

APROXIMACIÓN A LAS NOVEDADES EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA UNION EUROPEA EN EL TRATAMIENTO DEL USO DE INTERNET POR EL DISTRIBUIDOR AUTORIZADO EN LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA¹

Pedro-José Bueso Guillén

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo persigue dar cuenta de los últimos cambios acaecidos por el creciente impacto de la digitalización en el Derecho de defensa de la compe-

1. Los medios necesarios para la presentación en el Congreso Nacional «Servicios de intermediación contractual prestados por plataformas digitales y responsabilidad civil» de la ponencia que trae causa este trabajo, así como para la elaboración del mismo, han sido financiados por el Grupo de Investigación de Referencia del Gobierno de Aragón «Gestión jurídica de negocios, instrumentos y organizaciones innovadoras – LegMiBIO» (S12_23R), así como por el proyecto de investigación de la convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento 2022 modalidad Investigación No Orientada Tipo B, concedido en marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado «Blockchain y Derecho societario (2). Bigdata, Fintech y la protección del usuario de los servicios financieros» (PID2022-137502NB-I00).

tencia de la UE aplicable a la distribución comercial, más específicamente, a la distribución selectiva. Por ello, el trabajo se centra en señalar las novedades en la regulación *antitrust* de la relación entre el proveedor de bienes y servicios y su distribuidor autorizado al hilo de las previsiones contenidas en el vigente Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales, esto es, el Reglamento (EU) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022² (en adelante, REXCAV 2022), que ha venido a reemplazar al Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010³ (en adelante, REXCAV 2010), y en las vigentes Directrices sobre restricciones verticales de 2022 (en adelante, DRV 2022), recogidas en la correspondiente Comunicación de la Comisión⁴, y que vienen a sustituir a las anteriores Directrices sobre restricciones verticales del año 2010⁵ (en adelante, DRV 2010). En el contexto de este marco normativo, también se va a atender a la regulación de la relación entre el distribuidor autorizado, en su consideración como usuario profesional, y los prestadores de servicios de intermediación en línea (en adelante, PSIL), pero sin entrar a considerar, a salvo de alguna mención esporádica, las previsiones aplicables a esta relación contenidas en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea⁶ (en adelante, Rgto. P2B), el Reglamento de Servicios Digitales⁷ (en adelante, RSD) y el Reglamento de Mercados Digitales⁸ (en adelante, RMD). Así, tras esbozar una panorámica de la evolución del marco normativo objeto de estudio y señalar las novedades que presentan el REXCAV y las DRV 2022, el trabajo se estructura en dos bloques: en primer lugar, el que atiende al régimen que determina el uso que de su tienda en línea puede hacer el distribuidor autorizado para desarrollar su actividad en qué medida tal utilización puede ser limitada o prohibida por el proveedor; y, en segundo lugar, el que atiende al uso que de los servicios de intermediación en línea puede realizar el distribuidor autorizado para desarrollar su actividad comercial y hasta qué punto puede el proveedor impedirlo o limitarlo. El trabajo se cierra con unas reflexiones para el debate.

2. DOUE L 134/4, de 11.5.2022. El REXCAV 2002 está en vigor desde el 1 de junio de 2022, y en él se establecía un periodo transitorio para la adaptación de los acuerdos ya vigentes a su entrada en vigor, que iba desde el 31 de mayo de 2022 hasta el 31 de mayo de 2023.

3. DOUE L 102/1, de 23.4.2010.

4. DOUE C 248/1, de 30.5.2022.

5. DOUE C 130/1, de 19.5.2010.

6. DOUE L 186/57, de 11.7.2019.

7. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DOUE L 277/1, de 27.10.2022).

8. Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo UE de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (DOUE L 265/1, de 12.10.2022).

II. DISTRIBUCIÓN SELECTIVA A TRAVÉS DE INTERNET Y DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA BREVE HISTORIA RECIENTE

El desarrollo de las reglas destinadas a aplicar la prohibición de conductas colusorias establecida en el art. 101 TFUE a las relaciones contractuales que articulan la distribución comercial integrada se remonta a los Reglamentos de exención por categorías promulgados en los años 80 del siglo pasado⁹. No obstante, y si se hace salvedad de la distribución en el sector de los vehículos de motor (regulación que va a quedar fuera del ámbito de este trabajo)¹⁰, la distribución selectiva no fue objeto de regulación por esta vía hasta la promulgación del Reglamento (CE) 2790/1999 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 concertadas¹¹ (en adelante, REXCAV 1999). Este Reglamento, y las concordantes Directrices sobre restricciones verticales del año 2000¹² (en adelante, DRV 2000), pueden calificarse, por los cambios que supusieron en el tratamiento de los acuerdos verticales, como uno de los tres pilares de la gran reforma del Derecho de defensa de la competencia de la Unión Europea que tuvo lugar a finales del pasado siglo, junto al distinto planteamiento en el tratamiento de los acuerdos horizontales, en concreto, de los cárteles, y en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, entonces arts. 81 and 82 TCE. De hecho, tanto el REXCAV 2010 como el REXCAV 2022 (y las correspondientes DRV 2010 y DRV 2022) no son sino versiones actualizadas del modelo establecido por el

9. En concreto, los Reglamentos CEE 1983/83 (acuerdos de distribución en exclusiva), CEE 1984/83 (acuerdos de compra en exclusiva) y CEE 4087/88 (acuerdos de franquicia). Al respecto de estos reglamentos de exención y de la problemática que suscitó el cambio de técnica legislativa que supusieron el REXCAV 1999 y las DRV 2000, entre otros, BUESO GUILLÉN, P.-J., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de razón: delimitación conceptual y tratamiento en el Derecho comunitario europeo*, tesis doctoral (1999) incorporada al Repositorio de Tesis Doctorales en Red (TDR) con fecha 5 de diciembre de 2008 (disponible en: <http://zaguan.unizar.es/record/1922>), p. 505 y sigs., y la bibliografía aquí citada; e IDEM, «Vertriebsverträge, insbesondere Franchiseverträge und die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikalen Vereinbarungen», en: SCHULZE, R. (edr.), *Franchising im Europäischen Privatrecht, Europäisches Privatrecht*, sec. B, vol. 18, Nomos, 2001, pp. 221-240.

10. Reglamento CEE 123/85 (vehículos de motor). En la actualidad, la exención por categorías de estos acuerdos se regula en el Reglamento UE 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo 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 en el sector de los vehículos de motor (DOUE DO L 129/52 de 28.5.2010), vigente desde 1.6.2010 y hasta 31.5.2028 por la prórroga de su vigencia mediante el Reglamento (UE) 2023/822 de la Comisión de 17 de abril de 2023 (DOUE LI 102/1 de 17.4.2023); y en las Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor de 2010 – COM DO C 138/16 (DOUE C 138/16 de 28.5.2010), puntualmente actualizadas mediante Comunicación de 2023 – COM CI 133/1 (DOUE CI 133/1 de 17.4.2023).

11. DO L 336/21, de 29.12.1999.

12. DO C 291/1, de 13.10.2000.

binomio REXCAV 1999-DRV 2000¹³, sin que pueda apreciarse un cambio sistémico desde entonces. Sendas actualizaciones de los años 2010 y 2022, propiciadas, eso sí, por razón de la caducidad del REXCAV 1999 y 2010 respectivamente, buscan principalmente responder al impacto de la digitalización en la distribución comercial integrada contemplado en dos momentos diferentes de su evolución. Pasamos ahora a centrándonos en la segunda actualización de este conjunto normativo consistente en la revisión del REXCAV 2010 y las DRV 2010, que ha desembocado en el REXCAV 2022 y las DRV 2022.¹⁴

1. Revisión del Reglamento de exención por categorías y las Directrices de 2010: hitos previos

La revisión del REXCAV 2010 y de las DRV 2010 viene precedida por dos hitos que van a tener un impacto destacable en el resultado de su actualización. De una parte, entre los años 2015 y 2017, la Comisión Europea llevo a cabo una investigación de mercado sobre el sector del comercio electrónico¹⁵, que puso de manifiesto la evolución de este sector desde el año 2010, llamando la atención sobre la necesidad de tomar decisiones regulatorias aplicables a los proveedores de mercados en línea; además, esta investigación destilaba la conveniencia de efectuar un tratamiento *antitrust* de los sistemas de distribución selectiva que fuera más permisivo con los proveedores¹⁶, todo ello a expensas de que el Tribu-

13. Textos normativos a los que hay que sumar la Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia, estando actualmente vigente la del año 2014 (DOUE C 291/1, de 30.8.2014).

