

Revisión del Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales

Nota explicativa

El 9 de julio de 2021, la Comisión publicó para consulta pública un proyecto revisado de Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales («RECAV»)¹. En el RECAV se abordan los denominados acuerdos verticales, a saber, los acuerdos relativos al suministro y la distribución de bienes y servicios. Estos acuerdos están presentes en toda la economía de la UE. El RECAV establece que, cuando estos acuerdos verticales cumplen determinadas condiciones, no es de aplicación la prohibición del artículo 101, apartado 1, del Tratado. El proyecto de RECAV revisado va acompañado de un proyecto de Directrices relativas a las restricciones verticales («Directrices verticales»)² revisadas que proporcionan orientación adicional sobre el modo de interpretar y aplicar el RECAV y, además, sobre la evaluación, con arreglo al artículo 101, apartados 1 y 3, del Tratado, de los acuerdos verticales que no están exentos con arreglo al RECAV.

El objetivo de la consulta pública es recabar la opinión de las partes interesadas sobre el proyecto de RECAV revisado y el proyecto de Directrices verticales revisadas y, en particular, sobre los cambios que propone la Comisión para abordar los problemas señalados en la evaluación recogida en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión publicado el 8 de septiembre de 2020³.

La evaluación puso de manifiesto que el RECAV y las Directrices verticales son herramientas útiles que facilitan significativamente la evaluación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101 del Tratado y contribuyen a reducir los costes de cumplimiento para las empresas. Sin embargo, la evaluación también puso de manifiesto un margen de mejora del funcionamiento del RECAV y de las Directrices verticales, y en particular la necesidad de adaptarlos a la evolución del mercado registrada desde que se adoptaran las normas todavía vigentes.

Desde que se iniciara la fase de evaluación de impacto en octubre de 2020, la Comisión ha recabado nuevas pruebas sobre los ámbitos susceptibles de mejora, en particular a través de una consulta pública que se desarrolló entre el 18 de diciembre de 2020 y el 26 de marzo de 2021, así como mediante conversaciones con las partes interesadas y las autoridades nacionales de competencia. Los proyectos del RECAV revisado y de las Directrices verticales revisadas tienen en cuenta todas las pruebas recopiladas hasta la fecha. La consulta pública sobre estos proyectos forma parte integrante de la investigación llevada a cabo por la Comisión. Servirá de base para la evaluación de impacto, a partir de la cual se elaborarán las versiones finales del RECAV revisado y de las Directrices verticales revisadas.

En esta fase, ambos proyectos incluyen los cambios propuestos por la Comisión sobre la base de las pruebas reunidas hasta la fecha y resumidas en la presente nota explicativa, en consonancia con los siguientes tres objetivos de la revisión:

- reajustar el espacio protegido para eliminar falsos positivos y reducir los falsos negativos en el marco del Reglamento de exención por categorías (**objetivo 1**);

¹ Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102 de 23.4.2010, p. 1).

² Directrices sobre restricciones verticales (DO C 130 de 19.5.2010, p. 1).

³ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation («Evaluación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales», documento en inglés), SWD(2020)172 final.

- proporcionar a las partes interesadas orientaciones actualizadas acordes con un entorno empresarial transformado por el crecimiento del comercio electrónico y las plataformas en línea, y garantizar una aplicación más armonizada de las normas verticales en toda la Unión Europea (**objetivo 2**); así como
- reducir los costes de cumplimiento para las empresas mediante la simplificación de áreas complejas de las normas actuales y la racionalización de las orientaciones existentes (**objetivo 3**).

1. Reajustar el espacio protegido para eliminar falsos positivos y reducir los falsos negativos en el marco del RECAV

A través de la evaluación, la Comisión pudo determinar cuatro áreas que posiblemente requieran cambios para reajustar el espacio protegido proporcionado por el RECAV conforme al ámbito de aplicación previsto.

Dos de estas cuatro áreas (obligaciones de distribución dual y de paridad, que se describen con más detalle más adelante) se refieren a posibles falsos positivos.

Los falsos positivos se refieren a acuerdos verticales y restricciones que actualmente están cubiertos por el espacio protegido del RECAV, pero respecto de los cuales no puede suponerse con suficiente certeza que, en general, mejoren en conjunto la eficiencia y, por lo tanto, cumplan las condiciones para acogerse a una exención con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado. En caso de falsos positivos, la Comisión tiene la obligación de reducir el espacio protegido para alinearlos con el artículo 101 del Tratado y el Reglamento de atribución de competencias⁴.

