

La nueva regulación de la distribución en la Unión Europea (y II)

Paloma Marín Bona

(IberForo-Madrid)

3. EL FUNCIONAMIENTO DEL REC

3.1. Introducción

Para la explicación del ámbito de aplicación del REC conviene diferenciar tres situaciones:

- En primer lugar, determinados acuerdos verticales no necesitan acudir al REC simplemente porque el apartado 1 del artículo 81 CE no le es aplicable por lo que no es necesario obtener una exención de la prohibición que aquél establece.
- En segundo lugar, algunos acuerdos violan el artículo 81 apartado 1 CE, no obstante podían, en la situación anterior, ser objeto de una exención individual si se cumplían los requisitos del apartado 3 del artículo 81 CE. Pues bien, estos acuerdos son los que, cumpliendo los requisitos del REC, ya no necesitan de una decisión individual de la Comisión Europea, sino que se entienden exentos de la aplicación de la prohibición del artículo 81 apartado 1 CE.
- En tercer lugar, los acuerdos que no entren dentro del campo de aplicación del REC no son *per se* ilegales. Tendrán que ser objeto de análisis para determinar si cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 81 y si, en consecuencia, pueden beneficiarse de una exención individual.

3.2. Las condiciones de aplicabilidad del REC.

Para que un acuerdo vertical que viola el artículo 81 apartado 1 pueda beneficiarse de la exención del artículo 1 del REC es necesario que:

- no supere la cuota de mercado del 30%
- no tenga alguno de los efectos especificados en el artículo 4 del REC
- no produzca, pese a cumplir los requisitos anteriores, efectos contrarios a los establecidos por el apartado 3 del artículo 81, esto es, no provoque una restricción grave de competencia.

3.2.1. La cuota de mercado del 30%.

El artículo 3 del REC establece que “la exención del artículo 1 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor y de las empresas vinculadas al proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30%”. En el caso de acuerdos que incluyan cláusulas de suministro exclusivo (el vendedor se compromete a suministrar sólo el producto o el servicio al comprador), la cuota de mercado del comprador también debe ser inferior al 30%.

El artículo 9 del REC señala que la cuota de mercado se calcula “sobre la base de valor del mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales y otros bienes o servicios vendidos por el proveedor, que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previstos”.

Por lo tanto, lo primero que debe hacerse es delimitar el mercado en el que calcular ese porcentaje.

Una vez delimitado dicho mercado, la cuota del mismo es el porcentaje de ventas que los productores de dicho mercado realizan a los distribuidores.

3.2.2. Las cláusulas prohibidas:

3.2.2.1. Las restricciones del artículo 4 del REC

Existen cinco tipos de cláusulas (las llamadas cláusulas negras) que determinan la inaplicabilidad de la exención al contrato de que se trate en su integridad:

a) *Las restricciones sobre los precios.*

Cualquier cláusula que restrinja la facultad del revendedor de determinar el precio, supone la inaplicabilidad de la exención.

Ahora bien, el mismo apartado permite, a diferencia de lo que ocurría en la situación legal anterior, los precios máximos y las recomendaciones de precios.

Con respecto a estas recomendaciones de precios, no pueden incluirse cláusulas que determinen que estamos *de facto* ante una fijación de precios y no una recomendación. Por ejemplo, no es admisible una recomendación de precios acompañada de un incentivo para ajustarse a dicho precio recomendado; ni tampoco un precio recomendado de una cláusula que imponga algún tipo de efecto negativo por no ajustarse a tal precio.

b) Las restricciones territoriales

No son admisibles las limitaciones de ventas salvo en tres casos:

- En la **distribución exclusiva**, la prohibición de realizar ventas activas fuera del territorio. Es decir, lo que sí se permite es que el proveedor le prohíba al distribuidor la búsqueda activa de clientes (p. ej. mediante publicidad) fuera del territorio. No obstante, el distribuidor siempre debe ser libre para atender pedidos que les realice cualquier cliente, incluso fuera del territorio (venta pasiva).
- La **restricción de ventas** a usuarios finales por un comprador que opere a nivel de comercio al por mayor.
- En la **distribución selectiva**, la prohibición de vender a distribuidores no autorizados.
- En cualquier tipo de distribución, **restringir la capacidad del comprador de reventa de bienes** “suministrados por el proveedor a efectos de incorporación” a otro bien a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor.

c) Las restricciones de clientela

Se establece la inaplicabilidad de la exención a los acuerdos que tengan como objeto “restringir las reventas pasivas o activas a los usuarios por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva”.

d) Las restricciones de suministros cruzados en los sistemas de distribución selectiva

Este apartado se refiere a las cláusulas que impiden la llamada “libertad de distribución horizontal”. Es decir, excluyen la aplicabilidad de la exención a un acuerdo cuyas cláusulas conduzcan a restringir la reventa entre distribuidores autorizados.

