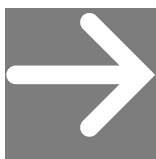


Nuevas normas de competencia aplicables a los acuerdos de distribución



Mayo 2022

Las empresas deben asegurarse de que sus contratos y políticas aplicables a su red de distribución cumplen con la nueva normativa europea de competencia y sacar partido de sus ventajas.

¿Hablamos?

Alberto Escudero

Socio responsable del área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal

alberto.escudero.puente@pwc.com

Michael Tuit

Abogado en el área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal

michael.tuit@pwc.com

El pasado 10 de mayo, la Comisión Europea ha aprobado las versiones definitivas de las nuevas normas de competencia aplicables a los acuerdos de distribución. Estas normas moldean las cláusulas contractuales de multitud de acuerdos “verticales” entre proveedores y distribuidores, categoría que incluye los contratos de distribución (selectiva o exclusiva) franquicia, concesión, reventa, marketing, comercialización, suministro, agencia, etc. Como consecuencia, a partir del 1 de junio de este año, los nuevos contratos de distribución respecto de los que se quiera disponer de plenas garantías de compatibilidad con las normas de competencia deberán redactarse de acuerdo con la nueva regulación. Para los contratos y políticas de distribución ya vigentes, se abre un plazo de un año (hasta el 31 de mayo de 2023) para que las empresas adapten dichos acuerdos a las nuevas normas de competencia.

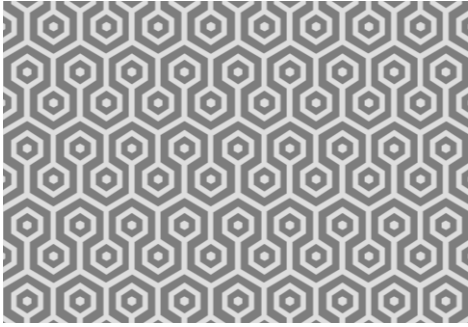
Esta nueva normativa constituye, por tanto, una invitación a las empresas para que revisen la compatibilidad con las normas de competencia de sus acuerdos y políticas comerciales aplicados a sus redes de distribución; actualicen sus programas de cumplimiento de

competencia para tomarlas en consideración; e impartan formación a sus empleados para que conozcan las nuevas reglas del juego en este ámbito.

Las nuevas normas no constituyen un cambio revolucionario con respecto a la regulación previa, pero sí generan nuevos riesgos de incumplimiento para las empresas, a la vez que crean oportunidades para incrementar la eficiencia y rentabilidad de sus redes de distribución.

1. Objetivos perseguidos por las nuevas normas de competencia sobre distribución

Las nuevas normas aprobadas por la Comisión Europea se denominan: Reglamento (UE) 2022/720 de 10 de mayo de exención por categorías sobre acuerdos verticales (el “reglamento”, ver [link](#)) que sustituye al Reglamento (UE) 330/2010; y Directrices de la Comisión Europea sobre restricciones verticales (las “directrices”, ver [link](#)) que sustituyen a las Directrices homónimas de 2010. Fueron sometidos a consulta pública como proyectos normativos en julio de 2021 y febrero de 2022. Está previsto que permanezcan en vigor hasta 2034.



Los objetivos perseguidos por las nuevas normas europeas de competencia sobre distribución son: una aplicación más estricta de las normas de competencia en algunas áreas (como en lo relativo a las cláusulas de paridad; o los intercambios de información en sistemas de distribución dual); introducir una regulación más detallada del comercio electrónico y de las plataformas de internet; flexibilizar las normas de competencia en otras áreas (precios de suministro para la reventa on-line; o prórroga de las obligaciones monomarca); y hacer que esta normativa sea más clara para que pueda aplicarse con mayor uniformidad en toda la Unión Europea ("UE").

Tanto en el marco regulatorio actual como en el futuro, los contratos de distribución que cumplen las condiciones dispuestas en el reglamento de exención por categorías sobre acuerdos verticales tienen asegurada su compatibilidad con las normas de competencia. De lo contrario, todavía podrán resultar compatibles, si las empresas acreditan que sus acuerdos verticales generan suficientes ventajas para los consumidores y eficiencias, en compensación de sus efectos restrictivos de la competencia. Las directrices que acompañan al reglamento sirven de guía para esta autoevaluación sobre ventajas, eficiencias y compensación de efectos restrictivos.

