

Reglamento (UE) 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, 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 [DOUE-L-2022-80724]

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ACUERDOS VERTICALES. REGLAMENTO UE DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

En virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la protección de la competencia es uno de sus objetivos principales, junto al amparo a los consumidores y usuarios, y, del mismo modo, a optimizar el correcto desarrollo de los sistemas de producción y distribución de bienes y servicios. Esto conduce a que el legislador europeo, en su afán de preservar estos objetivos de protección de funcionamiento del mercado, considere imprescindible la actualización de la legislación en materia de competencia conforme a las necesidades que se presentan en la medida que evoluciona el mercado, mediante, por ejemplo, el crecimiento del comercio electrónico, así como de las novedades respecto a los tipos de acuerdos verticales.

Con la expiración el 31 de mayo de 2022 del 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), la Comisión, a la luz de su capacidad innovadora, adoptó un nuevo Reglamento con el fin de atender las condiciones previstas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado. Por este motivo, se promulgó el nuevo Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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 134/6 de 11.5.2022*), cuya entrada en vigor fue el pasado 1 de junio de 2022.

Al igual que en el extinto Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, el ámbito de aplicación del citado Reglamento (UE) n.º 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, establece el alcance de exención por categorías de acuerdos que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3 TFUE. De igual modo, según el considerando tercero del presente reglamento, se incluyen los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando dichos acuerdos son celebrados entre empresas no competidoras. Así como aquellos acuerdos verticales que contengan cláusulas accesorias sobre la cesión o explotación de derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, el nuevo Reglamento, al igual que el recientemente extinto, definen los acuerdos verticales como «los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción

o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

Al referirse el comentado Reglamento 2022/720 sobre las condiciones de exención del artículo 101.3 TFUE, es conveniente identificar esta disposición normativa. Este precepto determina la viabilidad de eximir de la prohibición del artículo 101.1 TFUE a aquellos acuerdos que puedan resultar favorables al fomento de la eficiencia económica y a la mejora de la producción y distribución de bienes y servicios. Siguiendo lo expuesto por la profesora María Mercedes CURTO POLO, la exoneración de la prohibición del artículo 101.1 TFUE recaerá sobre «actos que, no obstante, tengan carácter restrictivo, puedan generar efectos beneficiosos que compensan las limitaciones que producen sobre la competencia» [CURTO POLO, M.^a M. 2017: «Prohibición de las conductas colusorias (I): Prácticas prohibidas y régimen de exenciones». En F. Carbajo Cascón (coord.): *Manual práctico de Derecho de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 95-125/122]. Por lo tanto, el artículo 101.3 TFUE versa sobre la inaplicabilidad de las disposiciones de prohibición de acuerdos del 101.1 TFUE, cuando estas «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».

A tenor de lo establecido por el considerando séptimo del Reglamento 2022/720, la eficacia económica que puede surgir de este tipo de acuerdos estará sujeta a la capacidad de mercado de las partes del acuerdo, es decir, a la cuota de mercado que tiene cada una de las partes. Pero se impone un límite máximo de cuota de cada empresa parte del acuerdo del 30 % en el que no es posible que se supere este valor, ya que se entenderá que estos acuerdos no serán cubiertos por el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE o que no cumplen con los requisitos del 101.3 TFUE. Por lo que, insiste el Reglamento, si se supera este valor máximo de cuota de mercado de las partes no se producirán ventajas objetivas que compensen las limitaciones que causan a la competencia.

Una de las novedades que plantea el Reglamento 2022/720 se desarrolla respecto de la importancia en la distribución de bienes y servicios a través de las plataformas en línea, las cuales amplían la forma de realización de negocios. Sin embargo, llama la atención que los acuerdos que se realizan por medio de la aplicación de este tipo de plataformas no encuentran su cabida en la clasificación que se aplica a los acuerdos verticales en la economía tradicional (considerando 10 del Reglamento 2022/720). Se hace referencia de manera precisa a los denominados servicios de intermediación en línea. Este tipo de servicios proporciona a las empresas aumentar su campo de acción, debido a que permite un acercamiento comercial más directo con otras empresas y con los consumidores. El Reglamento 2022/720 reconoce los servicios de intermediación en línea como acuerdos verticales, por lo que serán acogidos por los beneficios de la exención de categorías con arreglo a la propia norma. A través de la definición de servicios de intermediación en línea del artículo 2.2 del 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 186/51 de 11.7.2019), el legislador europeo ha querido que esa definición esté adaptada al ámbito de aplicación de 101 TFUE, por lo tanto, tal definición debe referirse a las empresas, a las transacciones directas entre empresas y entre empresas y consumidores.

