

¿Cuál es el impacto del derecho de la competencia en la industria de la moda y el lujo?

FERNANDO DÍEZ ESTELLA
Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija
ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Resumen: El Derecho de la Competencia, en cuanto normativa de carácter “horizontal”, se aplica indistintamente a todo tipo de sectores y mercados, y por tanto también a la industria de la moda y el lujo. Sin embargo, la aplicación de algunas herramientas clásicas de esta normativa, como la prohibición de abuso de dominio, o el control de concentraciones, no han tenido apenas incidencia significativa en este sector. Sí ha sido muy relevante la regulación de los acuerdos colusorios, particularmente los aspectos procompetitivos y restrictivos de los sistemas de distribución selectiva, en cuanto a las restricciones verticales impuestas por el fabricante a los distribuidores. Con el auge del comercio electrónico, la aparición de nuevos modelos de negocio, y canales de distribución para productos de alta tecnología o de lujo, se precisa preservar su imagen de prestigio. A este respecto, se examinan en este Capítulo la actual regulación en esta materia, muy particularmente el Reglamento 2022/720, de acuerdos verticales, y la labor de las autoridades de competencia comunitaria y nacional en la configuración de un régimen jurídico apropiado para la industria de la moda.

Palabras clave: Derecho de la Competencia, industria de la moda, distribución selectiva, restricciones verticales, productos de lujo, Reglamento 2022/270.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTROL DE CONCENTRACIONES. III. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. IV. LA PROHIBICIÓN DE ACUERDOS COLUSORIOS. 1. Configuración general de la prohibición. 2. Las novedades del Reglamento 2022/720, de 10 de mayo, de exención de acuerdos verticales. 3. Los contratos de distribución selectiva en el sector de la moda. 4. Restricciones verticales y *luxury brands*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Derecho de la Competencia tiene carácter “horizontal”, en el sentido de que se aplica de forma *transversal* a cualquier tipo de bienes y mercados; se diferencia así de la regulación “vertical”, también llamada *sectorial*, específica de determinados sectores como la energía, telecomunicaciones, transporte, etc.

De ahí que la industria de la moda y el lujo no escape a las prohibiciones clásicas del derecho *antitrust*, como las de acuerdos colusorios o el abuso de posición dominante, y las empresas que operan en este sector estén también sometidas al régimen de control de concentraciones. Sin embargo, el único ámbito en el que, hasta la fecha, encontramos que la industria de la moda y el lujo reviste una cierta especificidad en cuanto a la aplicación del Derecho de la Competencia es, en el contexto de los nuevos mercados y plataformas digitales, en las variadas fórmulas de distribución selectiva, y en concreto de las marcas de lujo.

En efecto, el avance imparable del comercio *on-line*¹, la aparición de las nuevas plataformas de venta -los *marketplaces*- así como el desarrollo de la teoría económica que ha llevado a un mejor entendimiento sobre el potencial procompetitivo de las “restricciones” verticales, fue uno de los motivos que llevaron a la Comisión Europea a lanzar una consulta pública para la reforma y actualización del Reglamento 330/2010 (cuya expiración tuvo lugar el 31 de mayo de 2022), a la vez que encargó un extenso estudio y análisis del sector europeo del comercio electrónico.

Dicha consulta pública² se convocó en el mes de febrero de 2019, y ya entonces se destacó que “la consulta tiene una enorme relevancia práctica para empresas de todos los sectores y dimensiones, ya que (...) durante la pasada década las dudas jurídicas respecto a estos acuerdos se han

¹ D. CRESPO LASSO DE LA VEGA Y Y. MARTÍNEZ MATA, “Las restricciones verticales en internet: ¿Qué hay de nuevo bajo el sol?”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 263 a 278.

² Pueden consultarse los términos de la consulta, y los resultados preliminares en la propia web de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/index_en.html (último acceso el 26 de febrero de 2024).

multiplicado por la creciente importancia de las ventas *on-line* y la entrada de nuevos modelos de negocio, intermediarios y plataformas digitales, cuyos campos de actividad en muchos casos se expanden a la venta directa, marketing y desarrollo, en detrimento de los fabricantes y vendedores tradicionales”³.

Por otro lado, una vez concluido el estudio sobre el comercio electrónico fue publicado, en mayo de 2017, el correspondiente informe, conocido como *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*⁴. Baste decir a este respecto que las conclusiones de este informe han servido de referencia para la propia decisión del TJUE en el caso COTY, así como punto de partida para la apertura de numerosos expedientes sancionadores por parte de la Comisión Europea.

Además, a principios del año 2019, en una jornada sobre política de competencia en la era digital que reunió en Bruselas a una selecta representación de abogados, economistas, académicos, autoridades de competencia de toda Europa, etc, la Comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, anunció en su discurso de bienvenida⁵ la inminente publicación de un informe sobre la aplicación del Derecho de Competencia en los mercados digitales. Dicho informe se publicó⁶ el mes de abril de 2019, con el título *Competition Policy for the Digital Era*, y constituyó toda una declaración de principios de lo que la Comisión Europea pensaba sobre la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia en los nuevos mercados digitales, también en el ámbito específico de la distribución *on-line*.

Por ello, en este Capítulo dedicado a la aplicación del Derecho de la Competencia analizaremos, a la luz de la praxis decisoria de la Comisión Europea (por ejemplo, el conocido asunto *GUESS*) y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), como la trascendental Sentencia en el caso *COTY*, cómo se ha plasmado este entendimiento de los nuevos mercados digitales, y qué lecciones cabe extraer para diferenciar las prácticas procompetitivas de las anticompetitivas⁷ en el sector de la

³ A. WARD; I. MORENO-TAPIA y J. CANDELA, “Acuerdos Verticales: la Comisión Europea somete la reforma de la regulación a consulta pública”, en el *Blog de Cuatrecasas*, con fecha de 13 de febrero de 2019, disponible en: <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/acuerdos-verticales-comision-europea-reforma-la-regulacion-consulta-publica/> (último acceso el 26 de febrero de 2024).

⁴ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT, Bruselas, COM (2017) 229 final, 10 de mayo de 2017.

⁵ *Shaping Competition Policy in the era of digitisation*, Bruselas, 17 enero 2019, se puede ver la intervención íntegra de la Comisaria en la propia web de la CE: <http://ec.europa.eu/competition/scp19/> (último acceso el 26 de febrero de 2024).

⁶ Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁷ Puede verse un completo y acertado análisis de estas prácticas, con abundantes referencias a jurisprudencia no sólo comunitaria sino de autoridades de diferentes Estados miembros de la UE, en A. VALDÉS BURGUI, “La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia”, en M. A.

distribución *on-line* en el mercado de la moda y el lujo. Por su relevancia, y el alto grado de litigiosidad que presentan, y reiterando el análisis que hemos llevado a cabo en anteriores publicaciones⁸, se hará especial mención a la aplicación del Derecho de la Competencia a la distribución de las llamadas *luxury brands*.

A modo de ejemplo, el pasado mes de diciembre de 2023 la autoridad francesa de la competencia (*Autorité de la Concurrence*) ha impuesto una histórica multa⁹ de más de 91 millones de euros a la empresa *Rolex* por restringir a sus distribuidores autorizados la venta *on-line* de los conocidos relojes de lujo.

Naturalmente, se hará una mención al conjunto de herramientas de que esta rama del ordenamiento dispone para disciplinar los mercados y asegurar su funcionamiento libre y competitivo, pero, como ya han apuntado las escasas publicaciones¹⁰ que se han referido a esta materia, la industria de la moda y el lujo no reviste ningún tipo de especificidad en cuanto a la aplicación del Derecho de la Competencia, salvo en lo relativo a los contratos de distribución.

Para el desarrollo de este Capítulo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, el régimen del control de concentraciones. A continuación, en el apartado III se examinará la prohibición de abuso de posición dominante, del art. 102 TFUE y art. 2 LDC. Seguidamente, en el apartado IV analizaremos la prohibición de acuerdos colusorios, contenida en el art. 101 TFUE y el art. 1 LDC. Tras señalar cuál es la configuración general de la prohibición, se indicarán cuáles son las novedades más relevantes en este ámbito que introduce el Reglamento 2022/720, de 10 de mayo, y su incidencia tanto en los contratos de distribución selectiva -en general- como el supuesto concreto de la venta de la distribución de marcas de lujo -las *luxury brands*-. Finalmente, en el apartado V, se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia* 2018, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs. 69 a 95.

⁸ F. DÍEZ ESTELLA, “Capítulo 5: Los contratos de distribución se visten de Prada: Derecho de la Competencia, restricciones verticales y *luxury brands*”, en I. ANTÓN ALONSO (Dir): *Cuestiones actuales de Derecho de la Moda*, Ed. Aranzadi, Madrid 2023, págs. 191 a 220.

⁹ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-sanctionne-rolex-dune-amende-de-91-600-000-euros> (último acceso el 26 de enero de 2024).

¹⁰ P. ENRILE MORA-FIGUEROA, “Capítulo 8: La Ley de Defensa de la Competencia y los contratos de desarrollo empresarial en el sector de la moda”, en E. ORTEGA BURGOS (Dir): *Fashion Law (Derecho de la Moda)*, Ed. Aranzadi, Madrid 2018, págs. 641 a 654.

II. CONTROL DE CONCENTRACIONES

El régimen de control de concentraciones económicas en el ámbito de la Unión Europea se establece para regular y supervisar fusiones y adquisiciones que puedan afectar la competencia en el mercado único europeo.

Este régimen, administrado por la Comisión Europea en colaboración con las autoridades nacionales de competencia (ANC) de los Estados miembros, se rige principalmente por el Reglamento n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de Concentraciones entre empresas¹¹. Este reglamento establece los criterios y procedimientos para evaluar si una concentración económica resulta compatible con el mercado interior europeo. La Comisión analiza aspectos como la posición de mercado de las empresas involucradas, el impacto en la competencia y la posible creación o fortalecimiento de posiciones dominantes.

Además, el régimen permite a la Comisión tomar medidas correctivas, como la imposición de condiciones o la prohibición de la operación, para salvaguardar la competencia y los intereses de los consumidores en la Unión Europea. Así, se busca preservar la competencia efectiva y garantizar un funcionamiento justo y equitativo del mercado único europeo.

Las fusiones y adquisiciones en el sector de la moda también pueden ser objeto de escrutinio por parte de las autoridades de competencia para garantizar que no reduzcan significativamente la competencia en el mercado, especialmente si las empresas involucradas tienen una fuerte presencia en segmentos específicos de la industria.