Este año está siendo de una gran actividad normativa por parte de la Comisión Europea en el ámbito de competencia, pues está acometiendo, en paralelo, una reforma de la regulación aplicable a los acuerdos horizontales entre competidores, habiendo publicado proyectos normativos al respecto hace unas semanas (de los cuales hemos dado cuenta en otros periscopios (ver [link](#), [link](#) y [link](#)).

2. Riesgos de infracciones derivados de la nueva normativa europea de competencia sobre distribución

A continuación, se relacionan aquellos aspectos de las nuevas normas que

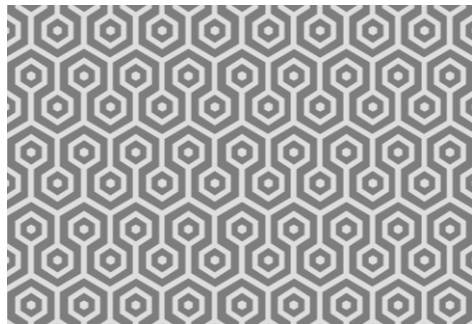
traen consigo una regulación más estricta. Son cuestiones que las empresas deberán revisar con especial cuidado. De soslayarse esta revisión, se correrá el riesgo de que la empresa cometa infracciones, pues el marco normativo previamente vigente era más laxo.

2.1. Distribución dual

Un sistema de distribución dual es aquél en el que el proveedor compite a nivel minorista con sus distribuidores. Se trata de una práctica que últimamente ha proliferado, sobre todo, al empezar a vender on-line los fabricantes directamente a los consumidores. Esta situación se suele dar también en las redes de franquicia, puesto que el franquiciador normalmente dispone de establecimientos propios que compiten con los franquiciados.

En los sistemas de distribución dual deberán establecerse cautelas en relación con los intercambios de información entre el proveedor y sus distribuidores. En adelante, el reglamento no garantiza la compatibilidad con las normas de competencia de los intercambios que no estén directamente relacionados con la aplicación del acuerdo o que no sean necesarios para mejorar la producción o la distribución de los productos objeto del contrato.

Señalan las directrices que el proveedor podrá legítimamente acceder y entregar información de sus distribuidores relativa a las siguientes materias: información técnica; logística; *feedback* de clientes; precios de reventa de sus distribuidores; marketing; promociones; y porcentaje de ventas efectuadas por el distribuidor de los productos suministrados por el proveedor, respecto del total de ventas del distribuidor sobre ese tipo de productos (incluyendo los comprados a otros proveedores distintos). El proveedor podrá igualmente facilitar al distribuidor información agregada sobre el rendimiento de otros distribuidores de su red (actividades de marketing y ventas).



Por el contrario, en adelante, se podría llegar a considerar anticompetitivo el acceso por el proveedor a la siguiente tipología de información procedente de sus distribuidores, cuando el proveedor no hubiera establecido mecanismos de compliance de competencia: precios de reventa futuros; información de ventas a clientes individuales (aunque se admite en determinadas circunstancias); e información intercambiada sobre los productos de marca blanca entre una cadena de supermercados y los fabricantes que producen bajo marca propia productos competidores.

Una vez dicho esto, las directrices abren la posibilidad a que el intercambio de información entre un fabricante y sus distribuidores en relación con las categorías de información señaladas en el párrafo previo todavía puede ser compatible con las normas de competencia si el proveedor implanta protocolos de cumplimiento de competencia. En particular, este control interno de compliance puede consistir en impedir, mediante “murallas chinas”, que la información sobre el distribuidor considerada como problemática llegue a la unidad de negocio del proveedor que compite a escala minorista con los distribuidores. Una vez implantado este cortafuegos, las directrices dejan entrever que el proveedor podría estar legitimado para acceder también a las informaciones procedentes del proveedor mencionadas en el párrafo previo.

2.2. Ventas por internet de los distribuidores

En el marco normativo previo ya se establecía que los proveedores no podían imponer a sus distribuidores una prohibición absoluta de revender por internet. Las directrices siguen aclarando que un proveedor no podrá exigir a sus distribuidores que sólo revendan en tiendas físicas. Tampoco podrá prohibir a los distribuidores que usen la marca del proveedor en las webs de los distribuidores (aunque en relación con el dominio de la web del distribuidor la

regulación es diferente); hagan ningún tipo de publicidad en internet, por ejemplo, mediante motores de búsqueda; jamás pujen con la marca o el nombre del proveedor, para obtener una mayor visibilidad de sus propias webs en los motores de búsqueda; utilicen los servicios de ninguna web de comparación de precios.