Las otras dos áreas (restricciones de las ventas activas y restricciones en línea, que también se describen con más detalle más adelante) se refieren a posibles falsos negativos.

Los falsos negativos son aquellos acuerdos y restricciones verticales que actualmente no están cubiertos por el RECAV, pero respecto de los cuales puede suponerse con suficiente certeza que en general cumplen, en determinadas condiciones, los requisitos para acogerse a una exención con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado. Teniendo en cuenta que la exclusión del espacio protegido de los acuerdos y restricciones verticales que pueden beneficiarse de una exención general no supone una infracción del artículo 101 del Tratado o del Reglamento de atribución de competencias, no es imperativo que la Comisión actúe. Sin embargo, la exclusión de los acuerdos verticales de exención general del espacio protegido aumenta la carga, y por tanto los costes de cumplimiento, para las empresas y, en particular, para las pymes a la hora de evaluar por sí mismas la conformidad de sus acuerdos con el artículo 101 del Tratado. Por lo tanto, la Comisión intenta reducir los falsos negativos en la medida de lo posible.

- La distribución dual abarca situaciones en las que un proveedor no solo vende sus bienes o servicios a través de distribuidores independientes, sino también directamente a clientes finales en competencia directa con sus distribuidores independientes. Las pruebas reunidas hasta la

⁴ Reglamento n.º 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (DO 36 de 6.3.1965, p. 35), modificado por el Reglamento (CE) n.º 1215/1999 del Consejo, de 10 de junio de 1999 (DO L 148 de 15.6.1999, p. 1). A través de este Reglamento, el Consejo facultó a la Comisión para adoptar reglamentos de exención por categorías para determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas que entran en el ámbito de aplicación del artículo 101 del Tratado.

fecha durante la revisión del RECAV indican que los casos inicialmente bastante limitados de distribución dual se han generalizado desde la adopción del RECAV y las Directrices verticales actualmente aplicables. Esto se debe, en particular, al crecimiento de las ventas en línea, que ha facilitado las ventas directas por parte de los proveedores, ya sea a través de sus propias tiendas virtuales o de los mercados en línea. Así pues, la actual excepción relativa a la distribución dual podría conllevar la exención de acuerdos verticales en los que los posibles problemas horizontales dejen de ser desdeñables.

La propuesta que se recoge en el artículo 2, apartados 4 a 7, del proyecto de RECAV revisado excluye del actual espacio protegido los casos de distribución dual que pueden suscitar problemas horizontales. El artículo 2, apartado 4, del proyecto de RECAV revisado limita el actual espacio protegido a los casos de distribución dual en los que la cuota de mercado agregada de las partes en el mercado minorista no supere el 10 %, en consonancia con el umbral de cuota de mercado existente para los acuerdos entre competidores utilizado en la Comunicación *de minimis*⁵.

El artículo 2, apartado 5, del proyecto de RECAV revisado prevé un espacio protegido adicional, aunque más limitado, para la distribución dual en los casos en los que el proveedor y sus distribuidores tengan una cuota de mercado agregada en el nivel minorista superior al 10 %, pero no supere el umbral de cuota de mercado del 30 % establecido en el artículo 3 del RECAV. En tal caso, para mantener el espacio protegido en la medida de lo posible y aumentar la seguridad jurídica para las empresas, siguen estando exentos todos los aspectos de su acuerdo vertical, excepto por lo que se refiere a los intercambios de información entre las partes del acuerdo vertical. Para que los casos de distribución dual contemplados en el artículo 2, apartados 4 y 5, puedan beneficiarse del espacio protegido revisado, el artículo 2, apartado 6, del proyecto de RECAV revisado también aclara que los acuerdos verticales no deben incluir ninguna restricción por objeto con arreglo al artículo 101, apartado 1, del Tratado, ni restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4 del RECAV revisado.

En el proyecto de Directrices verticales revisadas (véase la sección 4.4.3 de dicho proyecto), en el que también se hace referencia a las Directrices horizontales, se recogen aclaraciones adicionales sobre el ámbito de aplicación revisado de la excepción de la distribución dual⁶. Las Directrices horizontales también se están revisando actualmente y podrían ofrecer en el futuro nuevas orientaciones sobre los intercambios de información horizontal y vertical en casos de distribución dual, a fin de aumentar aún más la seguridad jurídica para las empresas.