En este ámbito la tendencia a la concentración empresarial es la misma que en el resto de sectores, y en este sentido la aplicación del Derecho de la Competencia no reviste especificidad alguna, salvo por el hecho de que este tipo de operaciones tienen un cierto impacto mediático si están protagonizadas por empresas de la industria de la moda y el lujo. Así, un referente muy conocido fue la compra en 2019 de la empresa *Tiffany* por parte del grupo *LVMH*, por un importe aproximado de 15.800 millones de dólares, y que obtuvo la aprobación¹² por parte de la Comisión Europea sin mayores dificultades.

A este respecto, es bien sabido que *LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton* es la empresa del sector de la moda más valiosa de Europa, con una valoración de 329.000 millones de euros. Esta firma de lujo ha experimentado este crecimiento en parte gracias a sus adquisiciones y al control de prestigiosas marcas, entre ellas conocidas firmas de moda como *Louis Vuitton*, *Fenty*, *Christian Dior*, *Givenchy*, *Marc Jacobs* y *Bulgari*. Así, en

¹¹ DOUE núm. 24, de 29 de enero de 2004, páginas 1 a 22.

¹² Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2020, As. M.9695 *LVMH / Tiffany*.

el año 2021 se hizo con el control de la casa de moda italiana *Emilio Pucci*, adquiriendo el 33% restante de la participación que aún poseía la familia tras comprar una participación del 67% en 2000.

Las operaciones de concentración en la industria de la moda y el lujo son -de momento- sistemáticamente aprobadas por la Comisión Europea, sin que planteen especiales problemáticas ni, como hemos señalado, especificidades que difieran del resto de sectores de la economía. Pueden citarse, en este sentido, y a modo de ejemplo, las operaciones de concentración *Shiseido / Dolce & Gabbana*¹³ (para la rama de negocio de perfumes, fragancias y cuidado de la piel); *Valentino / Red & Black*¹⁴; o, una vez más, la fusión *LVMH / M1 Fashion / Pepe Jeans*¹⁵.

Otras operaciones similares, estos últimos años, han sido por ejemplo, la adquisición¹⁶ por parte del grupo *Exor* del 24% de la empresa *Christian Louboutin*, titular de los icónicos zapatos de suelas rojas, por un importe de 640 millones de dólares, o la compra¹⁷ al grupo alemán *Adidas* por *Authentic Brands* de la marca *Reebok*, por un importe de 2.100 millones de dólares, también en el año 2021. Finalmente, citar también la adquisición de un paquete de control accionario por *Chanel* de *Paima*, una empresa italiana de géneros de punto que es fabricante y proveedora de la industria de la moda de lujo¹⁸.

¹³ Decisión de la Comisión Europea, de 18 de agosto de 2016, As. M.8138 *Shiseido / Dolce Gabbana's Fragrances, Colour Cosmetics and Skin Care Business*.

¹⁴ Decisión de la Comisión Europea, de 17 de julio de 2016, As. M4728 *Red & Black / Valentino Fashion Group*.

¹⁵ Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 2015, As. M7568 *M1 Fashion / LVMH / Pepe Jeans Group*.

¹⁶ Ferrari Owner Exor Takes 24% Stake in Louboutin, Valuing the Footwear Company at \$2.73 Billion, *The Fashion Law* (2021, April 4). <https://www.thefashionlaw.com/ferrari-owner-exor-takes-24-stake-in-louboutin-valuing-the-footwear-company-at-2-73-billion/> (último acceso el 26 de enero de 2024).

¹⁷ Adidas Sells Reebok to Authentic Brands for \$2.5 Billion, *The New York Times* (2021, August 12). <https://www.nytimes.com/2021/08/12/business/adidas-reebok-authentic-brands.amp.html>

¹⁸ Chanel acquires Italian knitwear business Paima. *FashionNetwork.Com*, (2020, August 25). <https://us.fashionnetwork.com/news/Chanel-acquires-italian-knitwear-business-paima,1327909.html>

III. LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

La prohibición de abuso de posición dominante¹⁹ es una herramienta crucial para mantener la integridad y eficiencia del mercado único europeo y proteger la libre competencia. La norma se contiene en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y prohíbe que las empresas dominantes en el mercado abusen de su posición para restringir la competencia dentro del mercado único.

La Comisión Europea y las ANC están facultadas para investigar y sancionar prácticas abusivas, como la fijación de precios predatorios, el bloqueo de acceso al mercado, la discriminación injustificada o la imposición de condiciones desleales a los competidores. El objetivo es garantizar un entorno de mercado justo y equitativo que promueva la innovación, la eficiencia económica y el beneficio de los consumidores.

Las empresas encontradas culpables de abuso de posición dominante pueden ser sancionadas con cuantiosas multas y la obligación de cambiar sus prácticas comerciales para restaurar la competencia en el mercado, incluso -en situaciones extremas- remedios de tipo estructural como la obligación de escindirse o segregar ramas de negocio.

A este respecto, pocas conductas van a ser tan prevalentes en el ámbito de los nuevos mercados digitales y la actuación de empresas con modelo de plataforma, como la del “auto-favorecimiento”²⁰. Falta todavía mucho por profundizar en esta figura, y en construir una teoría del daño sólida que justifique su tipificación como práctica anticompetitiva, pero de momento la mejor clarificación existente al respecto la encontramos en el conocido caso²¹ *Google Shopping*, en el que la Comisión Europea impuso una cuantiosa sanción (más de 2.400 millones de euros) por entender que el popular buscador de internet falseaba los resultados de búsquedas proporcionados a través de algoritmos de ajuste para dar ventajas injustificadas a sus propios servicios de comparadores de precios en las compras.

¹⁹ Vid., sobre esta prohibición, con carácter general: P. AKMAN, “Abuse of Dominance”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, pp. 2–10. New York, Ed. Springer, 2019. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1007/978-1-4614-7753-2_561

²⁰ Sobre esta peculiar y novedosa categoría de abuso puede consultarse C. FERNÁNDEZ BUSTILLO, “Auto favorecimiento en mercados digitales”, en M. A. RECUERDA GIRELA, *Anuario de la Competencia 2020*, Ed. Thomson Reuters, Madrid, pp. 114-136.

²¹ Decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39740 *Google (Shopping)*.

Tras ser confirmada Decisión por sentencia²² del Tribunal General, las recientes Conclusiones²³ de la AG Kokott en el recurso pendiente ante el TJUE apuntan a la consolidación de esta nueva categoría de abuso de posición dominante, que puede ser perfectamente aplicable a la industria de la moda y el lujo cuando las empresas distribuidoras de los productos la empleen para favorecer sus propios servicios perjudicando injustamente a los de sus competidores.

IV. LA PROHIBICIÓN DE ACUERDOS COLUSORIOS

1. CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA PROHIBICIÓN

Es sabido que la aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios en el Derecho de Defensa de la Competencia, contemplada en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), se ha centrado principalmente sobre la categoría de acuerdos horizontales, y dentro de ellos los conocidos como “cárteles”. Esto es así porque su potencial efecto restrictivo de la competencia, en perjuicio de los consumidores, es mucho mayor, a priori, que el de la otra gran categoría de conductas colusorias²⁴, los acuerdos verticales.

Hasta la fecha, no consta la existencia de decisiones por parte de autoridades nacionales o comunitarias en el ámbito de acuerdos horizontales en la industria de la moda y el lujo, aunque en fechas recientes se están investigando, y por ejemplo en el mes de abril de 2023 la Comisión Europea realizó una serie de inspecciones²⁵ sorpresa en empresas de este sector -entre las que se encontraba la firma italiana *Gucci*-, ante la sospecha de conductas constitutivas de acuerdos colusorio horizontal. Aunque no trascendió el nombre de ninguna de las empresas investigadas, también en el sector de la moda se realizaron inspecciones²⁶ similares en el mes de mayo de 2022.

Por su parte, un acuerdo vertical es “*aquel en el cual se pactan unas determinadas condiciones entre los distintos eslabones de la cadena de*

²² Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Novena ampliada) de 10 de noviembre de 2021, *Google LLC, anteriormente Google Inc. y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea*, Asunto T-612/17 (ECLI:EU:T:2021:763).

²³ Conclusiones de la A.G. Kokott, presentadas el 11 de enero de 2024, As. C-48/22 P, *Google LLC, Alphabet, Inc. c. Comisión Europea* (ECLI:EU:C:2024:14).

²⁴ Sobre la distinción entre acuerdos verticales y horizontales, y en general, la tipificación en España de las conductas colusorias, *Vid.* F. DIEZ ESTELLA Y A. GUERRA FERNÁNDEZ, “Capítulo 1. Comentario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas, 6ª edición (Madrid 2020).

²⁵ *Vid.* nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2352

²⁶ *Vid.* nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_3134

*distribución de un bien o servicio, y por el que se establece un sistema de comercialización alternativo a la venta directa del bien en el establecimiento del proveedor, o a la creación de una red de distribución propia*²⁷.

En la gran mayoría de los casos este tipo de acuerdos fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios, e incitan a mejorar la calidad de los productos y servicios, en beneficio directo de los consumidores. Por ello en muchas ocasiones, y a diferencia de los de carácter horizontal, los efectos procompetitivos son superiores en términos de eficiencia a las restricciones derivadas de ellos, y de ahí que la evaluación de su carácter pro o anticompetitivo exija un análisis caso por caso que evite prohibir acuerdos que benefician al interés general.

Además, desde un punto de vista de la realidad de los mercados, está claro que en la práctica contractual habitual las fórmulas que los empresarios usan para establecer su red de distribución, puntos de venta, transporte, etcétera, son siempre de carácter vertical. Con todo, y como se ha señalado²⁸, las restricciones verticales no parecen haber merecido la misma atención por parte de las autoridades de defensa de la competencia que las de carácter horizontal.

El enfoque económico²⁹ en la aplicación del derecho de competencia a este tipo de conductas tuvo un primer reflejo en la aprobación del primer Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales, el Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre, y se plasmó posteriormente en la aprobación del hasta hace poco vigente Reglamento³⁰ (UE) núm. 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.

