

La nueva regulación de la distribución en la Unión Europea (I)**Paloma Marín Bona***(IberForo-Madrid)***1. QUÉ SON LOS ACUERDOS VERTICALES**

Las empresas suelen confiar la distribución de sus productos o servicios a terceros; entre otros, distribuidores, agentes, franquicias, dependiendo del producto o servicio que se ofrezca, de las particularidades del mercado en cuestión y en definitiva de la estrategia empresarial que se pretenda llevar a cabo.

Este tipo de acuerdos se conocen con el nombre de acuerdos verticales porque se trata de acuerdos entre, en principio, operadores no competidores. En efecto, son acuerdos entre empresas situadas en fases diferentes del proceso productivo. En general, son muy pocos los productores que distribuyen directamente sus productos al consumidor final y prefieren concentrar sus esfuerzos y estrategias en una sola fase de ese proceso productivo.

El mercado común europeo supone una oportunidad para las empresas comunitarias de operar en nuevos mercados geográficos. Este tipo de operaciones conllevan unas importantes inversiones de diversa índole y son asimismo arriesgadas. En este sentido, los acuerdos entre los productores que quieren introducirse en un nuevo mercado y los distribuidores facilitan este proceso pero normalmente implican compromisos entre las partes que pueden considerarse contrarios a la competencia, como cláusulas de exclusividad, protección territorial, fijación de precios, etc.

Diversidad y dinamismo

Por otro lado, el sector de la distribución en Europa se caracteriza por su diversidad y dinamismo pero también por la existencia de barreras de acceso, lo que incrementa el poder de mercado de determinados distribuidores en mercados oligopolísticos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el sector de la distribución y, en particular, la distribución

minorista tiene un carácter eminentemente nacional.

En general, los acuerdos horizontales, aquéllos realizados entre competidores, suelen tener mayores efectos anticompetitivos, especialmente cuando las empresas tienen poder de mercado.

Sin embargo los acuerdos verticales pueden contribuir a mejorar la eficacia económica. Una distribución eficaz y cualificada, con un adecuado apoyo pre y postventa puede llevar a una reducción de los costes de las transacciones así como a optimizar los niveles de venta e inversión y todo ello redundará en beneficio de los consumidores.

En este sentido, la Comisión Europea considera en su Comunicación de 13 de octubre de 2000 sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales, que muchas restricciones verticales sólo plantean problemas si la competencia entre distintas marcas resulta insuficiente, es decir si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos. El poder de mercado puede definirse como la facultad de subir los precios por encima del nivel competitivo obteniendo, al menos a corto plazo, beneficios por encima de lo normal¹.

En efecto, la Comisión Europea con la aprobación del nuevo marco jurídico sobre acuerdos verticales, que se analizará a continuación, muestra mayor preocupación por el impacto en el mercado de los acuerdos verticales que por las cláusulas contenidas en los mismos.

2. NUEVO MARCO REGULATORIO**2.1. Regulación comunitaria**

El pasado 1 de junio de 2000 entró en vigor el nuevo Reglamento de la Comisión (CE) Nº 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999, de Exención por Categorías (en adelante REC) relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 C.E. a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas².

¹ Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000. Directrices relativas a las restricciones verticales. (2000/C 291/01).

² El apartado 1 del artículo 81 del CE establece que "serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Por su parte, el apartado 3 del artículo 81 establece que, "no obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante", sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar sus objetivos y sin ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Las exenciones otorgadas por la Comisión Europea en virtud del apartado 3 del artículo 81 pueden ser por categoría o por una decisión individual. En la práctica, la Comisión concede pocas exenciones individuales y el procedimiento para su adopción es lento y pesado. Por ello, la Comisión adoptó el sistema de los Reglamentos de exención por categorías, de forma que los acuerdos que caen bajo su ámbito de aplicación resultan exentos automáticamente.

A efectos de la aplicación del R.E.C, la categoría "acuerdos verticales" incluye todos aquellos acuerdos de compra o venta de bienes o servicios cuando estos acuerdos se celebren entre empresas no competidora³. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual.

El objetivo de esta nueva regulación es centrar el análisis en la estructura del mercado para determinar el impacto de los acuerdos verticales en la competencia.