14. Sobre la primera actualización, entre otros, CARBAJO CASCÓN, F., «La distribución en Internet», en: HERRERO GARCÍA, M.J. (dir.), GARCÍA VICENTE, J.R., VAQUERO PINTO, M.J. (coord.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2010, pp. 186-202; BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Marcial Pons, 2014, pp. 292-310; y BUESO GUILLÉN, P.-J., «Distribución a través de Internet y regulación de acuerdos verticales»; en: VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., y RUIZ PÉRI, J.I. (dir.), ARRANZ MADRID, L., y MORENO SERRANO, E. (coord.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013, pp. 781-794.

15. El resultado puede consultarse en: European Commission, «Final Report on the E-commerce Sector Inquiry» -Brussels, 10.5.2017 COM (2017) 229 final, así como en el correspondiente Staff Working Document SWD(2017) 154 final.

16. Al respecto, así como sobre el estado de la cuestión previo a la revisión del REXCAV y las DRV 2010, entre otros, CRESPO LASO DE LA VEGA, D., y MARTÍNEZ MATA, Y., «Las restricciones verticales en Internet: ¿Qué ha de nuevo bajo el sol?», en: RECUERDA GIRELA, M.A., *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Civitas-Thomson Reuters, 2019, pp. 263-278; BUESO GUILLÉN, P.-J., «Coordinación empresarial y comercio electrónico de bienes en el marco del Mercado Único Digital: últimos desarrollos», en: RUIZ PERIS, J.I., y ESTEVAN DE QUESADA, C. (dir.), *Cooperación empresarial y Derecho de la competencia – Business Cooperation and Competition Law*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 259-275; WIJCKMANS, F., TUYTSCHAEVER, F., GUTIERREZ GILSAN, J., y HERRERO SUÁREZ, C., *Contratos de distribución y Derecho de la competencia UE-España*, Pérez-Llorca Abogados, Aranzadi Thomson-Reuters, 2021, pp. 522-557; y ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la competencia*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2021, pp. 219-239.

nal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se pronunciara en el As. C-230/16 *Coty Germany GmbH vs. Parfümerie Akzente GmbH*, cosa que la Sala Primera hizo con fecha 6 de diciembre de 2017¹⁷. Esta sentencia puede considerarse, en sí misma, es el segundo hito previo de la revisión efectuada, habida cuenta de la relevancia de sus pronunciamientos en esta materia.

2. Del Reglamento de exención por categorías y las Directrices de 2010 a los de 2022

Con esos mimbres, de octubre 2018 a septiembre 2020, se desarrolla la fase de evaluación del REXCAV y las DRV 2010 propiamente dicha, que culmina con la elaboración de un Documento de trabajo de la Comisión de resumiendo los resultados de la evaluación efectuada¹⁸. En el mismo se marcan los siguientes objetivos a alcanzar tras la revisión: (1) adaptar la normativa al impacto de la digitalización en la distribución comercial (tanto en el comercio electrónico y como en los servicios de intermediación en línea) y abrir la regulación a futuras evoluciones; (2) simplificar la autoevaluación de las conductas incrementando la seguridad jurídica y reduciendo los costes de cumplimiento; (3) evitar falsos positivos y, en la medida de lo posible, falsos negativos; y (4) mejorar el marco común de evaluación de los acuerdos verticales para la aplicación descentralizada por las Autoridades Nacionales de la Competencia (en adelante, ANC) y los tribunales nacionales, de forma que se dé una aplicación más armonizada de esta normativa.

Tras la fase de análisis de impacto, se presentaron las propuestas de REXCAV¹⁹ y DRV²⁰ de 9 de julio de 2021, abriéndose un plazo para formular observaciones, que finalizaba el 17 de septiembre de 2021. Los temas abiertos a discusión, que procedían de la investigación sectorial finalizada el año 2017, guardan

17. ECLI:EU:C:2017:941. Al respecto de esta sentencia, entre otros, CARRASCO DEL OLMO, P., «El caso Coty: licitud de las restricciones a las ventas on line en la distribución selectiva de productos de lujo», *La Ley Mercantil*, núm. 40, 2017, 5 p. (ed. digital); ANTÓN JUÁREZ, I., «Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 22, 2018, 13 p. (ed. digital); VERGEZ MUÑOZ, C., «Sentencia Coty: reflexiones sobre las posibles limitaciones a las ventas online en plataformas de terceros», en: RECUERDA GIRELA, M.A., *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 333-362; GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., y FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, R., «Distribución selectiva y comercio electrónico tras la Sentencia Coty del Tribunal de Justicia», en: ORTEGA BURGOS, E., *Actualidad Mercantil 2019*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 273-296; y RODILLA MARTI, C., «Cláusulas anti-Amazón y distribución de bienes de lujo», en: TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNANDEZ CARBARILLO-CALERO, P.I., y TORRES PÉREZ, F.J. (coord.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, 2019, pp. 145-167.

18. European Commission, Staff Working Document «Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation»– Brussels, 8.9.2020 (SWD)2020 173 final y sus anexos; al respecto: https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2018-vber_en (consultada a 11 de septiembre de 2023).

19. C(2021) 5026 final.

20. C(2021) 5038 final.

relación con la evolución de la economía digital en dos frentes, en el de la tensión entre proveedores de bienes y servicios y distribuidores integrados, y entre proveedores y distribuidores integrados de bienes y servicios y PSIL. En torno a estos dos ejes, las novedades más destacadas se refieren a: (1) la adaptación a la nueva organización de los canales de distribución a través de Internet, específicamente en relación con (a) el uso de Internet por el distribuidor, tanto para ventas como para publicidad, (b) la distribución dual y los intercambios de información dentro de los canales de distribución integrada, y (c) los precios duales (en línea-fuera de línea); (2) la recepción de la participación en la distribución de los servicios de intermediación en línea, centrada en la problemática de (a) la distribución híbrida y (b) las cláusulas de paridad (amplias y restringidas); (3) la revisión de la regulación de las restricciones a las ventas activas en distribución exclusiva y selectiva; (4) la revisión de la regulación de la fijación de precios de reventa y (5) la toma en consideración de objetivos de sostenibilidad, principalmente medioambiental.²¹

III. PRINCIPALES NOVEDADES DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS Y LAS DIRECTRICES DE 2022

Las novedades *supra* enumeradas pueden exponerse atendiendo a los objetivos de reajuste del puerto seguro, tanto mediante la eliminación de falsos positivos como mediante la incorporación de falsos negativos, de adaptación de la regulación al incremento del protagonismo de los PSIL en la distribución en línea y de toma en consideración de objetivos de sostenibilidad. Para ello se va a tener en cuenta como punto de partida las novedades que se establecían en las propuestas de REXCAV y DRV de 2021, dando cuenta del resultado final que ha quedado fijado en el REXCAV y las DRV 2022.

1. Reajuste por reducción del puerto seguro. Eliminación de falsos positivos

En primer lugar, pueden identificarse una serie de decisiones que producen un reajuste del puerto seguro por reducción, al eliminar falsos positivos.