El Reglamento 330/2010 y las *Directrices*³¹ que lo acompañaban han sido la norma fundamental para determinar si los acuerdos de naturaleza vertical tienen o no carácter anticompetitivo. La normativa se aplicaba a los acuerdos celebrados entre un fabricante y un distribuidor referentes a las condiciones en que pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Para beneficiarse de la exención las empresas que formen parte del acuerdo no podrán ser competidoras, salvo que el acuerdo se alcance en el nivel detallista. Además, la cuota de mercado tanto del fabricante como la

²⁷ N. CALVIÑO SANTAMARÍA, “Acuerdos y prácticas restrictivas en el Derecho Comunitario y español de la Competencia: Acuerdos Verticales”, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. I, Dykinson 1999, pág. 55.

²⁸ S. BACHES OPI, *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2014.

²⁹ En este punto, consideramos de “obligada” lectura el trabajo de I. GUTIÉRREZ CARRIZO, “Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 229, 2004, págs. 91-113.

³⁰ DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

³¹ Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 130/1, de 19 de mayo de 2010.

del distribuidor, en sus respectivos mercados, no podrá ser superior al 30%. Se tiene en cuenta de esta manera que algunos distribuidores también pueden disponer de poder de mercado, por lo que los acuerdos que concluyan podrían tener efectos negativos para la competencia, lo cual afectará en particular al sector de la gran distribución.

Este marco jurídico motivó una cierta “inactividad” de las autoridades de competencia: “desde la aprobación del Reglamento 1999 y del Reglamento 1/2003, las decisiones de las autoridades de competencia resolviendo sobre la aplicación de la normativa de competencia a los acuerdos verticales se han reducido exponencialmente, y ello a pesar de que los acuerdos verticales son elemento esencial de la práctica comercial cotidiana de cualquier tipo de empresa, ya que las empresas tienen que comprar los inputs que necesitan para fabricar su producto, y deben vender su producto en el mercado, en muchas ocasiones a través de distribuidores intermediarios”³².

Vista la experiencia reciente y la actividad de las autoridades de competencia, parece claro que dicha normativa generó un marco de seguridad jurídica, junto con cierta flexibilidad para los acuerdos de carácter vertical, y se adoptó un enfoque económico más basado en efectos que formalista, lo que ha llevado a que las empresas puedan concluir este tipo de acuerdos sin temor a infringir la normativa de competencia.

A pesar de ello, recientemente las autoridades de competencia parecen haber vuelto a prestar una especial atención a este tipo de prácticas, y se han multiplicado los expedientes sancionadores y las consiguientes multas, especialmente en el sector de la distribución *on-line*. Las causas de este vuelco se concentran en torno al imparable auge del *e-commerce*, que si ya despuntaba desde hace más de una década, vivió una particular explosión con motivo de la pandemia provocada por el Covid-19.

Puede decirse que todo este proceso culmina en la reciente aprobación de una nueva normativa comunitaria aplicable a este tipo de acuerdos, el Reglamento³³ (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. Al igual que el anterior, el nuevo Reglamento viene acompañado de las correspondientes *Directrices relativas a las restricciones verticales*³⁴.

³² S. SANTOS LORENZO, “Evolución en las reglas aplicables a los acuerdos verticales: Análisis de algunos aspectos novedosos del Reglamento 330/2010 y las Directrices de desarrollo”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 29, septiembre-octubre 2012, p. 23.

³³ DOUE L134/4, de 11 de mayo de 2022.

³⁴ DOUE C248/1, de 30 de junio de 2022.

2. EL NUEVO REGLAMENTO (UE) 2022/720 DE LA COMISIÓN, DE 10 DE MAYO

Naturalmente, no se trata en este apartado de hacer un análisis completo de todas las novedades que introduce el nuevo Reglamento de exención de acuerdos verticales; nos remitimos para ello a nuestras anteriores publicaciones³⁵, así como a recientes y acertadas contribuciones doctrinales³⁶ que lo analizan en detalle. El objetivo aquí es destacar lo referente a los acuerdos de distribución³⁷ selectiva en la industria de la moda y los referidos a marcas de lujo.

Es ya sabido, por otra parte, que el nuevo texto no introduce cambios radicales, respecto a los criterios básicos para que un acuerdo goce de la exención (cuotas de mercado inferiores al 30%, no incluir *hardcore restrictions*, etc). Precisamente estas cláusulas que se consideraban restricciones especialmente graves de la competencia (como, por ejemplo, las relativas a la fijación de precios de reventa), lo siguen siendo, conforme al art. 4 del Reglamento 2022/720: *Restricciones que conllevan la retirada del beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves)*.

En primer lugar, y en cuanto a las restricciones al uso efectivo de internet, como no podía ser de otra forma y recogiendo los pronunciamientos a los que hemos hecho referencia en páginas precedentes, el art. 4. e del Reglamento 2022/720 incluye como restricción especialmente grave “todo acuerdo vertical que, directa o indirectamente, de forma aislada o junto con otros factores controlados por las partes, tenga por objeto impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales a determinados territorios o clientes”³⁸.

En este punto concreto, sin duda uno de los ejes centrales de la nueva regulación, las *Directrices* son también bastante explícitas³⁹ (y un tanto reiterativas): “Los acuerdos verticales que restrinjan el uso de los mercados en línea pueden beneficiarse de la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720, siempre que el acuerdo no tenga por objeto, directa o indirectamente, impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador para vender los bienes o servicios contractuales a

³⁵ F. DÍEZ ESTELLA, Capítulo 2: ¿Una nueva era en la regulación de las restricciones verticales? De la STJUE Coty (As. C-230/16) y el expediente CNMC Adidas (S/DC/0631/18) al nuevo Reglamento 2022/720, de 10 de mayo, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2023*, Ed. Civitas, Madrid 2023, pp. 51-78.

³⁶ R. GIRONA DOMINGO, “El nuevo Reglamento de Exenciones por Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas”, *La Ley mercantil*, n° 97 (diciembre), 2022.

³⁷ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, N° 1, pp. 24-62.

³⁸ Directrices, apartado n. 203.

³⁹ Directrices, apartado n. 335.

determinados territorios o clientes, en el sentido del artículo 4, letra e), de dicho Reglamento”.

Es evidente, en este sentido, que la nueva normativa sigue la estela de la STJUE en el asunto *COTY*, ya que se establece la ilicitud de prohibir la venta on-line en general, mientras que impedir la venta a través de un canal concreto (por ejemplo, los *marketplaces*) sigue beneficiándose de la exención⁴⁰. En este sentido, otra novedad de esta normativa es que ya no se exige que los criterios para vender *on-line* sean equivalentes a los exigidos para vender en tienda física, sino que no vayan más allá de lo necesario para, por ejemplo, proteger la imagen de marca o el áurea de prestigio del producto, especialmente si nos encontramos en el sector de las *luxury brands*⁴¹. La valoración global del Reglamento 2022/720 tiene que ser, en este punto, muy favorable, ya que introduce unas pautas (y amplias listas de ejemplos) muy claras sobre qué cláusulas en los contratos de distribución *on-line* pueden⁴² acogerse a la exención, y cuáles no⁴³, sin perjuicio, naturalmente, de la evaluación individual conforme al apartado 3º del art. 101 TFUE.

En segundo lugar, y esto se aplicará directamente a las *luxury brands*, una de las grandes novedades del nuevo Reglamento es que se permite aplicar precios distintos a un mismo distribuidor según el canal de venta de los bienes o servicios contractuales, que reflejarán el diferente coste en el que incurre según venda en tienda física o en tienda *on-line*. Así, se señala expresamente que: “El requisito de que el comprador pague un precio al por mayor diferente por los productos vendidos en línea que por los productos vendidos fuera de línea (precios duales) puede acogerse a la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720, ya que puede incentivar o recompensar un nivel adecuado de inversiones en los canales de venta en línea o fuera de línea, siempre que su objetivo no sea el de restringir las ventas a determinados territorios o clientes, tal como se establece en el artículo 4, letras b), c) y d), del Reglamento (UE) 2022/720”⁴⁴.

En tercer lugar, se considera una como una restricción especialmente grave las limitaciones al uso de publicidad on-line, y por tanto no se beneficia de la exención por categorías. Afecta a la publicidad directa, el uso de herramientas de comparación de precios, anuncios en motores de búsqueda, etc. Huelga señalar que esta previsión tiene como precedente inmediato el ya referido asunto *GUESS*, de la Comisión Europea. La regla

⁴⁰ Directrices, apartado n. 336, que hacen referencia expresa a la STJUE de 6 de diciembre de 2017 en el Asunto C-230/16 – *Coty Germany*, apartados 64 a 69.

⁴¹ Este aspecto concreto, como ya ha quedado reflejado en epígrafes precedentes, ha sido muy estudiado por un sector doctrinal en España. *Vid.*, I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo...” *cit.*; J. ARPIO SANTACRUZ, “Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo.” *cit.*; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo ...” *cit.*

⁴² Directrices, apartado n. 208.

⁴³ Directrices, apartado n. 206.

⁴⁴ Directrices, apartado n. 209.

general es que el fabricante puede exigir a sus distribuidores que cumplan una serie de requisitos en la publicidad on-line de los bienes o servicios contractuales, encaminados a asegurar el prestigio de la marca, que la información proporcionada a los clientes finales sea verdadera y rigurosa, etc. Lo que no se puede es prohibir de forma directa el recurso a estos medios, estableciéndose una serie de pautas⁴⁵ para evaluar la compatibilidad de las restricciones impuestas en el uso de la publicidad *on-line* con el Derecho de la competencia.

En cuarto lugar, y recordemos que este era uno de los puntos litigiosos en el asunto COTY, respecto a la caracterización de las ventas “activas” y “pasivas” la nueva normativa zanja una discusión que se ha producido desde la aparición de internet, sobre qué debía considerarse -a los efectos de aplicación de la normativa de competencia- venta activa y venta pasiva. Es evidente que sigue vigente el clásico principio de que depende de quién tome la iniciativa en la comercialización y venta del bien o servicio, pero se añaden algunas matizaciones muy relevantes.

Así, se definen las ventas *activas* como “las resultantes de dirigirse activamente a clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa”⁴⁶ y las *pasivas* como “ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos”⁴⁷.

Por otro lado, entre lo que se considera venta activa está el empleo de publicidad on-line, siendo el rasgo diferenciador el hecho de que sea una publicidad personalizada (*targeted advertising*), es decir, una promoción dirigida específicamente a un cliente o grupo de clientes. Entre lo que se considera venta pasiva está la participación en concursos o licitaciones, ya que en ese caso se entiende que la iniciativa es del órgano o empresa contratante.