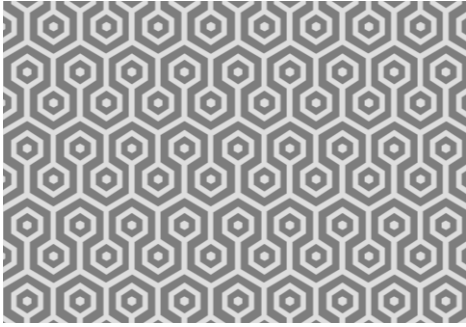
2.3. Plataformas de comercio electrónico que venden directamente a los consumidores

La garantía de compatibilidad del reglamento no se extenderá a las relaciones de distribución dual de los operadores de servicios de intermediación on-line (plataformas de comercio electrónico) que, además de vender directamente a los consumidores, también hagan de intermediarios en las ventas entre minoristas y consumidores (plataformas híbridas). No obstante, las directrices aclaran que las normas de competencia se aplicarán con mayor flexibilidad a las plataformas híbridas que dispongan de menores cuotas de mercado.

2.4. Restricciones a las obligaciones de paridad por parte de las plataformas de intermediación online

Por obligación de paridad (o cláusula de nación / cliente más favorecido) se entiende la prohibición impuesta a la otra parte de ofrecer a terceros precios inferiores o mejores condiciones comerciales.

El reglamento no ampara las obligaciones de paridad impuestas a las empresas por las plataformas de intermediación on-line, cuando impidan directa o indirectamente a aquéllas ofrecer a los consumidores precios inferiores o mejores condiciones, a través de plataformas competidoras (cláusula de paridad amplia). Las directrices añaden que por mejores condiciones se entiende un mayor inventario, disponibilidad o capacidad.



No obstante, el reglamento sí otorga amparo a la prohibición impuesta por la plataforma a las empresas de efectuar mejores ofertas a través de los canales de ventas directos propios de las empresas (cláusula de paridad estrecha).

2.5. Concursos públicos y licitaciones privadas

Las directrices señalan que la participación en concursos públicos y licitaciones privadas se considerará una venta pasiva, con lo que se limita el rol de los proveedores para ordenar la participación de su red en aquéllas.

2.6. Acuerdos de agencia

En relación con los contratos de agencia, las nuevas normas regulan con mayor detalle cuestiones como: los operadores que, en relación con un mismo proveedor, actúan tanto como revendedores (para algunos productos) como agentes (para otros); los agentes que actúan para varios principales competidores; y las plataformas de comercio electrónico.

3. Oportunidades generadas por la nueva normativa para que las redes de distribución sean más eficientes y rentables

El cambio de régimen normativo también abre la posibilidad para que las empresas reformulen y modernicen algunos aspectos de sus redes de distribución, de cara a ofrecer un mejor servicio a los clientes y ganar en competitividad. A continuación, se enumeran algunas posibilidades en este sentido.

3.1. Doble precio de suministro online / offline

Probablemente el cambio más relevante de la nueva regulación es que se permita, en determinadas circunstancias, que los proveedores acuerden con los distribuidores unos precios de suministro a escala mayorista diferentes, en función de si los distribuidores van a revender

los productos on-line u off-line. Se abre con ello la posibilidad de que el precio de suministro sea mayor si el distribuidor revenderá el producto on-line, así como a que el proveedor pueda efectuar las comprobaciones apropiadas al respecto para asegurarse de que está facturando correctamente sus precios de suministro. Este cambio es de aplicación a todos los sistemas de distribución.

No obstante, el doble precio no debe convertirse de facto en una prohibición de la venta on-line impuesta a los distribuidores, ni del comercio paralelo en el seno de la UE. Además, no debería conducir a prácticas de fijación del precio de reventa por el proveedor a sus distribuidores.

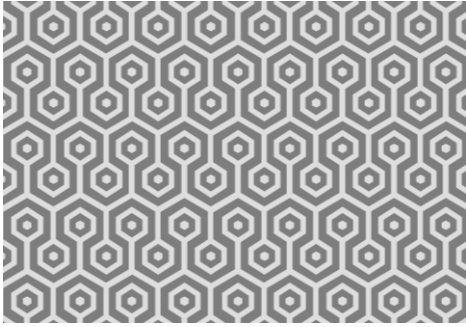
3.2. Limitaciones en relación con las plataformas de comercio electrónico

En relación con las ventas on-line de los distribuidores, las directrices aclaran que un proveedor podrá prohibir a sus distribuidores que revendan a través de plataformas de comercio electrónico. Esta previsión es aplicable para todos los sistemas de distribución.