A raíz de las distintas estructuras de acuerdos verticales, presentan gran importancia para el legislador los llamados sistemas de distribución dual. Se entiende por distribución dual aquellos acuerdos en que el proveedor va a comerciar con sus bienes o servicios no solo a nivel ascendente, sino también a nivel descendente, con la característica de estar compitiendo con sus distribuidores independientes. En otras palabras, la distribución dual es una situación en donde un fabricante decide distribuir sus productos de manera directa, por ejemplo, utilizando sus propios distribuidores y, de igual forma, realiza contratos con distribuidores independientes. Ahora bien, el Reglamento identifica el impacto de estos acuerdos sobre la competencia. El resultado de esta valoración en la relación competitiva de estos será determinante para considerar que este tipo de acuerdos de distribución dual quedan exentos en virtud de las categorías de prácticas concertadas que se rigen en esta norma. Es decir, y a tenor literal, el reglamento en su considerando n.º 12 expresa que:

[...] en ausencia de restricciones especialmente graves, y siempre que el comprador no compita con el proveedor en el nivel ascendente, el impacto negativo potencial de acuerdo vertical en la relación competitiva entre el proveedor y el comprador a nivel descendente es menos importante que el impacto positivo potencial del acuerdo vertical sobre la competencia en general a nivel ascendente o descendente. Por consiguiente, han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento los acuerdos verticales celebrados en dichas situaciones de distribución dual.

Consiguientemente, el Reglamento 2022/720 plantea un requisito para este tipo de situaciones de distribución dual. Respecto al intercambio de información que se tiene que dar entre el proveedor y el comprador, la información en distribución dual debe estar dirigida a la mejora de los procesos de producción y distribución, y solamente quedará exento del reglamento el intercambio de información que tiene como objeto la aplicación de un acuerdo vertical que cumpla con los fines de optimización de producción y distribución de los bienes y servicios objeto del negocio jurídico. Cabe destacar que el reglamento propone una excepción a la justificación de la exención de los acuerdos verticales en situación de distribución dual, cuando los acuerdos se realizan a través de la aplicación de servicios de intermediación en línea, cuando los proveedores del servicio de intermediación en línea son igualmente competidores en el mercado de referencia (*vid.* Considerando n.º 14 del Reglamento 2022/720).

Entre tanto, el Reglamento 2022/720 presenta unas limitaciones a la exención de las prohibiciones del 101.1 TFUE, en aquellos acuerdos verticales que presenten restricciones graves que puedan afectar de forma negativa la competencia y perjudicar a los consumidores, o que, de no contener restricciones graves, simplemente que no

sean necesarias para lograr los objetivos de optimización de la eficiencia económica. El Considerando n.º 15 del reglamento plantea un listado de acuerdos verticales que contengan tipos de restricciones graves para la competencia, que no estarán amparados por la exención. Entre otras cuestiones, el reglamento menciona los precios de reventa mínimos y fijos, determinados tipos de protección territorial y, a su vez, incluye los actos que impiden el uso efectivo de internet para la venta, así como restringir la publicidad en línea.

Las restricciones de las ventas en línea no deben beneficiarse de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento cuando su objetivo sea reducir significativamente el volumen agregado de las ventas en línea de los bienes o servicios contractuales en el mercado de referencia o la posibilidad de que los consumidores compren los bienes o servicios contractuales en línea.

De la misma forma que el Reglamento 2022/720 dispone de unos límites dentro de su ámbito de aplicación, propone un límite temporal como condición a la exención por categorías. Así pues, con el objetivo de impedir una colusión en el mercado y garantizar el acceso al mismo, la exención de las cláusulas de no competencia no debe superar un periodo máximo de duración de cinco años. En suma, los límites establecidos por el Reglamento para la aplicación de la exención conforme a la cuota de mercado (30 %), así como los límites temporales, tienen como finalidad permitir que los acuerdos a los que se aplica la exención por categorías no faculten a las partes participantes de estos a eliminar la competencia en cuanto a una parte significativa de los bienes y servicios de que se trate el acuerdo (Considerando n.º 17 Reglamento 2022/720).