En quinto lugar y respecto a las ventas por plataformas digitales, no gozan de la exención aquellos acuerdos verticales suscritos por plataformas digitales en los casos en que éstas tengan una naturaleza “híbrida”, es decir que actúen por un lado como prestador de servicios de intermediación en línea y a por otro como vendedor o comercializador directo de bienes o servicios en el mercado en el que compiten sus clientes.

Estamos ante una de las realidades surgidas en este nuevo escenario económico protagonizado por las plataformas digitales, en el que el conflicto de interés parece evidente: tienen fuertes incentivos a promocionar sus propios productos (cuando actúan como *retailers*), y a la vez la capacidad y

⁴⁵ Directrices, apartado n. 353.

⁴⁶ Art. 1.l) Reglamento 2022/720, y Directrices, apartado n. 214.

⁴⁷ Art. 1.m) Reglamento 2022/720.

medios técnicos para influir en la capacidad de las empresas que venden a través de ellas (cuando actúan como *marketplaces*), así como la posibilidad de aprovecharse de los datos y la información que recaban, y que no está a disposición de otros distribuidores. En el marco del nuevo paradigma de la política de competencia en la UE, en la que uno de los objetivos prioritarios es la equidad (*fairness*) en los mercados⁴⁸, este conflicto de interés en las plataformas digitales⁴⁹ se ha saldado con la no concesión de la exención en el nuevo Reglamento 2022/720 para estas prácticas.

En esta línea se sitúa igualmente el flamante y recientísimo Reglamento de Mercados Digitales⁵⁰ (conocido como la DMA, por sus siglas en inglés: *Digital Markets Act*), cuyo análisis detallado excedería con creces el ámbito de estas páginas, pero que contiene igualmente obligaciones para las empresas (las denominadas *gatekeepers*) obligaciones encaminadas a preservar la equidad de los mercados digitales en sus relaciones verticales de distribución.

A este respecto, no podemos dejar de señalar -ya que la distribución de productos de lujo de perfumería a través de la plataforma de Amazon en Alemania fue el conflicto que originó la sentencia COTY, que tanto esta cláusula contenida en el Reglamento de Verticales, así como la obligación *ex ante* contenida ahora en el Reglamento de Mercados Digitales tienen su origen en el expediente⁵¹ abierto por la Comisión Europea precisamente contra Amazon que, como es sabido finalmente se ha cerrado a través de una transacción⁵².

En sexto lugar, y con relación a una figura contractual próxima al tema concreto que estamos analizando en estas páginas, respecto de los sistemas de distribución exclusiva (definidas en el art. 1.1.h) del Reglamento 2022/720) se introduce una novedad relevante, que es la posibilidad de designar varios distribuidores exclusivos en un mismo territorio o para un

⁴⁸ A este respecto, es muy expresivo de este cambio de paradigma el discurso pronunciado por la propia Comisaria de Competencia, y Vicepresidenta de la Comisión Europea, MARGARITE VESTAGER, en su discurso en Praga el pasado 10 de octubre de 2022, con motivo del día de la Competencia en Europea, titulado "*Fairness and Competition Policy*". Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_22_6067 (última consulta el 22 de febrero de 2024).

⁴⁹ *Vid.*, muy acertadamente, C. ESTEVAN DE QUESADA, "Desequilibrios de poder en los mercados digitales: Plataformas y dependencia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 42, 2022, pp. 57 a 80.

⁵⁰ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). DOUE núm. 265, de 12 de octubre de 2022, páginas 1 a 66.

⁵¹ https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40462 (último acceso el 26 de febrero de 2024).

⁵² Decisión de la Comisión Europea, de 20 de diciembre de 2022, conforme al art. 9 del Regto. 1/2003, As. AT.40462 - *Amazon Marketplace* y As. AT.40703 - *Amazon Buy Box*. Disponibles en la página web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40462

mismo grupo de clientes. En efecto, el anterior Reglamento 330/2010 sólo concedía el beneficio de la exención a un distribuidor, mientras que el actualmente vigente lo amplía hasta un máximo de cinco. A partir de esta cifra ya se considera que esta suerte de “exclusividad compartida” no es eficiente para mantener los incentivos económicos de las empresas de la red y combatir el parasitismo (*free riding*).

Así mismo, otra novedad en este ámbito concreto de contratos de distribución es que gozarán de la exención las llamadas restricciones “en cascada” (*pass on*), que permiten al proveedor imponer a sus clientes directos la obligación de que trasladen a otros distribuidores aquellas cláusulas contractuales inherentes al modelo concreto de distribución que estén siguiendo.

En séptimo y último lugar (hemos dejado para el final lo que más directamente afecta a la venta por internet de *luxury brands*), en el ámbito específico de la distribución selectiva, se permite que un proveedor use ese modelo en un Estado miembro, y el de distribución exclusiva en otro distinto, de forma que cada uno mantenga sus propias eficiencias y ventajas. Sin embargo, sigue considerándose una restricción grave de la competencia -y por tanto no goza de la exención- la combinación de ambos sistemas (selectiva y exclusiva) en un mismo territorio o para un mismo grupo de clientes.

Respecto a los criterios para la selección de quienes pueden operar en la red de distribución selectiva, no hay especiales novedades, y se mantiene⁵³ la libertad para combinar criterios cuantitativos y criterios cualitativos. Eso sí, se señala que los primeros limitan de forma directa el número de distribuidores (estableciendo un número fijo de éstos) mientras que los segundos lo hacen de forma indirecta (al imponer condiciones que no todos pueden cumplir). Se señala⁵⁴ que hay que distinguir entre la distribución selectiva “puramente cualitativa” y la distribución “selectiva cuantitativa”, en función de los criterios de selección empleados. Es muy clarificador el epígrafe 4.6.2.3 de las *Directrices*, que ofrece⁵⁵ orientaciones sobre la evaluación individual de los acuerdos de distribución selectiva, con los clásicos factores empleados por el Derecho de la Competencia en la evaluación de este tipo de acuerdos (efecto acumulativo, existencia de redes paralelas de distribución, las barreras de entrada, el poder compensatorio de la demanda, ahorros de costes, etc).

El mundo digital y la distribución a través de internet plantean, pues, un nuevo escenario en las políticas de las empresas que operan en estos sectores, y la cuestión aquí está en establecer cómo se pueden cumplir estos

⁵³ *Directrices*, apartado n. 144.

⁵⁴ *Directrices*, apartado n. 147.

⁵⁵ *Directrices*, apartados nn. 153 y ss.

criterios cualitativos⁵⁶ en la venta *on-line* para asegurar la preservación de la imagen de lujo, igual que se hace en el mundo *off-line*. La norma durante la vigencia del Reglamento 330/2010, como ha sido puesto de manifiesto hace tiempo por la doctrina, es que no pueden ser más exigentes las exigencias cualitativas para la tienda virtual de los que son para la tienda física: “La Comisión ha entendido que los requisitos que se demandan por los titulares para la venta *on line* no deben ser en ningún caso más gravosos o severos que los exigidos para la venta en establecimiento físico”⁵⁷. Es decir, tenían que ser equivalentes.

Pues bien, en este aspecto el Reglamento 2022/720 introduce una novedad relevante, y es que en un sistema de distribución selectiva los criterios exigibles los distribuidores que lleven a cabo venta *on-line* NO tienen que ser equivalentes a los que se exijan a los distribuidores que operen a través de canales de venta física. En efecto, como señala el párrafo nº 235 de las nuevas *Directrices*: “*un proveedor que aplique un sistema de distribución selectiva podrá imponer a sus distribuidores autorizados criterios que no sean equivalentes para las ventas en línea que no sean equivalentes a los impuestos para las ventas en tiendas físicas, siempre que los requisitos impuestos para las ventas en línea no tengan indirectamente por objeto impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador para vender los bienes o servicios objeto del contrato a territorios o clientes concretos*”.

3. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA EN LA INDUSTRIA DE LA MODA Y EL LUJO

Un tipo de acuerdos especialmente relevantes en la industria de la moda y el lujo lo constituyen toda la gama de contratos de distribución y pactos para la comercialización de productos que suelen tener lugar entre fabricantes y mayoristas, o entre mayoristas y minoristas, o entre cualquiera de estos y empresas especializadas en distribución y/o transporte de mercancías.

Este tipo de acuerdos son el núcleo de la categoría de los *acuerdos verticales*, y por tanto para su análisis desde la óptica del derecho de la competencia hay que estar al tenor de las previsiones del Reglamento (UE) núm. 720/2022. Las principales objeciones que este tipo de contratos suscitan son las derivadas de las restricciones impuestas al distribuidor, básicamente las prohibiciones de ventas –activas o pasivas– fuera del

⁵⁶ *Vid.* un acertado y completo análisis de esta cuestión, al hilo de la Sentencia COTY, en I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta *on-line* de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, págs. 402-413.

⁵⁷ M. FUENTES NAHARRO, “Distribución selectiva e internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución* (RCD), nº 6, año 2010, pág. 137.

territorio asignado o la obligación de adquirir prestaciones suplementarias –p.ej. los llamados “consumibles” asociados al producto principal (fotocopiadoras, ordenadores, equipos electrodomésticos, etc.)– a la misma empresa fabricante o a aquéllas a quien ésta designe.

Igualmente, este tipo de acuerdos, que naturalmente han merecido una amplia atención por parte de la doctrina⁵⁸, tienen una destacada presencia en el ámbito de la distribución de productos que, por sus especiales características, no son susceptibles de una distribución “al por mayor”, sino que exigen una cierta selección del canal. Un ejemplo claro lo encontramos en el mercado de los cosméticos, en el que abundan los contratos de distribución selectiva, y la imposición de precios en el comercio al por menor de dichos productos.

Tanto en los contratos de distribución exclusiva como selectiva, la teoría económica actual considera como la hipótesis más plausible que el efecto global de las restricciones verticales depende fundamentalmente de la estructura del mercado: cuanto mayor es la competencia intermarca más probable es que los efectos anticompetitivos de las mismas se vean compensados por sus efectos positivos sobre la competencia y la eficiencia y, a la inversa, cuanto menor es la competencia intermarca más probable es que los efectos anticompetitivos predominen sobre los posibles efectos positivos.