Además, el proyecto de RECAV revisado refleja el cambio propuesto para ampliar el ámbito de aplicación de la excepción de distribución dual a mayoristas e importadores [véase el artículo 2, apartado 4, letra a), del proyecto de RECAV revisado]. Sin embargo, el artículo 2, apartado 7, del RECAV revisado excluye a los proveedores de servicios de intermediación en línea del beneficio de esta excepción si tienen una función híbrida, es decir, cuando venden bienes o servicios en competencia con empresas a las que prestan servicios de intermediación en línea.

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*) (DO C 291 de 30.8.2014, p. 1).

⁶ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 11 de 14.1.2011, p. 1), modificadas por la corrección de errores (DO C 33 de 2.2.2011, p. 20).

- Las obligaciones de paridad, a veces denominadas también cláusulas de nación más favorecida, pueden definirse como aquellas que exigen que una empresa ofrezca a su parte contractual las mismas o mejores condiciones que las ofrecidas en cualquier otro canal de venta/comercialización (por ejemplo, otras plataformas) o en el canal de venta directa de la empresa (por ejemplo, sitios web propios). Todas las obligaciones de paridad están actualmente exentas por categorías en virtud del RECAV, pero en los últimos años han sido objeto cada vez más de medidas de ejecución por parte de las autoridades de competencia.

Dado que estas medidas de ejecución se han centrado en las obligaciones de paridad relativas a los canales de venta indirectos, el proyecto de RECAV revisado elimina el beneficio de la exención por categorías para tales obligaciones de paridad entre plataformas para el comercio minorista impuestas por los proveedores de servicios de intermediación en línea. Este tipo de obligación de paridad se añade a la lista de restricciones excluidas; véase el artículo 5, apartado 1, letra d), del proyecto de RECAV revisado. La consecuencia de este cambio propuesto es que este tipo de obligación de paridad debería evaluarse caso por caso con arreglo al artículo 101 del Tratado.

Por el contrario, el proyecto de RECAV revisado sigue eximiendo por categorías las obligaciones de paridad para el comercio minorista relacionadas con las ventas directas o los canales de comercialización (la denominada paridad restringida). Estas obligaciones de paridad restringida del comercio minorista, así como las obligaciones de paridad del comercio mayorista, siguen beneficiándose del espacio protegido establecido en el RECAV, siempre que se respeten las condiciones generales previstas en el mismo y, en particular, el umbral de cuota de mercado del 30 % establecido en el artículo 3 del RECAV. En las secciones 6.2.4 y 8.2.5 del proyecto de Directrices verticales revisadas se ofrecen más orientaciones sobre la evaluación de las obligaciones de paridad.

- Las restricciones de las ventas activas se refieren a limitaciones a la capacidad del comprador para dirigirse activamente a clientes individuales. Las normas aplicables actualmente del RECAV contienen contadas excepciones en las que se permiten restricciones a las ventas activas. Las pruebas reunidas hasta la fecha en la revisión del RECAV y de las Directrices verticales indican que estas normas son poco claras y limitan a los proveedores a la hora de diseñar sus sistemas de distribución en función de sus necesidades comerciales.

A la luz de estas pruebas, el artículo 1, apartado 1, letra l), leído en relación con el artículo 1, apartado 1, letra n), del proyecto de RECAV revisado, proporciona una definición de las restricciones de las ventas activas. Además, el proyecto de Reglamento RECAV revisado incluye propuestas de modificación de las normas aplicables a las restricciones de las ventas activas, principalmente en su artículo 4, letras b) a d).

En el artículo 4, letra b), se introduce la posibilidad de una exclusividad compartida, que permite a un proveedor designar a más de un distribuidor exclusivo en un territorio determinado o para un grupo de clientes determinado. Al mismo tiempo, el cambio propuesto establece un vínculo entre esta exclusividad compartida y la eficiencia del sistema de distribución exclusiva para garantizar que no conduzca a una fragmentación del mercado único. A tal fin, el proyecto de Directrices verticales revisadas aclara que el número de distribuidores designados debe determinarse en proporción al territorio o al grupo de clientes asignado, de manera que se garantice un determinado volumen de negocio que preserve sus esfuerzos de inversión.

Otro cambio relativo a la distribución exclusiva se refiere a la posibilidad de que el proveedor obligue a sus compradores a repercutir la obligación en sus clientes. De conformidad con el artículo 4, letra b), del proyecto de RECAV revisado, dicha repercusión es posible cuando el cliente del comprador haya celebrado un acuerdo de distribución con el proveedor o con una parte a la que el proveedor haya otorgado derechos de distribución. El cambio tiene por objeto mejorar la protección de los incentivos a la inversión de los distribuidores exclusivos.