Ahora bien, el Reglamento 2022/720, a través de su articulado, identifica, en primer lugar, un listado de conceptos importantes y directamente relacionados con la estructura, forma y partes de los acuerdos verticales. Como novedad respecto del anterior Reglamento 330/2010, en el artículo 1 apartado e), de la nueva norma llamado «Definiciones», se incluyen los «servicios de intermediación en línea». A través de estos servicios, las empresas están capacitadas para ofrecer bienes o servicios a otras empresas, con el fin de facilitar el inicio de actividades comerciales directas; también, para facilitar actividades comerciales directas con los consumidores finales. Otra de las incorporaciones que hace el legislador en el artículo 1 de la nueva norma tiene que ver con los conceptos de *ventas activas* y *pasivas*, apartados l) y m). Las primeras se caracterizan por el trato directo hacia los clientes a través de medios de comunicación directa o publicitarios personalizados, en línea o fuera de línea. Por otro lado, las ventas pasivas consisten en la venta de bienes o servicios sin necesidad de dirigirse directa y activamente al cliente para que los obtenga. Es decir, en el caso de la venta pasiva, es el cliente quien se dirige activamente al oferente para adquirir el bien o servicio. Estas ventas pasivas se caracterizan por ser más accesibles y menos costosas que las ventas activas.

Seguidamente, el artículo 2 del Reglamento expone con claridad el objetivo de la *Exención*, los requisitos de aplicabilidad por los cuales un acuerdo vertical puede

beneficiarse de esta medida y, de igual forma, se identifican los límites, las prohibiciones y las restricciones que conlleva esta dispensa. El artículo 1.1 de Reglamento presenta las directrices de aplicabilidad de la exención. A continuación, se plantean diferentes ejemplos de acuerdos verticales susceptibles de aplicación de la exención (apartados 2 y 3 del artículo 2). Por otra parte, el apartado cuarto de artículo en cuestión presenta los límites de aplicación de la exención para aquellos acuerdos verticales que hayan sido celebrados entre empresas competidoras. De igual forma, el propio apartado responde a esta limitación por medio de una excepción, y para su aplicación se debe cumplir con tres condiciones. En primer lugar, el acuerdo vertical suscrito no debe ser recíproco. En segundo lugar, el proveedor opera de forma ascendente como fabricante y a nivel descendente como importador, pero el comprador es importador a nivel descendente. En último lugar, el proveedor debe ser un prestador de servicios en diferentes niveles de la actividad comercial y el comprador debe ser un prestador de servicios a nivel minorista (*vid.* art. 2.4 a) y b) y 2.5 del Reglamento 2022/720). De la misma forma que se expresó anteriormente, los acuerdos verticales que se apoyan en la prestación de servicios de intermediación en línea quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención (*vid.* art. 2.6).

En cuanto a las restricciones por la retirada del beneficio de la exención por categorías, lo que se mencionó previamente como restricciones graves, el artículo 4 del reglamento enumera las diferentes situaciones en las que la exención no se aplicará a los acuerdos verticales cuando estos tengan como finalidad, entre otras, la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el vendedor pueda imponer precios de venta máximos (art. 4, a). La letra b) del artículo 4 del reglamento incluye la operabilidad del proveedor en un sistema de distribución exclusiva. Sin embargo, lo interesante de este apartado son las excepciones que la propia norma menciona, por ejemplo, por citar algunas, la restricción de las ventas activas del distribuidor exclusivo y sus clientes directos en un territorio o a un grupo de clientes reservado al proveedor; la restricción de las ventas activas o pasivas del distribuidor exclusivo y sus clientes a distribuidores no autorizados situados en un territorio en el que el proveedor gestione un sistema de distribución selectiva de los bienes o servicios contractuales. Algo parecido ocurre en el caso de que el proveedor opere un sistema de distribución selectiva. En esta situación la restricción se centra en la territorialidad de los clientes a los que los miembros del sistema de distribución selectiva pueden vender los bienes de forma activa o pasiva. Seguidamente, se restringe la distribución selectiva de suministros cruzados (*vid.* Art. 4 c) ii y iii). Posteriormente, el artículo 4 enuncia otras restricciones que tienen que ver con impedir el uso efectivo de internet y otras restricciones de venta en línea. Finalmente, el Reglamento pone de manifiesto las restricciones que serán excluidas de la aplicación de la exención prevista en el artículo 2, previamente analizado.

En conclusión, el legislador comunitario ha realizado un exhaustivo trabajo de actualización de la normativa relacionada con los acuerdos verticales; ha demostrado que, a efectos de la aplicación del artículo 101.3 TFUE, es necesaria la evaluación

individual de los acuerdos con el objetivo de determinar los factores determinantes para aplicar la exención, y, a su vez, demostrar que, a través de un crecimiento del comercio electrónico, y de nuevos tipos de acuerdos verticales, se produce una evolución en la competencia que posibilita, por una parte, la optimización de la eficiencia económica y, por otra parte, refuerza el control y supervisión de las redes paralelas de los acuerdos verticales en beneficio del propio sistema de la competencia del mercado.

Andrés TRUJILLO JIMÉNEZ
Doctor en Derecho
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
andtruji@sal.es