En general, como señala la Comisión en el preámbulo del R.E.C., siempre que la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda de 30 por 100 *"cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinados tipos de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes"*, siendo estas condiciones necesarias para la obtención de una exención del apartado 3 del artículo 81 C.E. *"En el caso de los acuerdos verticales que contienen obligaciones de suministro exclusivo, la cuota del comprador es el factor decisivo para determinar los efectos globales de tales acuerdos verticales sobre el mercado"*.

Las Directrices de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2000⁴ completan la actual regulación comunitaria de los acuerdos verticales.

Se ha establecido en el propio R.E.C un periodo transitorio de aplicación de la legislación anterior hasta el 31 de diciembre de 2001 respecto de los acuerdos que estuvieran en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplieren las condiciones de exención previstas en el R.E.C. En concreto, la regulación anterior se refiere a los Reglamentos de la Comisión (C.E.E) 1983/83, 1984/83 y 4087/88 relativos a la distribución exclusiva, la compra exclusiva y la franquicia respectivamente.

2.2 SITUACIÓN EN ESPAÑA: VACÍO LEGAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL R.E.C

Por Real Decreto Ley 157/1992 de 21 de febrero se incorpora al Derecho español el contenido de los reglamentos por categorías comunitarios relativos a los acuerdos de distribución exclusiva, de compra exclusiva, de licencia de patentes, de distribución y servicio de venta y de postventa de automóviles, de franquicia y de licencia *know-how*. Así, el artículo 1 de este Real Decreto establece que quedarán autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos empresas, que afecten únicamente al mercado español, y cumplan las disposiciones contenidas en cada uno de esos reglamentos por categorías comunitarias.

Al utilizar la técnica del listado de los reglamentos por categorías sin prever qué sucede en caso de que éstos sean sustituidos, se produce un vacío legal como ya evidenció el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante T.D.C.) en el Expediente "La Casera"⁵. En esta ocasión, el T.D.C decidió autorizar individualmente un acuerdo de franquicia industrial que cumplía con la legislación comunitaria vigente a pesar de que el Real Decreto 157/1992 hacía referencia a un Reglamento comunitario ya derogado.

En efecto, en 1996 la Comisión había aprobado un nuevo Reglamento por categorías relativo a los acuerdos de transferencia de tecnología, en concreto el Reglamento (C.E.) nº 240/96 de 31 de enero de 1996, que sustituía al Reglamento (C.E.E.) nº 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984 sobre acuerdos de licencia de patentes y al Reglamento (C.E.E) nº 556/89, de 30 de noviembre de 1988, sobre acuerdos de licencia de *know-how*, ambos citados expresamente en el Real Decreto 157/1992.

Exención automática

Por su parte, el R.E.C sustituye, como ya se mencionó, los Reglamentos de la Comisión (C.E.E) 1983/83, 1984/83 y 4087/88 relativos a la distribución exclusiva, la compra exclusiva y la franquicia, respectivamente, que aparecen también mencionados de forma expresa en el Real Decreto 157/1992.

³ Tal y como establece el apartado 4 del artículo 2 del R.E.C, la exención no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras; "no obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y:

- a) el volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año, o
- b) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, o
- c) el proveedor suministre servicios a distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competidores en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales".

⁴ Vid supra nota 1.

⁵ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de mayo de 1996.

Ninguna modificación de este Real Decreto se ha producido hasta la fecha y por consiguiente el R.E.C no está reflejado en la normativa nacional. En la actualidad los acuerdos celebrados entre dos empresas que tengan sólo efectos en el mercado español y cuyos operadores no tengan más de un 30 por 100 de cuota de mercado deberán notificarse al Servicio de Defensa de la Competencia, a pesar de que a nivel comunitario un acuerdo de estas características quedaría automáticamente exento de la prohibición del artículo 81 del Tratado C.E., sin precisar solicitud de exención a la Comisión.

El Tribunal de Defensa de la Competencia señala en su Resolución de 6 de marzo de 2000 en el Expediente 273/1999 que cabe esperar que en el futuro pueda hacerse un planteamiento similar en relación a los acuerdos verticales con respecto al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que como el artículo 81 del Tratado C.E. prohíbe, en el mercado nacional, los acuerdos restrictivos de la competencia.

En efecto, se espera la aprobación de una nueva norma jurídica, quizá más afortunada que el Real Decreto 157/1992, que permita incorporar al Derecho español las eventuales modificaciones de los reglamentos comunitarios por categorías. ■