisión, estas cláusulas, podían obstaculizar la capacidad de otras plataformas de e-books de competir con Amazon.

Las autoridades nacionales de competencia se han pronunciado en varias ocasiones sobre el empleo de este tipo de cláusulas en las plataformas de contratación de hoteles.

Para las autoridades como la italiana, sueca o francesa, por ejemplo, las **cláusulas NMF estrechas** – aquellas que prohíben ofrecer mejores condiciones en la web del hotel – debían **permitirse**, mientras que las **cláusulas NMF amplias** – aquellas que impiden al hotel ofrecer mejores condiciones en cualquier otro canal (tanto la web de la cadena hotelera como la de otras plataformas) - debían **prohibirse**.

Por el contrario, la autoridad alemana de competencia, en el caso *Booking (2015)*¹¹, llegó a una conclusión diferente al entender que las cláusulas NMF siempre suponían una restricción de la competencia. No obstante, el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf¹² estimó el recurso contra la decisión de la autoridad alemana y **permitió las cláusulas NMF estrechas**, alegando que evitaban el parasitismo; es decir, que los clientes utilizaran las facilidades de comparación de la plataforma para posteriormente contratar el servicio directamente con el establecimiento.

2. Nuevas restricciones

Los problemas han sido mayores a la hora de abordar las nuevas restricciones. Las limitaciones a las ventas a través de **markeplaces** son las que mayor controversia han generado.

En 2011, el TJUE se pronunció en el caso *Pierre Fabre* sobre la **prohibición de venta online en un sistema de distribución selectiva**. Concluyó que, a pesar de que la elección de

⁶ Decisión de la Comisión del 25/03/2019 en el asunto *Ancillary Sports Merchandise* (AT.40436).

⁷ Decisión de la Comisión del 09/07/2019 en el asunto *Character merchandise* (AT.40432).

⁸ Decisión de la Comisión del 30/01/2020 en el asunto *Film merchandise* (AT.40433).

⁹ Decisión de la Comisión del 04/05/2017 en el asunto *E-book MFNs and related matters (Amazon)* (AT.40153).

¹⁰ Decisión de la Comisión del 04/05/2017 en el asunto *E-book MFNs and related matters (Amazon)* (AT.40153).

¹¹ Véase nota de prensa del *Bundeskartellamt* del 23/12/2015.

¹² Véase la Sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf del 04/06/2019 (VI-Kart 2/16 (V) – *booking*).



distribuidores estaba basada en criterios cualitativos aplicados uniformemente, la restricción de las ventas por internet no podía justificarse por la necesidad de prestar una **atención personalizada** o de proteger la **imagen de prestigio de la marca**. La doctrina *Pierre Fabre* fue aplicada por las autoridades nacionales de competencia en diferentes casos, como el asunto **Bang & Olufsen**¹³ o los asuntos **Adidas**¹⁴.

Sin embargo, el TJUE matizó su posición en el **caso Coty** (2017):

- (i) Es posible prohibir a los distribuidores autorizados vender a través de plataformas digitales **de terceros** con el objetivo de **preservar la imagen de lujo del producto** en el marco de un sistema de distribución selectiva. Si el sistema de distribución selectiva cumple los requisitos establecidos por la jurisprudencia, tanto el sistema como la prohibición de venta a través de la plataforma de terceros, ni siquiera entran dentro de la prohibición de acuerdo restrictivos del artículo 101 TFUE.
- (ii) La prohibición de venta a través de plataformas de terceros, a diferencia de la prohibición absoluta de ventas online (del asunto *Pierre Fabre*) **no es una restricción especialmente grave de la competencia**. La razón, dice el TJUE, es que aquella sólo limita un modo de venta (a través de plataformas de terceros) pero no impide las ventas a través de las páginas de los propios distribuidores. La consecuencia es fabulosa: los acuerdos de distribución que contienen estas prohibiciones de venta a través de plataformas de terceros pueden seguir beneficiándose de la exención del Reglamento de Verticales y, por tanto, estar permitidas. Este razonamiento no se limita a la distribución selectiva o a los productos de lujo, sino que se extiende a cualquier acuerdo que cumpla con los requisitos del Reglamento de Verticales: (i) que la cuota de mercado de las partes fuese igual o inferior al 30%; (ii) que no se incluyan restricciones especialmente graves de la competencia (como la fijación de precios de reventa, la prohibición absoluta de ventas por Internet al estilo *Pierre Fabre* o las restricciones territoriales)¹⁵.