Tal como ocurre con los acuerdos de distribución exclusiva, los acuerdos de distribución selectiva limitan, por una parte, el número de distribuidores autorizados y, por otra, sus posibilidades de reventa. Frente a lo que ocurre con la distribución exclusiva, la limitación del número de minoristas autorizados no depende del número de territorios, sino de los criterios de selección. Otra diferencia consiste en el hecho de que la restricción en materia de reventa no afecta a las ventas activas efectuadas fuera de un territorio, sino a todas las ventas realizadas con distribuidores no autorizados, ya que entonces los minoristas autorizados y los consumidores finales son los únicos compradores potenciales.

La distribución selectiva casi siempre se utiliza para distribuir productos finales de marca, o que requieran una asistencia postventa especializada⁵⁹. Desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia, este tipo de distribución corre el riesgo de debilitar la

⁵⁸ F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en J. I. RUIZ PERIS / J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018; M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1276 y ss; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 95 y ss.; A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-49.

⁵⁹ RTDC de 9 de julio de 1990, *Relojes Omega*, Exp. 16/90.

competencia intramarca y, sobre todo si hay efecto acumulativo, de eliminar uno o más tipos de distribuidores y de facilitar la colusión entre proveedores o compradores.

Los distribuidores suelen ser seleccionados en base a su capacidad para el manejo de productos técnicamente complejos o que representen una cierta imagen. Los contratos de distribución selectiva normalmente se basan en un compromiso recíproco de las partes: por un lado, el fabricante se compromete a abastecer únicamente a revendedores que reúnan una serie de requisitos profesionales o técnicos; y, por otro, los distribuidores autorizados se comprometen a no vender o adquirir los productos a mayoristas o minoristas no integrados en la red.

Las *Directrices Verticales* que acompañaban al Reglamento anteriormente vigente, el 330/2010, dedicaban un apartado específico a analizar los posibles efectos de los acuerdos de distribución selectiva (apartados 174 a 188). El apartado 175 señalaba los requisitos exigidos a este tipo de contratos para garantizar su compatibilidad con las normas de defensa de la competencia (naturaleza del producto, selección sobre la base de criterios objetivos y proporcionalidad de la restricción).

El análisis de estos criterios estaba en la base del razonamiento que lleva a concluir que las restricciones impuestas por el fabricante a su red de distribución selectiva, encaminadas a preservar la imagen de lujo de su producto, no son contrarias a la normativa de competencia. Por su parte, hace ya tiempo que nuestro antiguo TDC señaló⁶⁰ –en idénticos términos– las condiciones bajo las cuales un sistema de distribución selectiva no suponía una práctica restrictiva (principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación).

En estas condiciones se aceptará el modelo de distribución selectiva, y el fabricante o titular de la marca podrá exigir del distribuidor el cumplimiento de unos requisitos de imagen, formación del personal, servicio postventa⁶¹. Se considerará restrictivo de la competencia, en cambio, cuando la ausencia de complejidad técnica del producto⁶² no justifique suficientemente un sistema de distribución selectiva. Y, por otro lado, al margen de las características técnicas del producto y el servicio postventa, tiende a aceptarse este modelo de distribución cuando hay una situación aceptable de competencia intramarca⁶³. En igual sentido se declara la ilicitud de acuerdos de distribución llevados a cabo por una serie de empresas de cosmética para limitar la venta de sus productos a las

⁶⁰ RTDC de 14 de octubre de 1997, *Perfumería*, Exp. 380/96 (FD 4º).

⁶¹ RTDC de 21 de febrero de 2000 (AC 2000, 2638 [AC\2000\2638]), *Relojes Longines*, Exp. r 397/99.

⁶² RTDC de 11 de diciembre de 1998 (AC 1998, 9055 [AC\1998\9055]), *Alimentos infantiles*, Exp. 409/07.

⁶³ RTDC de 23 de junio de 1992, *Distribución selectiva Maquinaria Jardinería*, Exp. 31/92.

farmacias⁶⁴, excluyendo a otros canales como son las perfumerías⁶⁵ y la gran superficie o, en el ámbito de la alimentación infantil, evitar la distribución de leches infantiles y papillas por canales distintos de las farmacias.

Estos mismos criterios u otros análogos estaban ya presentes hace casi veinte años en la práctica de nuestra autoridad de competencia al abordar solicitudes de autorización singular de acuerdos de distribución selectiva en el ámbito -o parecidos- en el que tiene lugar el caso *COTY*: sector de la cosmética⁶⁶, relojería⁶⁷, joyería⁶⁸, o moda de lujo⁶⁹, mercados en los cuales, como veremos seguidamente, tiene especial relevancia el prestigio de la marca y la necesidad para el fabricante de que la distribución no altere la percepción que el consumidor final tiene de la calidad e imagen del bien.

Por su parte, el nuevo Reglamento 2022/720 define en el art. 1.1 g) un sistema de distribución selectiva como “*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema*”.

Las nuevas *Directrices Verticales* dedican a esta modalidad contractual todo el apartado 4.6.2. (párrafos nn. 143 a 164), y en continuidad con la anterior regulación, establece que los criterios utilizados por el proveedor para seleccionar a los distribuidores pueden ser tanto cualitativos como cuantitativos.

A este respecto, el asunto *GUESS* es la primera decisión de la Comisión en la que se aborda directamente el tema de las restricciones verticales por internet en la distribución selectiva de productos del sector textil. Es, además, una de las primeras decisiones de la Comisión tras el pronunciamiento *COTY*, y que bien puede caracterizarse como un completo “catálogo” de prácticas verticales restrictivas de la competencia en la

⁶⁴ RTDC de 31 de julio de 1996, *Cosméticos Farmacia*, Exp. 363/95.

⁶⁵ RTDC de 7 de abril de 2000 (AC 2000, 869 [AC\2000\869]), *Colegio de Farmacéuticos de Valencia*, Exp. 472/99.

⁶⁶ RRTDC de 23 de abril de 2001 (PROV 2001, 159451 [PROV\2001\159451]), *Distribución selectiva Azzaro*, Exp. A 281/00 y de 18 de julio de 2000, *Distribución selectiva de Perfumes Loewe*, Exp. A 282/00; de 14 de septiembre de 2001 (PROV 2001, 297105 [PROV\2001\297105]), *Lancaster Group de España*, Exp. A 286/00.

⁶⁷ RRTDC de 19 de septiembre de 2002 (PROV 2002, 230138 [PROV\2002\230138]), *Distribución selectiva Breguet*, Exp. A 316/02; de 14 de junio de 2000, *Distribución selectiva Gucci*, Exp. A 272/99; de 20 de abril de 2004, *Distribución selectiva relojes Blancpain*, Exp. A 330/02; de 19 de diciembre de 2002, *Distribución selectiva relojes Glashütte*, Exp. A 327/02.

⁶⁸ RTDC de 6 de marzo de 2000 (AC 2000, 862 [AC\2000\862]), *Distribución selectiva Carolina Herrera*, Exp. A 273/99.

⁶⁹ RTDC de 12 de julio de 1999, *Contrato Tipo Cosmeparf*, Exp. A 260/99.

distribución *on-line*. Se trata de la sanción⁷⁰ de 40 millones de euros impuesta a la compañía *GUESS*, el 17 de diciembre de 2018, por una serie de conductas que restringían o impedían la capacidad de sus distribuidores de anunciarse en internet, así como de realizar ventas transfronterizas a clientes de otros Estados miembros, a través de mecanismos de *geo-blocking*.

Este tipo de conductas, que quedaron acreditadas gracias también a la colaboración de la propia empresa (y que, por ir más allá de lo estrictamente necesario, le ha valido una reducción del 50% de la cuantía de la multa original), se ha considerado que revestían especial gravedad ya que atentaban contra uno de los principios “sagrados” en el *enforcement* de la política de competencia en la UE, pues conllevaban la fragmentación del mercado único, en este caso el anhelado *Mercado Único Digital*.

Lo cierto es que la conducta de la empresa sancionada es un completo repertorio de conductas en el ámbito de la venta a través de una red de distribución selectiva, algunas de ellas en el ámbito específico del comercio *on-line*, que se consideran contrarias a la normativa de competencia. En efecto, los acuerdos entre *GUESS* y sus distribuidores autorizados, impedían o restringían a éstos:

- el uso de la marca del fabricante para hacer publicidad *on-line*;
- la venta *on-line*, sin una previa autorización, que era totalmente discrecional para la marca, y no estaba sometida a criterios cualitativos específicos⁷¹;
- la venta a consumidores que estuvieran situados fuera del territorio asignado;
- las ventas cruzadas entre mayoristas y minoristas, dentro de la red de distribuidores autorizados;
- y, la libre fijación del precio final de venta de los productos *GUESS*.

En su decisión, como hiciera el TJUE en la Sentencia *COTY*, la Comisión vuelve a hacer referencia expresa al *e-commerce sector inquiry* de mayo de 2017, señalando como la elaboración de dicho estudio es lo que le había puesto en alerta, ante la constatación de la existencia de distribuidores que estaban sufriendo restricciones por parte de los fabricantes respecto a las ventas transfronterizas.

Comentando esta decisión, y en línea de lo que hemos ido señalando en estas páginas, se ha dicho que: “La Comisión Europea y las autoridades nacionales han mostrado un creciente interés por el análisis de la compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia de los

⁷⁰ Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2018, Asunto AT.40428 – *GUESS*. Texto disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf

⁷¹ Artículo 1.b) de la Decisión *GUESS*; aquí las resonancias de la Sentencia *COTY* son evidentes.

sistemas de distribución aplicados por las empresas, en concreto, en lo que respecta a la aplicación de sistemas de distribución selectiva y la posible limitación de las ventas por Internet. A este respecto, existen todavía muchas incertidumbres sobre los límites de las restricciones a las ventas por Internet que un proveedor puede establecer legítimamente en el marco de un sistema de distribución selectiva, así como en qué circunstancias la protección de la imagen de marca puede ser considerada un objetivo legítimo que permita justificar tal limitación”⁷².

Un ejemplo es el expediente⁷³ sancionador que tiene en la actualidad abierto la conocida firma *Pierre Cardin*, por supuestas prácticas anticompetitivas consistentes en la restricción de las ventas on-line a uno de sus distribuidores autorizados, el Grupo Ahlers.

4. RESTRICCIONES VERTICALES Y *LUXURY BRANDS*

Vamos, en este apartado, a analizar el núcleo de la problemática que subyace a las posibles restricciones verticales que puede un fabricante imponer a su distribuidor cuando el producto objeto del contrato es lo que se considera un producto de lujo, las llamadas *luxury brands*. Para ello se precisa una breve introducción a las modalidades de distribución selectiva aplicables a este concreto escenario, y seguidamente la descripción del asunto que marca la pauta en esta materia, el ya conocido caso *COTY*, que es “precedente necesario” de las nuevas previsiones legales adoptadas por el Reglamento 2022/720.