Además, el artículo 4, letra c), del proyecto de RECAV revisado concede a los sistemas de distribución selectiva una mayor protección frente a las ventas de distribuidores no autorizados situados en el territorio de la distribución selectiva.

- Por lo que se refiere a determinadas medidas indirectas que restringen las ventas en línea, los cambios propuestos se refieren a la fijación de precios dual (es decir, cobrar al mismo distribuidor un precio al por mayor más elevado para los productos destinados a ser vendidos en línea que para los productos vendidos fuera de línea) y al principio de equivalencia (es decir, imponer criterios para las ventas en línea que, en general, no son equivalentes a los criterios impuestos a las tiendas físicas). Las pruebas reunidas hasta la fecha en la revisión del RECAV indican que las ventas en línea se han convertido en un canal de ventas que funciona correctamente, de modo que ya no es preciso protegerlas calificando determinadas medidas indirectas que restringen las ventas en línea de restricciones especialmente graves.

Por lo tanto, el artículo 4 del proyecto de Reglamento de exención por categorías revisado ya no califica la fijación de precios dual de restricción especialmente grave. Por consiguiente, se permite a los proveedores fijar precios al por mayor diferentes para las ventas en línea y fuera de línea por parte del mismo distribuidor, en la medida en que con ello se pretenda incentivar o recompensar un nivel adecuado de inversiones y se relacione con los costes soportados para cada canal.

Además, en el contexto de un sistema de distribución selectiva, los criterios impuestos por los proveedores en relación con las ventas en línea ya no tienen que ser globalmente equivalentes a los criterios impuestos a las tiendas físicas, dado que ambos canales son de naturaleza intrínsecamente diferente.

Los cambios propuestos están sujetos al mismo principio limitativo que las restricciones a las ventas en línea en general. Por lo tanto, el RECAV revisado propuesto solo exime por categorías la fijación de precios dual y la falta de equivalencia si estas restricciones no tienen por objeto, directa o indirectamente, impedir que los compradores o sus clientes utilicen Internet para vender sus bienes o servicios en línea.

2. Proporcionar a las partes interesadas orientaciones actualizadas para ayudar a las empresas a evaluar sus acuerdos en un entorno empresarial transformado por el crecimiento del comercio electrónico y las plataformas en línea y para garantizar una aplicación más armonizada de las normas verticales en toda la UE

Uno de los principales objetivos de la revisión es proporcionar a las partes interesadas orientaciones actualizadas sobre las restricciones en línea y garantizar un enfoque armonizado de dichas restricciones en toda la UE. A tal fin, el proyecto de RECAV revisado y el proyecto de Directrices verticales revisadas incorporan los principios rectores para la evaluación de las restricciones en línea

extraídos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, principalmente de las sentencias, *Pierre Fabre y Coty*⁷, en las que se basa la DG COMP⁸.

El artículo 1, apartado 1, letra n), del proyecto de RECAV revisado establece un umbral claro para evaluar las restricciones especialmente graves en un entorno transformado por el crecimiento de las ventas en línea. Las restricciones 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 se definen como restricciones de las ventas activas o pasivas y, por tanto, como restricciones especialmente graves con arreglo al artículo 4 del RECAV.

La sección 6.1.2 del proyecto de Directrices verticales revisadas ofrece orientaciones adicionales sobre tales restricciones especialmente graves. En ella se explica cuándo determinadas conductas en línea equivalen a una venta activa o pasiva. Por ejemplo, mientras que la explotación de un sitio web constituye una forma de venta pasiva, la traducción de dicho sitio web a una lengua que no se utilice habitualmente en el territorio del distribuidor constituye una forma de venta activa. También se establece que una restricción del uso de sitios web de comparación de precios, o servicios remunerados de referenciación en motores de búsqueda, constituye una restricción especialmente grave con arreglo al RECAV, ya que la capacidad de hacer publicidad permite a un distribuidor atraer a clientes potenciales a su sitio web, lo que constituye un requisito previo para poder vender en línea. Por el contrario, las restricciones a la publicidad en línea que no excluyen canales específicos de publicidad en línea se benefician de la exención por categorías, por ejemplo, si dichas restricciones están vinculadas al contenido de la publicidad en línea o establecen determinadas normas de calidad. Otras actualizaciones reflejadas en el proyecto de Directrices verticales revisadas son la introducción de una sección sobre restricciones al uso de plataformas en línea y herramientas de comparación de precios (véanse las secciones 8.2.3 y 8.2.4).