A pesar de las aclaraciones de *Coty*, algunos Estados miembros han llegado a conclusiones interpretaciones diferentes. Así, el Tribunal Federal alemán concluyó en el caso **Asics**¹⁶ que la posibilidad de prohibir a los distribuidores autorizados vender a través de plataformas de terceros solo aplicaba a los productos de lujo, mientras que el Tribunal del Distrito de Ámsterdam aplicó un criterio más permisivo en el caso **Nike**¹⁷, al aceptar que este tipo de restricción pudiera aplicarse también a otros productos de alta calidad.

En los últimos años también han proliferado las restricciones al uso de **páginas web de comparación de precios**. Estas permiten a los consumidores reducir costes de búsqueda y poder comparar precios de manera sencilla. Para los distribuidores, son una gran herramienta de ventas ya que el cliente es frecuentemente redirigido **a la propia página web del distribuidor**. Pero no gustan a aquellos fabricantes que prefieren diferenciar su producto a través de la calidad o la imagen de lujo, no del precio.

¹³ Véase nota de prensa de la *Autorité de la Concurrence* del 12/12/2012.

¹⁴ Tribunal Federal alemán, Decisión 12/12/2017, *asics* KVZ 41/17.

¹⁵ EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgement? – Competition policy brief. Comisión Europea – Abril 2018.

¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal Federal alemán del 12/12/2017 (Bundesgerichtshof Beschluss KVZ 41/17.).

¹⁷ Véase la sentencia del Tribunal del Distrito de Ámsterdam del 04/10/2017 (C/13/615474 / HA ZA 16-959)



Sobre la prohibición al distribuidor del uso de estas páginas de comparación de precios, se pronunció en 2018¹⁸. Para el Tribunal Federal alemán, la prohibición (junto con otras) limitaba significativamente la posibilidad de que los distribuidores vendieran online. Por lo tanto, suponía, en la práctica, una prohibición absoluta de las ventas online (no una limitación de la forma de comercialización, como la prohibición de ventas en *marketplaces* en el asunto *Coty*). La consecuencia es que la cláusula estaba prohibida y no podía beneficiarse de una exención.

También son nuevas las restricciones a la **publicidad online**. En el Caso *Guess*¹⁹, la marca de ropa prohibía a sus distribuidores autorizados que pujaran por el nombre de la marca en *Google Ads*. La Comisión Europea concluyó que la restricción no estaba justificada, como alegaba *Guess*, por la necesidad de proteger la **imagen de marca**, y que realmente la razón era reducir la presión competitiva de sus distribuidores y reducir los costes publicitarios, por lo que debía considerarse prohibida.

Por último, las restricciones de **geo-bloqueo**, suponen, entre otras, impedir al cliente de otro territorio el **acceso a la página web**, el **redireccionamiento automático**, el **rechazo del pago**, etc. La Comisión ha tratado con un caso de restricciones de este tipo este mismo año. Sancionó a varias empresas de videojuegos (*Bandai Namco*²⁰ o *Focus Home*²¹), por acordar con la propietaria de la plataforma *Steam*, que se rechazara la activación de las claves para poder jugar a videojuegos a los clientes que no pertenecieran a los territorios seleccionados.

3. El futuro Reglamento de Verticales

El actual **Reglamento de Verticales** expira el próximo **31 de mayo de 2022**. La Unión Europea dispone de una oportunidad única para adaptar la normativa sobre restricciones verticales a los retos que plantea el comercio online.

La Comisión Europea ha empezado a trabajar en el futuro reglamento y ha realizado una **consulta pública** al respecto. Las **conclusiones**, publicadas en septiembre de 2020, confirman la evidencia de que las normas sobre restricciones verticales deben dar respuesta a los interrogantes que estos nuevos tipos de restricciones verticales han planteado.

Área de Derecho de la Competencia y la UE

+ 34 91 781 61 60

info@ecija.com

¹⁸ Véase notas de prensa del *Bundeskartellamt* de 16/02/2016 y de 25/01/2018.

¹⁹ Decisión de la Comisión del 17/12/2018 en el asunto *Guess* (AT.40428).

²⁰ Véase nota de prensa de la Comisión del 20/01/2021. Asunto *Bandai Namco* (AT.40422) (Versión no confidencial todavía no disponible).

²¹ Véase nota de prensa de la Comisión del 20/01/2021. Asunto *Focus Home* (AT.40413) (Versión no confidencial todavía no disponible).

ECIJA



Most recognized Spanish firm in LATAM and Best European TMT Firm



34 practices globally recognized in 10 jurisdictions



Best Technology Firm



Amongst most innovative European Firms

THE LAWYER

Best European TMT Firm



Most innovative project, Best Digital Economy Firm

Torre de Cristal
Pº de la Castellana, 259C
28046 Madrid