A) Los contratos de distribución selectiva y la venta *on-line* de productos de lujo

La clave para abordar esta cuestión está en la doctrina sentada en la trascendental Sentencia *Metro*, del año 1977, que marca la pauta para cuándo un sistema de distribución selectiva –de productos de lujo–, dirigido precisamente a proteger esa imagen y áurea de prestigio asociada habitualmente a este tipo de productos, no restringe la normativa de competencia. Estos requisitos, en la línea de lo que ya se ha señalado en epígrafes precedentes (los hemos visto, con carácter general para todos los contratos de distribución selectiva, recogidos en el Apartado nº 175 de las *Directrices* que acompañaban al Reglamento 330/2010 y en la Resolución del TDC *Perfumería*), son:

- 1) que los distribuidores se seleccionen sobre la base de criterios objetivos, de naturaleza cualitativa;

⁷² Circular URÍA MENÉNDEZ, *La Comisión Europea sanciona a una empresa de moda por restringir las ventas por Internet a sus distribuidores selectivos*, 30 de enero de 2019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/circulares/1050/documento/8425/UM-Competencial_en2019.pdf

⁷³ Vid. nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_682

- 2) que dichos criterios se apliquen de manera uniforme y no discriminatoria;
- 3) que las restricciones impuestas sean adecuadas al fin perseguido y no vayan más allá de lo imprescindible (principio de proporcionalidad).

En segundo lugar, hay que precisar cuándo nos hallamos ante un “producto de lujo”⁷⁴. Esta categorización no es desconocida por la jurisprudencia en España, que, haciendo todo un alarde de conocimiento y manejo de la doctrina sentada por Luxemburgo sobre estas materias, no dudó en señalar, hace más de veinte años, que el concepto de producto de lujo: *“no puede quedar limitado a sus meras características materiales, sino que abarca igualmente la percepción específica que de ellos tienen los consumidores, y más concretamente su «aura de lujo», y ello en atención a las circunstancias concurrentes en los mismos, a saber, que se trata de productos sofisticados y de alta calidad, obtenidos a través de una investigación específica y utilizando materiales con un alto nivel de calidad, especialmente en lo que respecta a su presentación; que disfrutan de una «imagen de lujo» que permite distinguirlos de otros productos similares pero carentes de una imagen de este tipo, y, en tercer lugar, que dicha imagen de lujo es importante para los consumidores, que conceden importancia a la posibilidad de comprar cosméticos de lujo”*⁷⁵.

La ratio de contemplar estos sistemas de distribución selectiva es clara, y ya había sido sentada por la jurisprudencia comunitaria en tempranos pronunciamientos: propician la existencia de un canal comercial especializado que de un adecuado servicio a la distribución de productos de alta calidad o tecnología (asunto *AEG Telefunken c. Comisión*⁷⁶) o que preserven el estándar de prestigio en productos de lujo (asunto *Copad*⁷⁷). Puede por tanto decirse, como veremos en el siguiente apartado, que COTY “codifica” toda esta jurisprudencia, y otros asuntos como el caso *L’Oreal*⁷⁸, y los aplica al sector digital. Lo resume acertadamente la doctrina en estas palabras: “El Tribunal de Justicia parte de la constatación, puesta de manifiesto en numerosos asuntos, de que la distribución de los productos de lujo puede requerir la intervención de comerciantes especializados capaces de dar servicios específicos, ya que la calidad de tales productos resulta no solo de sus características materiales, sino también del aura y de la imagen de prestigio que les confieren una sensación de lujo. Y, en ese

⁷⁴ *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis de A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto Coty), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 663-670.

⁷⁵ Sentencia núm. 558/2003, de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª), de 20 octubre, Fundamento de Derecho 5º.

⁷⁶ STJCE de 25 de octubre de 1983, As. C-107/82 (ECLI:EU:C:1983:293).

⁷⁷ STJCE de 23 de abril de 2009, As. C-59/08 (ECLI:EU:C:2009:260).

⁷⁸ STJCE de 11 de diciembre de 1980, *L’Oréal*, Asunto 31/80 (apartado 16).

contexto, considera que las características y las modalidades propias de los sistemas de distribución selectiva pueden, por sí mismas, preservar la calidad y asegurar el uso apropiado de dichos productos, apreciación que había formulado en asuntos anteriores”⁷⁹.

Naturalmente, además de cumplir dicha finalidad, los contratos -o las cláusulas respectivas a las restricciones a los distribuidores- habrán de acomodarse igualmente a las previsiones de la normativa aplicable, en este caso, el Reglamento 2022/720. En este sentido, es muy clarificador siempre acudir a las *Directrices* que lo interpretan, que señalan: “Una restricción vertical puede ayudar a crear, o promover, una imagen de marca imponiendo a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad. Esto puede proteger la reputación de la marca, aumentar el atractivo de los bienes o servicios en cuestión para los usuarios finales y aumentar las ventas. Esta normalización puede lograrse, por ejemplo, mediante la distribución selectiva”⁸⁰.

Y, resumiendo los criterios *Metro*, y con referencias explícitas a pie de página a la jurisprudencia *Coty*, señalan las *Directrices* de 2022 que: “En primer lugar, la naturaleza de los bienes o servicios en cuestión debe necesitar un sistema de distribución selectiva. Esto significa que, habida cuenta de la naturaleza del producto en cuestión, dicho sistema debe constituir una necesidad legítima para preservar su calidad y garantizar un uso correcto. Por ejemplo, el uso de la distribución selectiva puede ser legítimo para productos de alta calidad o de alta tecnología o para productos de lujo. La calidad de estos bienes puede deberse no solo de sus características materiales, sino también de la sensación de lujo que los rodea. Por tanto, establecer un sistema de distribución selectiva que procure que los bienes se expongan de manera que contribuya a mantener esa sensación de lujo puede ser necesario para preservar su calidad”⁸¹.

Puede apreciarse, por tanto, la perfecta continuidad⁸² entre *Metro* y *Coty*, y su reflejo en las *Directrices* que acompañan al nuevo Reglamento 2022/720, en cuanto a las restricciones verticales en el ámbito de un contrato de distribución selectiva de productos de lujo. Como veremos en detalla a continuación, y es natural que sea así, el Reglamento en ningún momento menciona específicamente la categoría “productos de lujo”, sí lo hacen en varias ocasiones las *Directrices*, y siempre con el telón de fondo de la doctrina *Coty*. Finalmente, aunque es evidente que en todo este esquema

⁷⁹ J. ARPIO SANTACRUZ , “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto c-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh*, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI:EU:C:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pág. 330.

⁸⁰ *Directrices*, apartado 16. h)

⁸¹ *Directrices*, apartado 149.

⁸² A. CICALA, K. HAEGEMAN, R. CUFF, “From Metro to Coty: A story to be continued? The CJEU’s Judgment in *Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH*”, *IAR*, n. 2(2017), pp. 99-111.

juega un papel esencial la protección de la imagen de prestigio de la marca⁸³, lo cierto es que se resuelve exclusivamente desde categorías y esquemas propios del Derecho de Defensa de la Competencia.

B) Un precedente “necesario”: el asunto COTY.

Esta sentencia⁸⁴ del TJUE de 6 de diciembre de 2017, que sigue prácticamente al dictado la Opinión⁸⁵ del Abogado General Wahl, es de una trascendencia que no puede minusvalorarse, ya que clarifica hasta qué punto la normativa antitrust permite o no a un fabricante de productos de marca imponer restricciones a las ventas on-line de su red de distribución, especialmente la de aquellos ligados por un contrato de distribución selectiva. Además -pese a que esto es una cuestión muy discutida- supone una clarificación de la doctrina *Pierre Fabre*⁸⁶, del mismo TJUE, que en 2011 había establecido que la prohibición absoluta de vender por internet impuesta por el fabricante a los distribuidores se consideraba una restricción de la competencia que en ningún caso estaba justificada por la necesidad -aducida por los fabricantes- de proteger la imagen de prestigio y el áurea de lujo de sus productos.

En efecto, hay posturas encontradas a la hora de interpretar⁸⁷ *Pierre Fabre*, ya que se ha llegado a afirmar en el sentido -extremo- de que dicho objetivo de proteger la imagen de prestigio y el áurea de lujo de sus productos no sólo era insuficiente motivo para prohibir las ventas en internet, sino que ni siquiera justificaba la adopción de un sistema de distribución selectiva, en el sentido en que esta peculiar modalidad contractual de *retailing* significa, y las restricciones que impone.

Como muestra de lo encendido que está este debate, la autoridad alemana de competencia -el *Bundeskartellamt*- se ha posicionado abiertamente en contra de algunas decisiones tanto de Bruselas como de Luxemburgo, y ha sido especialmente crítico con la Sentencia COTY, pues era partidario de permitir que los distribuidores de productos como Adidas o Asics los vendieran a través de plataformas de terceros (conocidas como

⁸³ *Vid.*, a este respecto, B. SALAS PASUY, “La moda y los productos de lujo en los mercados *on-line*: una mirada desde la perspectiva del derecho marcario”, *Revista de la Propiedad Inmaterial*, nº 24, Julio-Diciembre 2017, pp. 167-191.

⁸⁴ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16 (ECLI:EU:C:2017:941).

⁸⁵ Opinión del AG Wahl, de 26 de julio de 2017, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, Asunto C-230/16 (ECLI: EU:C:2017:603).

⁸⁶ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09 (ECLI:EU:C:2011:649).

⁸⁷ Como ejemplos -entre otros muchos que podrían citarse- de contribuciones doctrinales que analizan y comentan esta Sentencia, pueden consultarse: C. DE FAVERI, “The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre”, *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 163-197; S. ENCHELMAIER, “Selective Distribution and the Internet: Lessons from Case C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (13 October 2011), Competition on the Internet”, en *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law* (Surblyt G. (eds), vol. 23, Springer, 2015).

marketplaces, y cuyos máximos exponentes son Amazon o eBay), desde el entendimiento que imponer una restricción vertical de ese tipo no estaba justificado por el derecho de la competencia. Como era de esperar, también esta Sentencia ha generado una intensa “producción” doctrinal⁸⁸.