Como señala la propia Comisión Europea en sus Directrices¹, esto significa que un sistema de distribución selectiva no puede ir acompañado de cláusulas de compra en exclusiva ni de cláusulas de protección territorial.

Por tanto, debe existir total libertad de suministros entre los distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva.

e) Las restricciones de ventas de piezas de recambio

No son admisibles tampoco las restricciones entre un proveedor de componentes (piezas de recambio) y un comprador que los incorpora en otros bienes, que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a reparadores o a prestadores de servicios independientes.

3.2.2.2. Las obligaciones específicas del artículo 5 del REC

La exención no se aplica a las cláusulas siguientes, aunque el resto del contrato puede seguir beneficiándose de la exención:

a) cláusulas de inhibición de competencia directa o indirecta durante la vigencia del acuerdo.

De acuerdo con el artículo 1 esta cláusula se refiere a “cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales o cualquier obligación directa o indirecta que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente”. Este tipo de cláusula sólo es admisible cuando tiene una duración de menos de 5 años. Cuando el local donde vende el comprador sea propiedad del proveedor, este tipo de cláusula es admisible por el tiempo que dure la cesión o el arrendamiento.

b) cláusulas de inhibición de competencia tras la expiración del acuerdo.

No se admiten estas cláusulas salvo que se refieran a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual, y siempre que la obligación de no competencia no exceda de un año de duración.

¹ Vid *supra* nota 1.

Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público.

c) Cláusula sobre restricciones de venta o de reventa de marcas específicas en los sistemas de distribución selectiva.

No se beneficia de la exención una cláusula que prevea "cualquier obligación de vender o no vender marcas específicas de proveedores competidores".

Parece pues que lo que no resulta admisible es la identificación concreta de marcas que pueden ser o no revendidas junto a los productos contractuales. Estas identificaciones concretas pueden provocar la creación de los llamados "club de marcas", claramente restrictivos de la competencia entre marcas y poco susceptibles de obtener una exención individual por parte de las autoridades competentes. No obstante, siguen siendo admisibles, conforme a la jurisprudencia Perfumes dos tipos de cláusulas vinculadas a las marcas competidoras:

- La prohibición de venta de mercancías susceptibles de perjudicar, por su cercanía, la imagen de marca del proveedor.
- La obligación de reservar a los productos del proveedor un emplazamiento que, por lo que respecta a las marcas representadas corresponda al nivel de prestigio de la marca del productor y permita la identificación por el consumidor.

3.2.2.3. La retirada de la exención por efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 CE

La retirada de exención puede realizarla la Comisión bien a título individual, mediante decisión, bien a título colectivo para una categoría de acuerdos, mediante REC. A título de ejemplo, si en un mercado como el de la alta perfumería, la mayoría de los acuerdos de distribución selectiva incluyeran unos precios máximos similares, aún cuando individualmente los contratos debieran estar autorizados de acuerdo con lo señalado en el artículo 3, la Comisión Europea puede considerar que producen una rigidez de precios excesiva y retirar la exención.

Lo mismo pudiera suceder si existen redes paralelas de restricciones verticales similares que abarcaran más del 50% de un mercado de referencia, como señala el artículo 8 del REC.

Igualmente, las autoridades nacionales de competencia pueden retirar el beneficio de exención para su territorio o para una parte del mismo si se producen, dentro del mismo, los efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, en particular cuando se restrinja de forma significativa el acceso al mercado de referencia, o la competencia en el mismo.

4. CONCLUSIONES

El impacto que la aprobación del REC ha tenido en la relación contractual entre productores y distribuidores comunitarios aún no puede evaluarse con exactitud, máxime cuando existe un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2001 en el que todavía continúan en vigor los anteriores reglamentos comunitarios para los acuerdos anteriores a 31 de mayo de 2000.

No cabe duda de que el objetivo de este nuevo Reglamento comunitario ha sido centrarse en los acuerdos verticales de aquéllas empresas con un cierto grado de poder en el mercado que se verán obligadas a revisar los clausulados de sus acuerdos. En el caso de que sus cuotas de mercado superen el 30% del mercado relevante deberán solicitar una exención individual para sus acuerdos verticales ante la Comisión Europea, perdiendo el beneficio de acogerse directamente a un reglamento de exención por categoría.

Por otro lado, se desconoce cuál será la regulación española al respecto. Debe recordarse que hasta la fecha el Real Decreto Ley 157/1992 de 21 de febrero que incorporaba a derecho español el contenido de los anteriores 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*, no ha sido modificado para incorporar a derecho español el REC. ■