- A) En primer lugar, ha de traerse aquí a colación las *obligaciones de distribución dual*. Tras constatar la generalización de esta estrategia por parte de los proveedores, en la que combinan el canal de distribución integrada indirecta con el canal directo, se asume que dicha generalización va a

21. A este respecto, puede verse también LÓPEZ RIDRUEJO, M., y GUBÍA BENITO, A., «Restricciones verticales en Internet, ¿de dónde venimos y hacia dónde vamos?», *Anuario de Derecho de la Competencia 2021*, Civitas-Thomson Reuters, 2021, pp. 251-258.

plantear problemas horizontales que ya no son desdeñables. Si bien se extiende el ámbito de la exención a las situaciones de distribución dual articuladas mediante acuerdos verticales no recíprocos (art. 2.4 REXCAV 2022), sin que se haya mantenido la exigencia adicional, que figuraba en la propuesta de REXCAV 2021, de que la cuota mercado agregada en mercado minorista no superase el 10 %, finalmente sí que quedan excluidos del ámbito de la exención los intercambios de información entre proveedor y distribuidor integrado que no sean necesarios para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios²²; intercambios de información como los que suelen ser habituales en el caso de los contratos de franquicia (art. 2.5 REXCAV 2022). A la hora de aplicar estos preceptos se incluye como proveedores, además de a los fabricantes, a mayoristas e importadores, y también a los PSIL (art. 1.1.d) REXCAV 2022), definiéndose estos servicios en el art. 1.1.e) REXCAV 2002 como «servicios de la sociedad de la información en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo²³ que permiten a las empresas ofrecer bienes o servicios: i) a otras empresas, con el fin de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichas empresas, o ii) a los consumidores finales, con el fin de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichas empresas y los consumidores finales; con independencia de que las operaciones se lleven o no a cabo y del lugar en que lo hagan». La definición aquí establecida se basa, con adaptaciones al caso, en la delimitación que de ellos se hace el art. 2.2.a) y b) Rgto. P2B y en el art. 2.5 RMD (cfr. definición establecida en el art. 3.i) RSD); es decir, se trata en esencia de mercados en línea. Pues bien, en su relación con los distribuidores integrados, como se ha indicado, el REXCAV 2002 los considera proveedores, lo que no deja de ser llamativo, habida cuenta de que no son ni fabricantes ni mayoristas ni importadores del bien o servicio que comercializa el distribuidor; además, y para el caso de que la relación contractual entre el PSIL y el distribuidor integrado se califique de contrato de agencia, se establece que, «por lo general», los PSIL nunca van a tener la consideración de agente genuino (v. núm. 44 DRV 2022 y la justificación ahí dada), por lo que sus acuerdos con los distribuidores van a quedar siempre dentro del ámbito de aplicación del art. 101 TFUE. A ello se suma que, finalmente, de la posibilidad de beneficiarse de la exención por categorías quedan excluidos los PSIL si se trata de PSIL híbridos, esto es, cuando el PSIL vende bienes o presta servicios en competencia con las empresas a las que presta el servicio de intermediación en línea (art. 2.6 REXCAV 2022).²⁴

22. Esta reducción del puerto seguro se incluyó en la propuesta de REXCAV 2021 tras una adenda a la misma de fecha 4 de febrero de 2022.

23. DOUE L 241/1 de 17.9.2015.

24. Finalmente, no se ha mantenido en el REXCAV 2022 la reducción del puerto seguro planteada en la propuesta de REXCAV 2021 consistente en excluir aquellos acuerdos que incluyan restricciones por objeto prohibidas por art. 101.1 TFUE o restricciones *hardcore* art. 4 REXCAV;

- B) Otra de las cuestiones que era necesario abordar en este punto era el tratamiento de las *obligaciones de paridad o cláusulas de nación más favorecida* (cláusulas NMF): aquellas que exigen que una empresa ofrezca a su parte contractual las mismas o mejores condiciones que las ofrecidas en su canal de distribución directa por parte de la empresa (por ejemplo, en la propia tienda en línea) o en cualquier otro canal de distribución indirecta (por ejemplo, en otros mercados en línea). Bajo la regulación del REXCAV 2020 todas estas cláusulas estaban exentas, en la medida en que no estaban contempladas ni en su art. 4 ni en su art. 5; sin embargo, fueron objeto de medidas, tanto por parte de la Comisión Europea como por parte de las ANC en el marco de canales de distribución indirectos, en relación con condiciones impuestas por PSIL relativas a las condiciones ofrecidas a otros PSIL²⁵. Pues bien, tal y como se recogía en la propuesta REXCAV 2021, no gozan del paraguas del REXCAV 2022 las cláusulas NMF destinadas a canales indirectos (paridad amplia) impuestas por PSIL para la oferta del distribuidor *minorista* a través de otros PSIL (art. 5.1.d) REXCAV 2022). Por el contrario, sí que gozan de dicho paraguas las cláusulas NMF destinadas a canales directos (paridad restringida) en el comercio *minorista*, así como para todas las cláusulas NMF en el comercio *mayorista*.
- C) Por último, sin que esta cuestión se abordase en las propuestas de REXCAV y DRV 2021, también se han eliminado falsos positivos en la *fijación de precios de reventa*: la imposición de precios mínimos anunciados se va a tratar como una forma indirecta de fijación de precios de reventa; y se adopta un criterio a aplicar a los contratos de cumplimiento (*drop-shiping contracts*) (v. núm. 189 DRV 2022).

2. Reajuste por ampliación del puerto seguro. Incorporación de falsos negativos

- A) El reajuste por ampliación del puerto seguro descansa, principalmente, sobre la reconsideración de las *restricciones a las ventas activas*.
- a) En primer lugar, se atiende a las voces que habían puesto de manifiesto que las normas a este respecto eran poco claras y limitaban las posibilidades de los proveedores en el diseño de sistemas de distribución. En pos de la superación de tal tacha se da nueva redacción a las letras b) a d) del art. 4 REXCAV 2022 para incluir la exclusividad compartida

en este último caso, la consecuencia era la no aplicación del beneficio de exención, por lo que la previsión se antojaba superflua.

25. Al respecto, entre otros, OLMEDO PERALTA, E., «Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (most favoured nation)», *Revista General de Derecho del Turismo*, núm. 4, 2021, 48 p., y la bibliografía allí citada.

(concretándose en la versión vigente que se puede llegar hasta cinco distribuidores exclusivos), así como la posibilidad de exigir la repercusión de la obligación de exclusiva por el distribuidor a sus clientes, a la par que se amplían las opciones para reforzar la protección frente a distribuidores no autorizados en los sistemas de distribución selectiva. Además, finalmente, en la versión vigente se procede a especificar relación entre distribución exclusiva, selectiva y la denominada «libre», es decir, en la que existe un cierto grado de integración, pero que no llega a ser ni exclusiva ni selectiva.

- b) En segundo lugar, se procede a introducir una *definición mejorada de las ventas activas* (art. 1.1.l) REXCAV 2022) *en relación con ventas pasivas* (art.1.1.m) REXCAV 2002), definición que tiene en consideración la distribución a través de Internet. Así, las ventas activas se definen como aquellas que consisten en «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*», incluyendo, a modo de ejemplo, «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»; también constituye venta activa el «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» (énfasis añadido). Así, la traducción de un sitio web a una lengua ajena al territorio de distribuidor constituye una venta activa (salvo que sea una traducción al inglés, tal y como ha quedado finalmente fijado en el núm. 213 DRV 2022). Por el contrario, son ventas pasivas las efectuadas «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»²⁶.
- c) En tercer lugar, se establece que el *impedir que los distribuidores usen Internet para vender bienes o servicios en línea o usen canales de publicidad en línea* constituye una *restricción de ventas activas (o pasivas) especialmente grave* (v. art. 4.e) REXCAV 2022). Por lo que respecta a la publicidad, la prohibición de uso de un canal de promoción *en su totalidad* (por canal se entiende tipos de servicios publicitarios, como los de comparación de precios, servicios de referenciación, etc.) constituye una restricción de las ventas activas (o pasivas) especialmen-

26. Como novedad, además, se incluyendo dentro de las ventas pasivas las «resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación».

te grave; pero ello no impide a los proveedores imponer exigencias relativas al contenido o a calidad de dichos servicios publicitarios. Y, lo que es más relevante, tampoco constituye una restricción especialmente grave la prohibición de uso por completo de mercados en línea (sobre este punto se vuelve a tratar *infra*).