Para apreciar el tercero de los criterios sentados en la jurisprudencia *Metro*, el de proporcionalidad “*se tendrán en cuenta, en particular, las fachadas, el acondicionamiento interior, los suelos, paredes y techos, el mobiliario, así como la superficie de venta y la iluminación, y finalmente la impresión general de orden y limpieza*”⁸⁹.

Así mismo, y resolviendo ya la cuestión prejudicial planteada por el tribunal alemán, el TJUE se pronuncia sobre el caso concreto en el sentido de que la prohibición que el fabricante –Coty– impone a sus distribuidores, tratándose de productos de lujo y de un sistema de distribución selectiva, no infringe las normas de competencia si cumple con los requisitos anteriormente mencionados.

Sobre esta cuestión, el TJUE empieza aclarando qué es un sistema distribución selectiva y su análisis desde la óptica de la normativa de competencia: “*a la organización de un sistema de distribución selectiva no se aplica la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1, si la elección de los revendedores se hace en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de modo uniforme respecto a todos los revendedores potenciales y aplicados de forma no discriminatoria, si las propiedades del producto de que se trata requieren, para preservar su calidad y asegurar su uso apropiado, un sistema de distribución de ese tipo y, por último, si los criterios exigidos no van más allá de lo necesario*”⁹⁰.

Y, a continuación, en el párrafo n° 25, recoge la doctrina sentada hace una década sobre qué haya de considerarse una *luxury brand*: “*el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la calidad de los productos de lujo resulta no sólo de sus características materiales, sino también del aura y de la imagen de prestigio que les confieren una sensación de lujo, que esta sensación constituye un elemento esencial de dichos productos para que los consumidores puedan distinguirlos de otros productos parecidos y que, por lo tanto, un perjuicio causado a dicha sensación de lujo puede afectar a la propia calidad de estos productos*”⁹¹.

⁸⁸ Destacadamente, y ciñéndonos al ámbito de autores en España, Vid. C. VÉRGEZ MUÑOZ, “Sentencia COTY: reflexiones sobre las posibles limitaciones a las ventas *on-line* en plataformas de terceros”, en M. A. RECUERDA GIRELA, *Anuario de Derecho de la Competencia* 2018, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs. 333 a 368; I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (RCD)*, n° 22, 2018, pp. 1-13.

⁸⁹ Sentencia COTY (2017), párrafo n° 12.

⁹⁰ Sentencia COTY (2017), párrafo n° 24.

⁹¹ STJUE de 23 de abril de 2009, *Copad c. Christian Dior*, C- 59/08 (ECLI:EU:C:2009:260), principalmente en los apartados 24 a 26.

Así mismo, y afinando más la anterior conclusión, el TJUE entiende que la restricción impuesta por Coty a su red de distribución selectiva cumple con el requisito de la proporcionalidad, en cuanto que se limita a la venta de los productos en plataformas de terceros (*marketplaces*) y no la propia tienda virtual del distribuidor. El motivo es que, al no haber una relación contractual entre el fabricante y las plataformas, éste carece de cualquier facultad de comprobar que estén cumpliendo los requisitos que impone a los distribuidores, dirigidos a preservar la imagen de marca y el prestigio del producto.

Al considerar si “*es proporcionada al objetivo perseguido la prohibición impuesta por un proveedor a sus distribuidores autorizados de recurrir de forma evidente a plataformas de terceros para vender en Internet los productos de lujo de que se trata, es decir, si tal prohibición es adecuada para preservar la imagen de lujo de dichos productos y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*”⁹², concluye el TJUE que esta restricción supone una “*limitación coherente*”⁹³.

Por último, y esta conclusión es extensible más allá de la categoría analizada en este caso concreto, de los productos de lujo, el TJUE se pronuncia sobre si la prohibición impuesta por el fabricante a su red de distribución selectiva de vender a través de *marketplaces* puede calificarse como una restricción “especialmente grave” de la competencia. Esta cuestión es de especial importancia, ya que el nuevo Reglamento (UE) n° 2022/720 -al igual que su predecesor- establece que un acuerdo de distribución no puede beneficiarse de la consabida exención legal (si las partes tienen cuotas de mercado inferiores al 30% se encuentran en un *safe harbour*) si el contrato incluye alguna de las *hardcore restrictions* enumeradas por el Reglamento.

Aquí encontramos una aclaración, por tanto, de una cuestión que ha sido muy debatida, y sobre la que había ciertas dudas. En tanto en cuanto la prohibición de vender a través de plataformas de terceros no se considera que sea una restricción de “ventas pasivas” (aquellas realizadas a instancia del consumidor sin que haya habido una actividad de promoción del distribuidor), ni tampoco una restricción a los clientes que el distribuidor puede vender, sino únicamente sobre el canal a través del cual puede articular la venta, el TJUE concluye que no se trata de una *hardcore restriction*.

Como hemos señalado al comienzo de este apartado, desde el mismo día en que se hizo pública la Sentencia en el caso COTY se ha contrapuesto⁹⁴

⁹² Sentencia COTY (2017), párrafo n° 43.

⁹³ Sentencia COTY (2017), párrafo n° 45.

⁹⁴ *Vid.*, especialmente acertado, el análisis de ambos pronunciamientos y la referida contraposición en J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Coty vs Fabre”, en el blog *Almacén de Derecho*, 9 de octubre de 2018, disponible en:

abiertamente al precedente inmediato, el caso PIERRE FABRE, podemos concluir destacando, en primer lugar, que el TJUE distingue claramente entre dos tipos de productos, los “normales” (en Pierre Fabre nos encontrábamos ante productos cosméticos y de higiene corporal) y las *luxury brands* (prevalentes en la alta gama de la cosmética, joyería, etc). Y, en segundo lugar, que distingue entre dos tipos de restricciones: la *absoluta* de vender por internet que establecía Pierre Fabre, que es inadmisibles desde el punto de vista de la normativa de competencia, y la relativa que establecía Coty, referida únicamente a las plataformas de terceros, pero dejando a salvo la propia web o escaparate virtual del distribuidor.

El propio TJUE, siendo más o menos consciente de que su pronunciamiento de 2017 estaba en cierta forma matizando lo dicho tan solo seis años antes, en Pierre Fabre, explicita⁹⁵ que no hay contraposición entre ambas sentencias, concluyendo que en el caso COTY no se está prohibiendo cualquier restricción sobre los distribuidores en cuanto a la venta on-line: “*En efecto, con arreglo a esta cláusula únicamente se prohíbe la venta en línea de los productos objeto del contrato mediante plataformas de terceros que operen de forma evidente frente a los consumidores*”⁹⁶.

Como han destacado quienes han analizado a fondo estos dos pronunciamientos, “los casos Pierre Fabre y Coty difieren en alcance y grado. Pierre Fabre se refería a una prohibición “absoluta” de facto de las ventas por Internet que, como se explica más adelante, va en contra de la esencia misma del mercado interior de la UE. El caso Coty, por otra parte, se refería a una restricción del uso de plataformas de comercio electrónico (como Amazon) y, en sentido estricto, la sentencia del TJUE sólo se aplica a los productos de lujo. Sobre este último punto, la Comisión Europea considera que la sentencia Coty no necesariamente impide que los fabricantes de productos, que no sean de lujo, como productos de alta calidad y de alta tecnología puedan restringir también el uso de tales plataformas”⁹⁷.

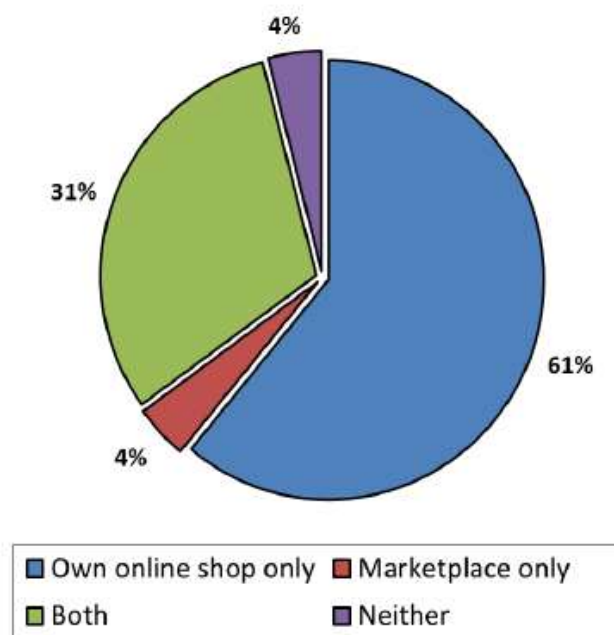
<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/10/coty-vs-fabre.html> (última consulta el 27 de enero de 2024).

⁹⁵ Sentencia COTY (2017), párrafos nn. 32 a 34.

⁹⁶ Sentencia COTY (2017), párrafo n° 52.

⁹⁷ Y. BOTTEMAN and D. BARRIO, “Where do we stand after Coty?”, *Competition Law Journal*, Vol. 17, n. 1 (2018), pág. 20

Figure B. 54: Proportion of retailers using different sales channels for selling online



Fuente: *e-Commerce sector inquiry (2017)*, pág. 135.

Por otro lado, el TJUE no desconoce los resultados del *E-Commerce Inquiry*, y por ello señala⁹⁸, conforme a los datos que se muestran en la Figura B.54, que el 90% de los comercios que habían respondido al cuestionario seguían teniendo su propia web como canal principal de venta de los productos en el régimen de distribución selectiva, pese a constatar igualmente la creciente importancia de las plataformas de terceros como canal alternativo.

Igualmente, y como enviando un mensaje de serenidad a las empresas de retail, que parecen, con este pronunciamiento, ver peligrar su negocio on-line, señala el TJUE que “*los distribuidores autorizados pueden vender en línea los productos objeto del contrato tanto a través de sus propios sitios de Internet, si disponen de un escaparate electrónico de la tienda autorizada y se preserva el carácter lujoso de los productos, como mediante plataformas de terceros no autorizadas si la intervención de éstas no es evidente para los consumidores*”⁹⁹.

Ya hemos señalado que, sin embargo, para el FCO (*Federal Cartel Office*) la autoridad alemana de competencia, este pronunciamiento no aclara del todo el problema, y deja varias cuestiones todavía sin resolver¹⁰⁰.

⁹⁸ Sentencia COTY (2017), párrafo n° 54.

⁹⁹ Sentencia COTY (2017), párrafo n° 53.