3.3. Asignación de territorios en favor de hasta cinco distribuidores

En Derecho de la Competencia se entiende por distribución exclusiva los sistemas en los que el proveedor asigna territorios o grupos de clientes a los distribuidores. Los distribuidores tienen prohibido efectuar ventas activas a los territorios/clientes de otros distribuidores. Se produce una venta activa cuando, sin que medie petición previa del cliente, el distribuidor se dirija a éste mediante una visita, llamada, e-mail, acción comercial directa, etc.

El nuevo reglamento permite que en los sistemas de distribución exclusiva el proveedor pueda designar hasta cinco distribuidores. El marco normativo vigente sólo otorgaba garantías de compatibilidad con las normas de competencia a los sistemas de



distribución exclusiva en los que se designaba únicamente a un solo distribuidor por territorio.

En los sistemas de distribución exclusiva, el reglamento autoriza al proveedor a que pueda obligar a sus distribuidores a que éstos prohíban a los clientes de los distribuidores efectuar ventas activas en el territorio/grupo de clientes asignados a otros distribuidores.

3.4. Posibilidad de imponer nuevas obligaciones a los distribuidores en los sistemas de distribución selectiva

Un sistema de distribución selectiva es aquél en el que el proveedor se compromete a vender sus productos solo a los distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos y los miembros de la red se comprometen a no revender a distribuidores no autorizados. Las franquicias suelen integrarse en sistemas de distribución selectiva.

Para asegurar una mayor estanqueidad de la red de distribución selectiva, el reglamento permite que el proveedor imponga a los distribuidores autorizados la obligación de prohibir a los clientes de los distribuidores que revendan a operadores no autorizados.

El reglamento sigue admitiendo que el proveedor establezca estándares de calidad para las ventas on-line de los distribuidores. Las directrices otorgan mayor libertad a los proveedores para definir estos estándares de venta on-line, que ya no tienen que ser “globalmente equivalentes” a los criterios establecidos para las ventas físicas por parte de los distribuidores.

3.5. Precios de reventa de los distribuidores

Como en el marco vigente, un proveedor puede recomendar precios de reventa o fijar precios de reventa máximos a sus distribuidores. Pero no podrá fijarles los precios de reventa, ni unos precios mínimos de reventa. Aun así, las directrices permiten que el proveedor y los distribuidores empleen herramientas

informáticas para hacer seguimiento de los PVPs on-line de la red.

Las directrices dejan claro que un proveedor no puede prohibir, por regla general, a sus distribuidores publicitar precios inferiores a los recomendados por el proveedor. No obstante, las directrices hacen un esfuerzo por coherencia esta previsión con la prohibición de venta a pérdida de la normativa de competencia desleal (en particular, para evitar daños en la imagen de marca).

En un escenario en el que el proveedor acuerda un precio de venta con un cliente y la venta la efectúa un operador designado por el proveedor, no se considera una infracción que el proveedor le indique al operador en cuestión a qué precio debe revender el producto al cliente.

3.6. Obligaciones de no competencia

Las obligaciones de no competencia son las que imponen al distribuidor suministrarse en exclusiva del proveedor; o comprarle más del 80 % de sus necesidades de los productos objeto de suministro. El reglamento sigue considerando compatibles estas cláusulas si duran hasta cinco años. Pero ya no exigirá que, llegado el quinto año, deban ser objeto de renovación expresa, permitiéndose su prórroga tácita, en determinadas circunstancias.

3.7. Sostenibilidad

Al igual que en el ámbito de los acuerdos horizontales, las nuevas normas de competencia sobre acuerdos verticales enfatizan la importancia de valorar los objetivos de desarrollo sostenible para determinar si un acuerdo es compatible con las normas de competencia. Las directrices abren, por ejemplo, la posibilidad a admitir la legalidad de las cláusulas monomarca (por las que el cliente se compromete a comprar sólo a un determinado proveedor) de más de cinco años de duración, si esa restricción ayuda a la consecución de objetivos de desarrollo sostenible.