- B) A la reconsideración del tratamiento de las ventas activas y pasivas se suma la del *tratamiento de la fijación de precios duales* y, para los sistemas de distribución selectiva, el mantenimiento del *principio de equivalencia*.
- a) En cuanto a la *fijación de precios duales*, tal conducta de los proveedores ya no es restricción especialmente grave, permitiéndose el establecimiento de precios máximos diferentes para ventas en línea y fuera de línea, siempre que ello venga motivado por la generación de incentivos o la consecución de inversiones adecuadas y que guarden relación con costes de cada canal de distribución, esto es, del canal en línea y del canal fuera de línea.
 - b) En cuanto al *principio de equivalencia*, que en el caso de los SDS desembocaba en la exigencia del establecimiento por parte del proveedor de criterios de selección globalmente equivalentes para ventas en línea y fuera de línea, se ha suprimido su vigencia.

Ahora bien, aunque en ambos casos los proveedores disfrutan de un mayor margen de control de los distribuidores integrados, dicho control no puede tener por objeto el impedir que los distribuidores o sus clientes utilicen Internet para la venta de sus bienes o servicios en línea (así, en el caso de precios duales, no cabe establecer una limitación de la cantidad de los productos destinados a la venta en línea).

3. Adaptación al incremento del protagonismo de los prestadores de servicios de intermediación en línea en la distribución en línea

Las decisiones adoptadas en relación con este objetivo persiguen, además, un objetivo adicional, cual es el de fijar un tratamiento armonizado para todas las ANC²⁷, en un intento de la Comisión Europea por recuperar el liderazgo en dicho tratamiento, buscando poner así coto a las divergencias surgidas entre los Estados miembros.

Como ya se ha apuntado *supra*, se parte de la base de calificar las restricciones absolutas de distribución en línea como restricciones especialmente graves,

27. A propósito de los distintos asuntos que se plantean en este ámbito ante las ANC, puede verse LÓPEZ RIDRUEJO, M. y GUBÍA BENITO, A., «Restricciones verticales en Internet...», cit., pp. 234-251.

siguiendo la doctrina del TJUE su sentencia de 13 de octubre de 2011 As. C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS vs. Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*²⁸. Ello se formulaba de la siguiente así en el art. 1.1.n) de la propuesta REXCAV 2021: son restricciones especialmente graves aquellas por las que «directa o indirectamente, por sí solas o en combinación con otros factores, tienen por objeto impedir que los compradores o sus clientes utilicen efectivamente Internet para vender sus bienes o servicios en línea o que utilicen efectivamente uno o más canales de publicidad en línea», previsión aplicable tanto a las restricciones de ventas activas como pasivas.

Pero finalmente, y para acoger la doctrina del TJUE en el As. *Coty vs. Akzente*, la nueva letra e) del art. 4 REXCAV 2022 formula esta restricción en términos diferentes. Así, se considera una restricción especialmente grave aquella que consiste en «impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, ya que restringe el territorio en el que, o los clientes a los que, pueden venderse los bienes o servicios contractuales en el sentido de las letras b), c) o d) [es decir, para los supuestos de la distribución exclusiva, selectiva y libre, respectivamente], sin perjuicio de la posibilidad de imponer al comprador: i) otras restricciones de la venta en línea [o, lo que es lo mismo, restricciones al uso de mercados en línea] o ii) restricciones de la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad.» (v. también núm. 202 y ss. DRV 2022)

Finalmente, se afirma que estas decisiones regulatorias son consistentes («de facto») con las obligaciones establecidas en el RMD, pues los guardianes de acceso no van a poder beneficiarse del puerto seguro del REXCAV 2022.

4. Objetivos de sostenibilidad y tratamiento de los acuerdos verticales en el Derecho *antitrust*

Un objetivo que no aparecía en la propuesta de DRV 2021, pero que forma parte del contenido de las DRV 2022, es el tratamiento de los objetivos de sostenibilidad, principalmente medioambiental, en la regulación *antitrust* de los acuerdos verticales (DRV, núms. 8-9, 144 y 316). En síntesis, se comienza por afirmar que los acuerdos verticales que persiguen objetivos de sostenibilidad o que contribuyen a un mercado único digital y resiliente no constituyen una categoría diferenciada de acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia de la Unión Europea; de forma que el paraguas del REXCAV 2022 se aplica a los acuerdos verticales que persiguen objetivos de sostenibilidad, resiliencia y digitalización siempre que cumplan las condiciones del REXCAV 2022; en definitiva, que no son objeto de un tratamiento especial. Al menos, en este momento. Pues se pone de manifiesto la necesidad de desarrollar el tratamiento de esta cuestión en el marco de art. 101.3 TFUE, emplazándose la Comisión Europea a

28. ECLI:EU:C:2011:649.

elaborar una comunicación al respecto. Y, en esta línea, las DRV 2022 ya recogen algunos ejemplos de lo que puede ser el contenido de esa futura comunicación. Así, se afirma que es admisible como criterio cualitativo en los SDS el establecimiento de objetivos de sostenibilidad (núm. 114 DRV 2022) o que cabe considerar objetivos de sostenibilidad en cláusulas de no competencia-marca única (núm. 316 DRV). Este nuevo planteamiento presenta un enorme interés, pues abre la puerta, no solo a que el Derecho *antitrust* sea una herramienta (más) de la política medioambiental, sino que también lo sea de otras políticas que no atiende únicamente a la eficiente asignación de los recursos, como puede ser el caso de la política de privacidad, combinación especialmente propicia en el contexto de la digitalización de la distribución comercial.

Vistas las principales novedades que traen consigo el REXCAV y las DRV 2022, a continuación vamos a contemplarlas desde la perspectiva que brinda el uso de Internet por el distribuidor autorizado en los sistemas de distribución selectiva, esto es, «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» (art. 1.1.g) REXCAV 2022)²⁹. Para ello, vamos a prestar atención al régimen que determina el uso que de su tienda en línea puede hacer el distribuidor autorizado para desarrollar su actividad y en qué medida tal uso puede ser limitado o prohibido por el proveedor; y, en segundo lugar, el que atiende a la utilización que de los servicios de intermediación en línea puede realizar el distribuidor autorizado para desarrollar su actividad comercial sin que el proveedor pueda impedirlo o limitarlo.

IV. DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS DE LA TIENDA EN LÍNEA POR EL DISTRIBUIDOR AUTORIZADO

1. Qué no puede prohibir, limitar o imponer el proveedor al distribuidor autorizado

Como ya venía siendo desde el pronunciamiento del TJUE en el As. *Pierre Fabre*, el proveedor no puede imponer a su distribuidor una prohibición absoluta de distribución a través de Internet. Se parte de la asunción general de que el (mero) uso de Internet es venta pasiva.

29. Sistema que, dentro de los de distribución comercial integrada, se contrapone al sistema de distribución exclusiva, que es «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» (art.1.1.h) REXCAV 2022), y a la distribución «libre», que es aquella distribución comercial integrada que no responde a estas delimitaciones ni a una combinación de las mismas, como puede darse en el caso de los contratos de franquicia.

Como se ha expuesto *supra*, la consideración de la distribución a través de Internet ha sido precisamente el eje de la redefinición de las ventas activas (art. 1.1.1) REXCAV 2022) en relación con ventas pasivas (art.1.1.m) REXCAV 2002); pues bien, la DRV 2022, en sus núms. 211 a 214, viene a afinar esta distinción en el contexto de las ventas en línea. Así, en primer lugar, la *tienda en línea* es una forma de venta pasiva, aunque tenga efectos que se extiendan más allá de la zona (territorio o clientes) asignada al distribuidor, incluida la entrega de los productos. En cuanto a la variable en la calificación como activa o pasiva que atiende a la opción lingüística, se entiende que hay venta activa si el distribuidor ofrece una opción lingüística distinta a la de las lenguas utilizadas en el territorio del distribuidor; ahora bien, si la opción que se ofrece es la de la lengua inglesa estaremos ante una venta pasiva; la lengua inglesa viene a ser asumida como «*lingua franca*» de la UE. Por otra parte, en cuanto a la variable que atiende al nombre de dominio, la venta se califica de activa si el nombre de primer nivel corresponde a un país ajeno al territorio asignado al distribuidor; sin embargo, la venta es pasiva si nombre de primer nivel es neutro y no específico de un país (p. ej., «.net» o «.org»). También tiene la consideración de venta pasiva el ofrecimiento de una app de la tienda en línea en una tienda de apps.