El proyecto de RECAV revisado y el proyecto de Directrices verticales revisadas también proporcionan normas y orientaciones específicas relativas a la economía de plataformas, teniendo en cuenta que esta parte de la economía desempeña un papel cada vez más importante en la distribución de bienes y servicios. El artículo 1, apartado 1, letra d), del proyecto de RECAV revisado incluye una definición de proveedor de servicios de intermediación en línea, que se basa en una definición similar en el Reglamento sobre las relaciones entre plataformas y empresas⁹. La definición aclara que los proveedores de servicios de intermediación en línea se consideran proveedores con arreglo al RECAV. Las implicaciones de esta aclaración y de la aplicación de otras normas a los proveedores de servicios de intermediación en línea se exponen en las Directrices verticales (véase la sección 4.3). Las orientaciones pertinentes también incluyen una explicación de por qué las empresas activas en la economía de plataformas en línea no pueden considerarse agentes auténticos (véase la sección 3.2.3). Por otra parte, como se ha mencionado anteriormente en el contexto de los cambios propuestos a la excepción de la distribución dual, el artículo 2, apartado 7,

⁷ Asunto C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence* EU:C:2011:649; Asunto C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941.

⁸ Véase el Informe de la DG Competencia titulado «EU competition rules and market borders: Where do we stand after the Coty judgment?» (Normas de competencia de la UE y prohibiciones de los mercados: cuál es la situación tras la sentencia Coty) de abril de 2018, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>.

⁹ 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 línea (DO L 186 de 11.7.2019, p. 57).

del proyecto de RECAV revisado establece que los proveedores de intermediación en línea híbridos no se benefician del espacio protegido que ofrece el RECAV.

Los cambios propuestos son coherentes con la propuesta de Ley de Mercados Digitales¹⁰. Esto se debe, en particular, a que la Ley de Mercados Digitales se centra en los guardianes digitales, que son empresas que disfrutan de poder de mercado y, por lo tanto, no se benefician del espacio protegido que ofrece el RECAV.

El proyecto de Directrices verticales revisadas también incorpora el documento de trabajo de febrero de 2021 sobre distribuidores que también actúan como agentes de determinados productos para el mismo proveedor¹¹.

Además, el proyecto de RECAV revisado tiene por objeto garantizar una aplicación más armonizada del artículo 101 del Tratado a los acuerdos verticales en toda la UE. Esto debe lograrse incorporando en el propio RECAV determinados principios rectores, como los aplicables a las restricciones a las ventas en línea, así como nuevas normas, por ejemplo en lo que se refiere a la definición y la calificación de proveedores de servicios de intermediación en línea como proveedores. Al mismo tiempo, el proyecto de Directrices verticales revisadas tiene por objeto reforzar la capacidad de las autoridades nacionales de competencia para retirar el beneficio del RECAV en casos individuales en la medida de lo posible dentro del marco jurídico vigente, proporcionando orientaciones sobre las condiciones y el procedimiento aplicables (véase la sección 7.1 del proyecto de Directrices verticales revisadas).

3. Reducir los costes de cumplimiento para las empresas mediante la simplificación de las normas actuales y la racionalización de las orientaciones existentes

El proyecto de RECAV revisado y el proyecto de Directrices verticales revisadas también tienen por objeto reducir los costes de cumplimiento para las empresas, en particular las pymes, aclarando determinadas disposiciones que se consideran especialmente complejas y, por tanto, difíciles de aplicar.

En particular, las disposiciones sobre restricciones territoriales y de clientes del artículo 4, letra b), del actual RECAV, que las partes interesadas consideraban especialmente complejas, han sido sustituidas por tres conjuntos distintos de disposiciones que aclaran el alcance de la prohibición para cada uno de los principales sistemas de distribución, a saber, la distribución exclusiva, la distribución selectiva y la distribución gratuita. Además, la sección 4.6 del proyecto de Directrices verticales revisadas ofrece una explicación detallada de las características de cada uno de estos sistemas de distribución.

Por último, se ha simplificado la estructura del proyecto de Directrices verticales revisadas para proporcionar un marco de análisis más claro de los acuerdos verticales. Por ejemplo, la nueva estructura combina las orientaciones anteriormente dispersas sobre la imposición del precio de reventa en una sección específica (véase la sección 6.1.1 del proyecto de Directrices verticales revisadas).

¹⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de mercados digitales), {SEC (2020) 437 final} — {SWD (2020) 363 final} — {SWD (2020) 364 final}.

¹¹ Disponible en

https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/working_paper_on_dual_role_agents.pdf.

* * *