¹⁰⁰ *Vid.* una síntesis de la posición del FCO respecto a la Sentencia COTY en T. STEINVORTH, “Platform Bans: German Competition Authority Critical Despite Coty Judgment”, *blog Orrick*

15. ¿Cuál es el impacto del derecho de la competencia en la industria de la moda y el lujo?

Para salir al paso de esta polémica, sobre todo ante las valoraciones -un tanto críticas y disidentes¹⁰¹- del *Bundeskartellamt*, es notable el hecho de que la propia Comisión Europea se diera prisa, al poco de conocerse la Sentencia del TJUE, en publicar un *Competition Policy Brief* en el que se dejaba clara esta doctrina¹⁰², en los términos en que la hemos recogido aquí.

Sobre esta nota de la Comisión se pueden destacar tres aspectos principales: en primer lugar, la insistencia en la total vigencia y actualidad de los “criterios Metro”, para enjuiciar la legalidad de un sistema de distribución selectiva; en segundo lugar, la restricción a la venta on-line sólo cumple el criterio de proporcionalidad si se limita exclusivamente a las plataformas de terceros “claramente discernibles por el consumidor”¹⁰³, es decir, aquellas en las que cualquier usuario medio perciba con nitidez que no está adquiriendo el producto directamente del distribuidor; y, en tercer lugar, se recalca que, incluso en el supuesto que, tras un análisis del caso concreto, la restricción sobre la venta a través de *marketplaces* sí se considere que vulnera la normativa de competencia, en sí mismas no constituyen una *hardcore restriction* a los efectos de la exención prevista por el artículo 4 c) del Reglamento de Verticales.

Para concluir este apartado, podemos señalar, en palabras del propio TJUE, que: “*En estas circunstancias, aun cuando restringe una forma determinada de venta en Internet, una prohibición como la controvertida en el litigio principal no constituye una restricción de la clientela de los distribuidores, en el sentido del artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010, ni una restricción de las ventas pasivas de los distribuidores autorizados a los usuarios finales, en el sentido del artículo 4, letra c), de dicho Reglamento*”¹⁰⁴.

Antitrust Watch, 15 de noviembre de 2018, disponible en: <https://blogs.orrick.com/antitrust/2018/11/15/platform-bans-german-competition-authority-critical-despite-coty-judgment/> (última consulta el 24 de febrero de 2024).

¹⁰¹ Hechas públicas en el “manifiesto”: *Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what’s next?*, Octubre de 2018, disponible en la propia página web del FCO (en versión en inglés y en alemán): https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (última consulta el 4 de febrero de 2024).

¹⁰² “EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?” *Competition policy brief* (01 April 2018), disponible en la propia página web de la Comisión Europea: <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf> (última consulta el 2 de enero de 2024).

¹⁰³ En la Sentencia de 2017 el TJUE continuamente insiste en que tiene que ser “evidente” (se repite, por ejemplo, en los párrafos n.º 51, 52, 53 y 55) para los consumidores el hecho de que la distribución del producto la lleva a cabo un tercero.

¹⁰⁴ Sentencia COTY (2017), párrafo n.º 68.

V. CONCLUSIONES

De todo lo dicho anteriormente se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre la aplicación del Derecho de la Competencia a la industria de la moda y el lujo.

En primer lugar, si bien el Derecho de la Competencia se aplica de forma “transversal” a cualquier sector de la actividad empresarial, y por tanto, también a la industria de la moda y el lujo, lo cierto es que algunas herramientas no se han aplicado en absoluto (la prohibición de abuso de dominio), otras se han aplicado sin especiales problemas ni especificidades propias del sector (el control de concentraciones), y en cambio otras han tenido una relevancia y significación propia, como es la prohibición de acuerdos colusorios, especialmente en el ámbito de las relaciones verticales.

En segundo lugar, no puede desconocerse la enorme transformación que el escenario económico y social en el que tienen lugar las transacciones comerciales *on-line* ha experimentado en los últimos años, a partir del desarrollo de nuevos modelos de negocio, la irrupción en estos mercados de las plataformas digitales, y el auge del *e-commerce* con motivo de la pandemia provocada por la Covid-19.

En tercer lugar, esta nueva realidad del mercado necesariamente afecta a las relaciones verticales de colaboración entre fabricante/proveedor y sus distribuidores, y a las eventuales restricciones que puedan limitar la competencia del mercado, en perjuicio de la innovación, la libertad de empresa, la formación de precios, y en última instancia de los consumidores. A este respecto, es encomiable la respuesta que la normativa de competencia va dando a las nuevas realidades, en primer lugar, a través de soluciones jurisprudenciales como las examinadas en este trabajo (*Copad, Metro, Guess, Coty*, etc.) y luego su “codificación” en el derecho derivado como el nuevo Reglamento 2022/720, de 10 de mayo, de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

En cuarto lugar, y en cuanto a la específica figura contractual que más en detalle se ha analizado en este Capítulo, la distribución selectiva de productos de moda y de lujo, puede decirse que todo este cuerpo de doctrina jurisprudencial, los comentarios académicos y la normativa emanada de las instituciones comunitarias, han conformado todo un modelo en el que la salvaguarda de la imagen de prestigio de la marca permite una serie de restricciones al distribuidor, justificadas por el objetivo que persiguen y que no van más allá de lo estrictamente necesario para conseguirlo. De esta forma, y con este equilibrio, se protegen y salvaguardan los incentivos económicos de todos los agentes en la “cadena de suministro”, y garantizan el acceso al consumidor de un producto de la calidad que espera, y por la que está dispuesto a pagar el precio correspondiente.

15. ¿Cuál es el impacto del derecho de la competencia en la industria de la moda y el lujo?

En quinto y último lugar, ante mercados tan dinámicos y evolutivos como los que estamos contemplando, y la irrupción de realidades con las que hace menos de una década no podíamos ni soñar -piénsese, por ejemplo, en los recientes fenómenos de la IA y el Metaverso-, sin duda que la regulación de la distribución comercial de productos de la industria de la moda y el lujo afrontará nuevos retos, y no es descartable que surjan nuevas categorías contractuales que sustituyan al modelo prevalente en la actualidad (los sistemas de distribución selectiva), a los que no nos cabe duda, el Derecho de la Competencia dará una respuesta adecuada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN JUÁREZ, I., “La configuración de la venta on-line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), Vol. 11, N° 2, págs. 402-413.
- ANTÓN JUÁREZ, I., “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, N° 1, pp. 24-62.
- ANTÓN JUÁREZ, I., “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (RCD)*, n° 22, 2018, pp. 1-13.
- ARPIO SANTACRUZ, J., “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto c-230/16, Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI:EU:C:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pág. 330.
- ARROYO APARICIO, A., “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto Coty), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n° 1, 2019, pp. 663-670.
- BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2014.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, N., “Acuerdos y prácticas restrictivas en el Derecho Comunitario y español de la Competencia: Acuerdos Verticales”, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. I, Dykinson 1999, pág. 55.
- CARBAJO CASCÓN, F., “El contrato de distribución selectiva”, en J. I. RUIZ PERIS / J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018.
- CICALA, C.; HAEGEMAN, K.; CUFF, R., “From Metro to Coty: A story to be continued? The CJEU’s Judgment in Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH”, *IAR*, n. 2(2017), pp. 99-111.
- CRESPO LASSO DE LA VEGA, D. Y MARTÍNEZ MATA, Y., “Las restricciones verticales en internet: ¿Qué hay de nuevo bajo el sol?”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2019, págs. 263 a 278.
- DE FAVERI, C., “The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre”, *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 163-197.

- DÍEZ ESTELLA, F., “Capítulo 5: Los contratos de distribución se visten de Prada: Derecho de la Competencia, restricciones verticales y *luxury brands*”, en I. ANTÓN ALONSO (Dir): *Cuestiones actuales de Derecho de la Moda*, Ed. Aranzadi, Madrid 2023, págs. 191 a 220.
- DÍEZ ESTELLA, F., “Capítulo 2: ¿Una nueva era en la regulación de las restricciones verticales? De la STJUE Coty (As. C-230/16) y el expediente CNMC Adidas (S/DC/0631/18) al nuevo Reglamento 2022/720, de 10 de mayo”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir): *Anuario de Derecho de la Competencia 2023*, Ed. Civitas, Madrid 2023, pp. 51-78.
- DÍEZ ESTELLA, F. Y GUERRA FERNÁNDEZ, A., Capítulo 1. Comentario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas, 6ª edición (Madrid 2020).
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1276 y ss.
- ENCHELMAIER, S., “Selective Distribution and the Internet: Lessons from Case C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (13 October 2011), Competition on the Internet”, en *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law* (Surblytè G. (eds), vol. 23, Springer, 2015).
- ENRILE MORA-FIGUEROA, P., “Capítulo 8: La Ley de Defensa de la Competencia y los contratos de desarrollo empresarial en el sector de la moda”, en E. ORTEGA BURGOS (Dir): *Fashion Law (Derecho de la Moda)*, Ed. Aranzadi, Madrid 2018, págs. 641 a 654.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, M., *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 95 y ss.; A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., “Desequilibrios de poder en los mercados digitales: Plataformas y dependencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 42, 2022, pp. 57 a 80.
- FUENTES NAHARRO, M., “Distribución selectiva e internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución* (RCD), nº 6, año 2010, pág. 137.
- GIRONA DOMINGO, R., “El nuevo Reglamento de Exenciones por Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas”, *La Ley mercantil*, nº 97 (diciembre), 2022.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-49.
- GUTIÉRREZ CARRIZO, I., “Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 229, 2004, págs. 91-113.
- SALAS PASUY, B., “La moda y los productos de lujo en los mercados *on-line*: una mirada desde la perspectiva del derecho marcario”, *Revista de la Propiedad Inmaterial*, nº 24, Julio-Diciembre 2017, pp. 167-191.

15. ¿Cuál es el impacto del derecho de la competencia en la industria de la moda y el lujo?

SANTOS LORENZO, S., “Evolución en las reglas aplicables a los acuerdos verticales: Análisis de algunos aspectos novedosos del Reglamento 330/2010 y las Directrices de desarrollo”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 29, septiembre-octubre 2012, p. 23.

VALDÉS BURGUI, A., “La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs. 69 a 95.

VÉRGEZ MUÑOZ, C., “Sentencia COTY: reflexiones sobre las posibles limitaciones a las ventas *on-line* en plataformas de terceros”, en M. A. RECUERDA GIRELA, *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs. 333 a 368.