Por lo que se refiere a la *publicidad*, se consideran ventas pasivas las actividades generales de publicidad o promoción que constituyan medio razonable para llegar a clientes propios o no asignados, como pueden ser la oferta sobre productos o las comunicaciones comerciales pasivas, es decir, aquellas que se realizan «automáticamente». Por el contrario, estaremos ante ventas activas si se trata de publicidad o promoción en línea personalizada (v. núm. 214 DRV 2022): esto es, de anuncios en línea específicos para ciertos clientes de otros territorios, comunicaciones comerciales no solicitadas en otros territorios, *banners* en sitios web de terceros con base en otro territorio o el uso de buscadores para promoción específica en otros territorios. Ahora bien, no se estima que hay venta activa cuando, sin ser publicidad personalizada, esta llega a otros territorios (así, p. ej., publicidad en un periódico nacional; o el uso de servicios de comparación con nombres de dominio genéricos y no específicos de un país). Además, equivale a la venta en tienda en línea, y, por lo tanto, son ventas pasivas, el uso de las herramientas de optimización del motor de búsqueda (es decir, para la mejora de la visibilidad y del posicionamiento de la tienda en línea). En cuanto a la variable que atiende a la opción lingüística, el criterio es básicamente el mismo que para la tienda en línea, si bien, curiosamente, sin que se aquí excluya el uso de la lengua inglesa (algo que no se alcanza a entender); y por lo que hace a la variable del nombre de dominio, se aplica la misma regla que para las tiendas en línea, de manera que se considera venta activa la publicidad en sitios web con nombre de primer nivel del país del territorio distinto al asignado al distribuidor.

A su vez, ahora se establece que también equivale a una prohibición absoluta el impedir que el distribuidor selectivo use un canal de publicidad en línea completo, es decir, que el proveedor prohíba al distribuidor utilizar todo motor de

búsqueda o todo servicio de comparación de precios. Así se ha venido a establecer en el art. 4.e) REXCAV 2022 y núm. 206.g) DRV 2022.

Ha de insistirse en que aquí, cuando se habla de la prohibición del uso efectivo de Internet, se debe entender como equivalente a imponer una prohibición absoluta en los términos *supra* expuestos. Ahora bien, dicha prohibición puede ser directa (es decir, incluyendo una cláusula en el contrato de distribución selectiva prohibiendo el mero uso de internet o el uso de un canal completo de publicidad al distribuidor) o indirecta.

Así, por lo que hace a las prohibiciones indirectas, estas pueden consistir (1) en exigir al distribuidor que venda bienes o servicios contractuales *única-mente* desde establecimiento físico o con presencia física de personal especializado (núm. 206.c) DRV 2022); (2) en prohibir a distribuidor que establezca *más de una* tienda en línea, independientemente de si está alojada en un servidor propio o de terceros (núm. 206.f) DRV 2022); o bien (3) en imponer la obligación de bloquear o re-direccionar clientes (núm.206.a) y b) DRV 2022). Esto último, ya sea (a) mediante la imposición del cierre de la web del distribuidor a clientes y/o territorios fuera de la zona asignada; mediante (b) el re-enrutamiento automático (ahora bien, como ahora se precisa en las DRV 2022, sin que constituya una prohibición indirecta, sin obligar al re-enrutamiento automático, el imponer al distribuidor el ofrecimiento de enlaces a tiendas del proveedor o de otros distribuidores), o (c) a través del filtrado por datos del servicio de pago utilizado, especialmente, de las tarjetas de pago. La conexión con el Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE³⁰ (en adelante, RBG), es evidente, pues se trata de situaciones de bloqueo geográfico injustificado de origen contractual (art. 6 RBG).³¹

Sin perjuicio de todo lo anterior, no ha de perderse de vista que, en los SDS, el proveedor no puede prohibir al distribuidor las ventas pasivas ni las ventas activas (en los términos del art.4.c) REXCAV 2022) a través de Internet. Así resulta ahora expresamente de lo dispuesto en el art. 4.e) REXCAV 2022 y en el núm. 203 DRV 2022, de manera que se está ante una restricción especialmente grave si se impone al distribuidor «e) [la] prohibición del uso efectivo de Internet cuando supone una restricción equivalente de las anteriormente prohibidas por el art.4.b), c) y d)» REXCAV 2022.

30. DOUE LI 60/1, de 2.3.2018.

31. Al respecto, entre otros, ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológico...*, cit., págs. 235-239; y BUESO GUILLÉN, P.-J., «Denkanstöße zum wechselnden EU-Vertriebsrecht am Rande der Geoblocking-Verordnung», en: OLMOR, S. (Hrsg.), *Weltbürgerliches Recht. Festschrift für Michael Martinek zum 70. Geburtstag*, Beck, 2020, pp. 101-106.

2. Qué puede prohibir, limitar o imponer el proveedor al distribuidor autorizado

Si bien el proveedor cabeza de un sistema de distribución selectiva no puede establecer una prohibición absoluta de distribución a través de Internet en los términos *supra* expuestos, tanto el REXCAV como las DRV 2022 le confieren un ámbito de poder de dirección notable, ampliando las posibilidades que brindaban el REXCAV y las DRV 2010.

En primer lugar, se sigue permitiendo al proveedor el exigir al distribuidor la *apertura de un establecimiento físico* para ser miembro del SDS (v. núm. 208.d) DRV 2022), es decir, que se mantiene la posibilidad de limitar el acceso a los sistemas de distribución selectiva a distribuidores físicos (*brick-and-mortar shop*), con lo que, en cierta medida, se conserva en el REXCAV 2022 el paradigma de referencia del distribuidor híbrido físico-virtual (*brick-and-click*) ya presente en el REXCAV 2010, así como la posibilidad de excluir de los SDS a los distribuidores únicamente virtuales que carezcan de establecimiento físico (*pure players*). La admisibilidad de esta exigencia no se vincula a exigencias derivadas de la naturaleza del bien o servicio objeto de distribución.

En segundo lugar, el proveedor puede competir con sus distribuidores (art. 2.4 REXCAV) estableciendo un sistema de *distribución dual*, es decir, la combinación de un canal de distribución integrada indirecta, en este caso, un SDS, y un canal de distribución directa. Se trata de un supuesto que ahora se contempla expresamente dentro del ámbito de aplicación del REXCAV 2002, siendo en este punto relevantes los límites a los intercambios de información establecidos en el art. 2.5 REXCAV 2022, a los que se ha aludido *supra*.

En tercer lugar, como ya venía sucediendo en el régimen del REXCAV y las DRV 2010, el proveedor puede *establecer exigencias para la distribución a través de Internet*. Así, puede imponer normas para garantizar calidad o apariencia de tienda en línea; la novedad radica aquí en que *ya no se exige*, para que sean admisibles, que los *criterios de selección sean «globalmente equivalentes»* a los establecidos para el establecimiento físico (v. núm. 235 DRV 2022). Es decir, tendrán que ser necesarios, proporcionales y no discriminatorios, pero no tienen que ser equivalentes. Por lo tanto, puede el proveedor imponer al distribuidor requisitos específicos para la distribución selectiva a través de Internet, (p. ej., relativos a la asistencia postventa, al ejercicio por los clientes del derecho de desistimiento o a condiciones para garantizar un pago seguro), lo que incluye también requisitos específicos relativos a la presentación de los bienes o servicios contractuales en la tienda en línea (como el número mínimo de referencias o la forma en que se exhibe signos distintivos del proveedor). A todo ello, cabe sumar, también como novedad de las DRV 2022, la admisibilidad de la imposición de *requisitos de sostenibilidad* (especialmente, medioambientales) como criterios de selección en los SDS (v. núm. 114 DRV 2022).

En cuarto lugar, como ya venía sucediendo en la regulación anteriormente vigente, el proveedor puede exigir la venta de una *cantidad absoluta mínima de bienes o servicios fuera de línea*, ya se determine en cuanto a su valor o en cuan-

to a su volumen; en todo caso, no puede establecerse una cantidad relativa mínima, es decir, sobre la base de una proporción entre la cantidad de ventas en línea y fuera de línea (v. núm. 208.e) DRV 2022). En las DRV 2002 se aclara que dicha cantidad puede ser la misma para todos los distribuidores o puede diferir, pero siempre que la diferencia en cuanto a dichas cantidades se base en criterios objetivos (como pueden ser el tamaño del distribuidor o su ubicación geográfica). Es decir, siempre que ello no tenga por objeto impedir que distribuidores o sus clientes utilicen Internet para la venta de sus bienes o servicios en línea.

En quinto lugar, con el DRV 2022 el proveedor puede establecer *precios duales* (núm. 209 DRV 2022), es decir, precios al por mayor diferentes en función de si el distribuidor revende en línea o fuera de línea. Si bien tal diferenciación no puede tener como objeto restringir ventas en línea, lo que equivaldría a impedir el uso efectivo de Internet por el distribuidor. Por lo tanto, se entiende que cabe que el proveedor establezca un canon fijo para soportar los mayores costes de la distribución fuera de línea (si viene esta opción ya no viene recogida en las DRV 2022), o un mayor precio para los bienes o servicios distribuidos en línea si existe un mayor coste para el proveedor o si se trata de incentivar o recompensar las inversiones en el canal fuera de línea.

Finalmente, y si bien el proveedor no puede el impedir que el distribuidor selectivo use un *canal de publicidad en línea* completo, el proveedor puede (núm. 210 DRV) (1) exigir que la publicidad cumpla normas de calidad o incluya contenidos específicos; (2) prohibir el uso de proveedores de servicios de publicidad en línea porque no cumplen con normas de calidad; y (3) prohibir al distribuidor el uso de la marca de proveedor en el nombre de dominio de su tienda en línea (al respecto, v. núm. 343 y ss. DRV 2022).

V. DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS DE UN SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA POR EL DISTRIBUIDOR AUTORIZADO

1. El tratamiento de los prestadores de servicios de intermediación en línea en el Reglamento de exención y las Directrices de 2022

Antes de tratar de las prohibiciones que el proveedor cabeza de un SDS puede imponer a sus distribuidores autorizados respecto del uso de servicios de intermediación en línea para la distribución de los bienes o servicios objeto del contrato, han de recordarse algunas cuestiones ya apuntadas relativas al tratamiento de los PLSIL en el REXCAV y las DRV 2022.

En primer lugar, y por lo que hace al ámbito de aplicación establecido en el art. 2 REXCAV, el propio Reglamento, en su cdo. 10, afirma que «los acuerdos relativos a prestación servicios de intermediación en línea son acuerdos verticales», por lo que deben poder beneficiarse de la exención por categorías. Pero esta

afirmación de partida se ve muy matizada, pues el alcance de tal beneficio se reduce severamente, poniéndose de relieve que la apertura a la aplicación de la exención por categorías a los PSIL se hace con una enorme cautela.

Así, como ya se ha expuesto *supra*, (1) por una parte, el PSIL siempre va a tener la consideración de proveedor en la aplicación del REXCAV y las DRV 2022, marco normativo en el que tiene a su contraparte, como comprador, al distribuidor que como usuario profesional se sirve del servicio de intermediación en línea para desarrollar su actividad distributiva. Por otra parte, sin embargo, se establece que caso de que el contrato que vincula al PSIL con el distribuidor para la prestación del servicio de intermediación en línea sea un contrato de agencia, el PSIL «casi siempre» tendrá la consideración de agente no genuino (v. núms. 46 y 62-67 DRV 2022). No se acaba de entender este segundo criterio cuando se ha determinado que el PSIL es proveedor a los efectos del REXCAV 2022, siendo que, en los acuerdos verticales, el agente es el distribuidor, no el proveedor. En todo caso, lo que parece perseguirse con este segundo criterio es que la valoración de los acuerdos de prestación de servicios de intermediación en línea no quede fuera del ámbito de aplicación del art. 101 TFUE por la ausencia de una pluralidad de empresas; pero no parece que la solución de técnica jurídica aplicada sea satisfactoria.

Además, (2) se excluyen del ámbito de aplicación de REXCAV 2022 los acuerdos verticales relativos a prestación de servicio de intermediación en línea si el PSIL compite en mercado de referencia con sus clientes profesionales-distribuidores (art. 2.5 REXCAV 2022). Es decir, los PSIL híbridos (núms. 67.e), 104-106 DRV 2022) no pueden beneficiarse de la exención por categorías.

Y, en cuanto a las previsiones que afectan a la relación entre el PSIL y el distribuidor se refiere, tal y como también se ha dado cuenta *supra*, únicamente se establece, en el marco del art. 5 REXCAV 2002, la exención de las cláusulas de paridad restringidas o medidas equivalentes, en tanto en cuanto el PSIL puede prohibir al distribuidor el ofrecimiento de sus bienes o servicios en condiciones más favorables mediante PSIL competidores (núms. 67.d) y 253 DRV 2022). Además, la exención de estas cláusulas viene acompañada de una cautela, al estilo de un «aviso para navegantes», en el marco del art. 6 REXCAV 2022, donde se prevé la retirada de la exención por categorías en casos individuales (*ex* art. 29 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado³²) por razón de un efecto acumulativo de cláusulas de paridad restringidas en los contratos de prestación de servicios de intermediación en línea: «Tales efectos [incompatibles con el art. 101 TFUE] se pueden dar, por ejemplo, cuando el mercado de referencia para la prestación de servicios de intermediación en línea esté muy concentrado y la competencia entre los proveedores de dichos servicios esté restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos similares que limiten a los compradores de los servicios de intermedia-

32. DOUE L 1/1, de 4.1.2003.

ción en línea la oferta, venta o reventa de bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables en sus canales de venta directa».

En definitiva, un tratamiento muy limitado, casi puntual, de los PSIL, tanto en cuanto el ámbito de aplicación del REXCAV 2022, como de las previsiones sustantivas en él contenidas.

2. Qué puede prohibir, limitar o imponer el proveedor al distribuidor autorizado respecto del uso de servicios de intermediación en línea

Como se ha puesto repetidamente de manifiesto, ha de partirse de que el proveedor no puede establecer una prohibición absoluta de distribución a través de Internet. Sin embargo, el propio art. 4.e) REXCAV 2022 le permite imponer «otras restricciones a la venta en línea», lo que ha de entenderse como la posibilidad de prohibir directa e indirectamente la venta a través de servicios de intermediación en línea, esto es, las ventas en mercados en línea (núm. 208.c) DRV 2022); entiéndase, mercados en línea de terceros reconocibles en el sentido del pronunciamiento del TJUE en el As. *Coty vs. Akzente*, sentencia a la que expresamente se remite la Comisión en nota a pie. Es decir, cabe que el proveedor prohíba al distribuidor el uso de todo mercado en línea; y, como el que puede lo más, también puede lo menos, el proveedor puede limitarse a prohibir determinados mercados en línea, al igual que puede imponer requisitos cualitativos para los mercados en línea.

Ahora bien, todas estas restricciones son admisibles «siempre que no tengan por *objeto* impedir de forma indirecta el uso efectivo de internet por parte del comprador para vender los bienes o servicios contractuales a determinados territorios o clientes» (núm. 208 DRV – énfasis añadido). Nada se dice sobre el efecto³³. Es más, parece considerarse que la restricción de ventas a través de servicios de intermediación en línea únicamente puede tratarse de una restricción por el objeto, ya que la evaluación de si una restricción vulnera el art. 4.e) REXCAV 2022 «puede tener en cuenta el contenido y el contexto de la restricción, pero no debe depender de las circunstancias específicas del mercado ni de las características individuales de las partes» (cdo. 15 REXCAV 2022 y núm. 203 DRV 2022). Así, en general, se presume que no concurre una prohibición del uso efectivo si el distribuidor autorizado «tiene libertad para explotar su tienda en línea y hacer publicidad en línea» (núms. 150 y 208 DRV 2002), entiéndase por todos los canales, aunque sea con restricciones en alguno de ellos, ya que a la facultad del proveedor de prohibir o limitar el uso de mercados en línea se suman a las que ya han sido objeto de comentario, por las que el proveedor puede establecer

33. No obstante, cfr. núm. 150 DRV, donde lo que se dice es que son admisibles «siempre que ello no impida de forma indirecta el uso efectivo de internet por parte del distribuidor autorizado para vender los bienes a determinados territorios o clientes», sin discriminar entre el objeto y el efecto de la conducta.

restricciones a la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad (núm. 210 DRV) y a servicios de comparación de precios (v. núms. 343 a 355 DRV). De esta forma se genera una presunción de admisibilidad de estas restricciones, que va a ser muy difícil de desvirtuar, pues parece que no se puede acudir para ello al efecto que la restricción tiene en el caso concreto.

Estas nuevas previsiones se completan con unos criterios aplicables a las restricciones de ventas en línea a través de servicios de intermediación en línea impuestas en los sistemas de distribución selectiva cuando dichas restricciones no estén cubiertas por REXCAV 2022 por quedar fuera de su ámbito de aplicación (básicamente, por superar los umbrales de su art. 3), es decir, cuando haya de recurrirse al análisis individual sobre la base del art. 101 TFUE (núms. 332-342 DRV 2022).

Previamente, en el núm. 149 DRV 2022 se hace referencia, en el marco del apdo. 1 del art. 101 TFUE, al criterio de necesidad exigible para justificar el recurso a un SDS. «[H]abida cuenta de la naturaleza del producto en cuestión, dicho sistema debe constituir una necesidad legítima para preservar su calidad [como es el caso de los productos de lujo] y garantizar un uso correcto. La calidad de estos bienes puede deberse no solo de sus características materiales, sino también de la sensación de lujo que los rodea. Por tanto, establecer un sistema de distribución selectiva que procure que los bienes se expongan de manera que contribuya a mantener esa sensación de lujo puede ser necesario para preservar su calidad». La Comisión remite sobre estas manifestaciones a los apdos. 25 a 29 de la sentencia del TJUE en el As. *Coty vs. Akzente*³⁴. De lo que no entra a tratar con algo de detalle la Comisión en las DRV 2022 es sobre los pronunciamientos recogidos en los apdos. 43-58 de la sentencia, que contienen justificaciones relativas a la proporcionalidad de la prohibición impuesta por un proveedor a sus distribuidores autorizados de recurrir de forma evidente a plataformas de terceros para vender en Internet los productos de lujo³⁵. Parece asumirse que es una

34. Si se atiende a los pronunciamientos contenidos en estos apartados, podría dar la impresión de que el Tribunal, a la hora de valorar la necesidad del SDS, no entra a valorar las propiedades del producto objeto de distribución, sino que justifica la necesidad del SDS por la mera consideración de un producto como de lujo por parte del fabricante, sin atender a sus características materiales. No obstante, parece que se da por supuesto, aunque no consta que la parte lo alegue, que el producto reúne características materiales que se suman al aura y la imagen de prestigio que les confieren a estos productos una sensación de lujo.

35. No obstante, es a este respecto donde cabe afirmar que la sentencia no es sólida en cuanto a su argumentación. Así, el TJUE considera que la restricción es proporcionada para preservar imagen de lujo, en la medida que así se garantiza, en primer lugar, que los productos se vinculan exclusivamente a distribuidores autorizados (apdos. 44-46) y, en segundo lugar, que serán vendidos en un entorno que corresponde a las condiciones de calidad que convino con sus distribuidores autorizados, ya que el proveedor no puede imponer a PSIL dichas condiciones, por la inexistencia de relación contractual del proveedor con el PSIL (apdo. 47-49); y, en tercer lugar, habida cuenta de que dichas plataformas constituyen un canal de venta para todo tipo de producto, el hecho de que los productos de lujo no se vendan mediante tales plataformas y que su venta en línea se efectúe únicamente en las tiendas en línea de los distribuidores autorizados contribuye a esa imagen de lujo que se ofrece a los consumidores y, de este modo,

restricción proporcionada, justificado por el necesario poder de dirección que ha de ostentar el proveedor sobre el SDS, salvo en los casos en los que el proveedor «designa a un operador de un mercado en línea como miembro de su sistema de distribución selectiva o en los que restringe el uso de los mercados en línea por parte de determinados distribuidores autorizados, pero no de otros, o en los que restringe el uso de un mercado en línea, pero este proveedor utiliza dicho mercado en línea para vender los bienes o servicios contractuales» (núm. 338 DRV). Realmente, estas conductas, al margen de que ponen de manifiesto el carácter desproporcionado de la imposición de una prohibición de ventas a través de mercados en línea, lo que supone, además y especialmente, es un trato discriminatorio hacia algunos de los distribuidores autorizados, y, por lo tanto, van a estar prohibidas por apdo. 1 art. 101 TFUE.

Pues bien, volviendo a la realización de un análisis individual sobre la base del apdo. 3 del art. 101 TFUE, y en cuanto a la justificación de los efectos positivos de la prohibición del uso de servicios de intermediación en línea, se traen a colación, con remisión al núm. 334 DRV, eficiencias relacionadas con la garantía de la protección de la marca, un determinado nivel de calidad del servicio o con la reducción de las posibilidades de falsificación (núm. 342 DRV), con absoluto olvido de los remedios que ofrece el Derecho marcario. Ahora bien, en cuanto a los efectos negativos, sí que se tiene en consideración la hipótesis de que las eficiencias puedan alcanzarse por medios menos restrictivos, como «podría ser el caso, por ejemplo, cuando el mercado en línea permite que los minoristas creen una tienda de su marca dentro del mercado y ejercer así un mayor control sobre la forma en que se venden sus bienes o servicios». Es decir, que puede resultar desproporcionado en determinados casos. Además, se considera poco probable que esta restricción, cuando está prohibida por el apdo. 1 art. 101 TFUE, se justifique por eficiencias relacionadas con la calidad en el marco del apdo. 3 art. 101 TFUE cuando, combinada o alternativamente «a) el propio proveedor utiliza el mercado en línea que el comprador no puede utilizar; b) el proveedor impone la

al mantenimiento de una de las características principales de esos productos buscadas por los consumidores (apdo. 50). Pues bien, cabe discutir la justificación de la proporcionalidad, pues incurre en una generalización cuestionable. Esta generalización de los hechos del caso a todos los mercados en línea hace que argumentos de eficacia (que guardan relación con la necesidad: son medio para un fin), acaben apareciendo como argumentos de proporcionalidad, por lo que para llegar al resultado no puede acudir a una restricción de menor impacto. Así, el tercer último argumento es tautológico del primero, o, más precisamente, parece ser la explicación del primero; en todo caso, la justificación es cuestionable, en la medida que puede haber mercados en línea que por su configuración sean perfectamente aptos para satisfacer las exigencias de los proveedores en cuanto a la imagen de lujo, igual que sucede en algunos casos de la distribución física (piénsese en la distribución de productos cosméticos de lujo en grandes almacenes); en cuanto al segundo argumento, su justificación también es cuestionable, pues los proveedores pueden ejercer un control indirecto mediante la imposición a los distribuidores autorizados de los requisitos que éstos han de exigir a los PSIL para que los mercados en línea que regentan puedan ser utilizados para la distribución de los productos de lujo. Se da por sentado que todo lo anterior no es factible, dando carta blanca a los proveedores para prohibir el uso de todo mercado en línea a sus distribuidores autorizados.

restricción a algunos distribuidores, pero no a otros; c) el operador del mercado en línea es a su vez un miembro autorizado del sistema de distribución selectiva». Una vez más, el carácter discriminatorio pone al descubierto que se trata de una restricción no indispensable, no porque no sea un medio indispensable para conseguir el resultado en sí mismo, sino porque el resultado que persigue no es indispensable, pues la conducta del proveedor cabeza del SDS no es consistente con dicho resultado.

VI. REFLEXIONES FINALES

Las novedades que traen consigo el REXCAV y las DRV 2022 vienen a confirmar que la regulación *antitrust* de distribución comercial integrada a través de Internet, tanto en general, como, en especial, cuando se trata de SDS, se ha emancipado de la regulación de la distribución comercial integrada basada en el establecimiento físico. Emancipación que ha venido acompañada de la concesión de un mayor poder de dirección a los proveedores, como líderes de los SDS, frente a los distribuidores autorizados. Esta evolución no solo es fruto de la recepción de los pronunciamientos del TJUE en el As. *Coty vs. Akzente*, sino también de la integración de objetivos de Mercado Interior Digital (pues el reforzamiento del poder de dirección de los proveedores busca, en última instancia, mejorar la posición de estos frente a los PSIL) y de otras políticas UE (como la sostenibilidad medioambiental). Las novedades en la regulación *antitrust* de los acuerdos verticales constituyen un ejemplo más de la cada vez más evidente funcionalización del Derecho de defensa de la competencia de la UE. Este Derecho no solo persigue objetivos de eficiente asignación de recursos escasos, constituyendo una herramienta de integración del Mercado Interior y, junto con la política de la competencia, de un haz de políticas de la UE.

Estas novedades permiten también apreciar los primeros pasos en el tratamiento de los PSIL en el marco de los sistemas de distribución integrada. No obstante, se trata de unos primeros pasos muy cautelosos, dados, además, a la sombra del RMD y de su incierto impacto. Al margen de la notable prudencia que marca el escaso trecho recorrido, cabe ya plantearse si el tratamiento del impacto de los servicios de intermediación en línea en la distribución comercial integrada no debería ser objeto de un instrumento normativo distinto del REXCAV y las DRV, a la vista de lo forzado que resulta su encaje en el ámbito de aplicación subjetivo del REXCAV 2022. En este sentido, si se traen a colación los objetivos marcados previos a la revisión REXCAV y las DRV 2010, se diría que el resultado ha sido modesto. Con el REXCAV y las DRV 2022 la apertura del Derecho *antitrust* al futuro de la distribución comercial integrada es ciertamente sutil, sin que se haya alcanzado el objetivo de la simplificación en su aplicación: el sistema sigue adoleciendo de complejidad (de hecho, las DRV son mejorables en su estructura y redacción, apreciándose reiteraciones de ideas que no siempre se expresan en idénticos términos), sin que se atenúen los riesgos que implica la autoevaluación. Y se mantiene la pertinaz «división maldita» (*die verdamnte Spal-*

tung/) del análisis *antitrust* de los acuerdos verticales, especialmente, de los de distribución selectiva, entre el apdo. 1 y el apdo. 3 del art. 101 TFUE, lo que sigue generando dudas y confusión, como ha quedado reflejado en las directrices aplicables al caso que nos ocupa. De mantenerse el actual aparato normativo, debería al menos de procederse a la revisión de las DRV con una mayor periodicidad. Es previsible que se asista a una rápida evolución del paradigma de referencia actual y a nuevas modalidades de distribución integrada a través de Internet que no pueden aguardar su regulación hasta el año 2034. Y ello permitiría, además, tomar en consideración el impacto del RMD, del RSD y del resto de normas sobre mercados digitales que están en camino.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN JUÁREZ, I., «Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº. 22, 2018, 13 p. (ed. digital)
- BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Marcial Pons, 2014.
- BUESO GUILLÉN, P.-J., «Coordinación empresarial y comercio electrónico de bienes en el marco del Mercado Único Digital: últimos desarrollos», en: RUIZ PERIS, J.I., y ESTEVAN DE QUESADA, C. (dir.), *Cooperación empresarial y Derecho de la competencia – Business Cooperation and Competition Law*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 259-275.
- Id., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de razón: delimitación conceptual y tratamiento en el Derecho comunitario europeo*, tesis doctoral (1999) incorporada al Repositorio de Tesis Doctorales en Red (TDR) con fecha 5 de diciembre de 2008 – disponible en URL: <http://zaguan.unizar.es/record/1922>.
- Id. «Denkanstöße zum wechselnden EU-Vertriebsrecht am Rande der Geoblocking-Verordnung», en: OLMOR, S. (Hrsg.), *Weltbürgerliches Recht. Festschrift für Michael Martinek zum 70. Geburtstag*, Beck, 2020, pp. 95-106.
- Id. «Distribución a través de Internet y regulación de acuerdos verticales»; en: VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., y RUIZ PÉRI, J.I. (dir.), ARRANZ MADRID, L., y MORENO SERRANO, E. (coord.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013, pp. 781-794.
- Id., «Vertriebsverträge, insbesondere Franchiseverträge und die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikalen Vereinbarungen», en: SCHULZE, R. (edr.), *Franchising im Europäischen Privatrecht, Europäisches Privatrecht*, sec. B, vol. 18, Nomos, 2001, pp. 221-240.
- CARBAJO CASCÓN, F., «La distribución en Internet», en: HERRERO GARCÍA, M.J. (dir.), GARCÍA VICENTE, J.R., y VAQUERO PINTO, M.J. (coord.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2010, pp. 163-211.

- CARRASCO DEL OLMO, P., «El caso Coty: licitud de las restricciones a las ventas on line en la distribución selectiva de productos de lujo», *La Ley Mercantil*, nº. 40, 2017.
- CRESPO LASO DE LA VEGA, D., y MARTÍNEZ MATA, Y., «Las restricciones verticales en Internet: ¿Qué ha de nuevo bajo el sol?, en: RECUERDA GIRELA, M.A., *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Civitas-Thomson Reuters, 2019, pp. 263-278.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., y FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, R., «Distribución selectiva y comercio electrónico tras la Sentencia Coty del Tribunal de Justicia», en: ORTEGA BURGOS, E. *Actualidad Mercantil 2019*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 273-296.
- LÓPEZ RIDRUEJO, M., y GUBÍA BENITO, A., «Restricciones verticales en Internet, ¿de dónde venimos y hacia dónde vamos?, *Anuario de Derecho de la Competencia 2021*, Civitas-Thomson Reuters, 2021, pp. 225-260.
- OLMEDO PERALTA, E., «Comercialización de servicios hoteleros a través de plataformas digitales de reserva de habitaciones: el controvertido uso de las cláusulas de nación más favorecida (most favoured nation)», *Revista General de Derecho del Turismo*, nº. 4, 2021.
- RODILLA MARTI, C., «Cláusulas anti-Amazón y distribución de bienes de lujo», en: TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNANDEZ CARBARILLO-CALERO, P.I., y TORRES PÉREZ, F.J. (coord.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, 2019, pp. 145-167.
- VERGEZ MUÑOZ, C., «Sentencia Coty: reflexiones sobre las posibles limitaciones a las ventas online en plataformas de terceros», en: RECUERDA GIRELA, M.A., *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 333-362.
- WIJCKMANS, F., TUYTSCHAEVER, F., GUTIERREZ GILSAN, J., y HERRERO SUÁREZ, C., *Contratos de distribución y Derecho de la competencia UE-España*, Pérez-Llorca Abogados, Aranzadi Thomson-Reuters, 2021.
- ZURIMENDI ISLA, A., *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la competencia*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2021.