

La reconducción del reglamento de restricciones verticales

(con especial atención a la fijación de precios de reventa)

Eric Gippini Fournier

Servicio Jurídico, Comisión Europea

Madrid, 10/11/2009

¿Revisión o reconducción?

- El cambio radical fue el de 1999
- Experiencia positiva: *if it ain't broke...*
- Principios básicos bien aceptados
- Papel de un reglamento de exención

¿No hay novedades?

- Texto del reglamento:
 - Novedad más significativa es la extensión del umbral del 30% al comprador.
- Líneas directrices:
 - Contratos de agencia
 - Noción de “acuerdo”
 - Aclaraciones sobre el enfoque “hardcore”
 - Aclaraciones sobre ventas activas y pasivas en el contexto del comercio electrónico (online sales)
 - Novedades sobre algunas restricciones específicas: upfront access payments / slotting allowances / category captains

Restricciones « hardcore » o por objeto

- Reglamento: se reconducen las principales restricciones “hardcore”:
 - Precios de reventa mínimos/fijos (“mantenimiento” o fijación de precios de reventa: FPR)
 - Restricciones territoriales de ventas activas salvo si se trata de proteger un territorio concedido en exclusiva
 - Restricciones territoriales de ventas pasivas

Fijación de precios de reventa (FPR): en contra

ALGUNOS POSIBLES EFECTOS DESFAVORABLES

- Sostener/generar un equilibrio colusorio horizontal / softening competition
 - “manufacturer coordination”
 - “dealer coordination”
- Única restricción vertical que impide al distribuidor adaptar su precio a la competencia local.
- Distribuidor más eficiente a igual servicio no puede repercutir su ventaja de costes
- Incentivo del distribuidor multimarca a subir el precio de reventa de productos competidores
- Generar poder de mercado/compartir rentas con el distribuidor. Priva al consumidor del papel de agente del distribuidor; “Consumer-funded bribe”.
- Mitiga la presión a la baja ejercida por los distribuidores sobre el precio mayorista

ALGUNOS POSIBLES EFECTOS FAVORABLES

- Solve dealer free riding on pre-sales services
- Solve “certification” free riding problem
- “contract enforcement mechanism” / align distributor and manufacturer incentives
- Incentive to keep inventories when future demand characterised by uncertainty

FPR

- Empate a puntos ? Mi punto de vista en <http://ssrn.com/abstract=1476443>
- “Frecuencia” con la que se verifican las explicaciones deseables y las indeseables?
- “Se necesitan más estudios empíricos”...
 - Interpretación?
 - Objetividad?
- Reglamento para 2010, no para 2020.
 - La pregunta para 2010 es: ¿sabemos algo nuevo desde 1999 que recomiende integrar FPR entre las prácticas exentas?
 - ¿Si no es así ?

FPR. La respuesta pragmática de la Comisión. Cambio de lenguaje en las líneas directrices

TEXTO ACTUAL

- 46Asimismo, es poco probable la exención individual de los acuerdos verticales que contengan tales restricciones especialmente graves.
- Sección 2.8. Precios de reventa recomendados y máximos (puntos 225 a 228).

NUEVO BORRADOR

- 47: La inclusión de tal restricción especialmente grave en un acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito del artículo 81, apartado 1. También da lugar a la presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 81, apartado 3, por la razón de que [sic] no se aplica la exención por categorías. Sin embargo, ésta es una presunción refutable que deja abierta la posibilidad de que las empresas aleguen un argumento de la eficiencia de conformidad con el artículo 81, apartado 3, del Tratado CE en un caso individual.
- Sección 2.10. Restricciones de los precios de reventa (puntos 219-225).

Cambio de lenguaje (sigue)

- (219) abierta la posibilidad de que las empresas aleguen, en determinados casos, razones de eficiencia de conformidad con el artículo 81, apartado 3, del Tratado CE. Cuando las partes justifiquen que pueden obtenerse eficiencias de la inclusión del MPR en su acuerdo y demuestren que se cumplen todas las condiciones del artículo 81, apartado 3, la Comisión deberá evaluar efectivamente - y no solamente suponer - los probables efectos negativos en la competencia y en los consumidores antes de decidir si se cumplen las condiciones del artículo 81, apartado 3.
- (221) Sin embargo, el MPR puede no solamente restringir la competencia, sino también dar lugar a eficiencias, que se evaluarán de conformidad con el artículo 81, apartado 3. En particular....
 - nueva marca / incorporación a un nuevo mercado
 - en un sistema de franquicia o en un sistema de distribución similar una campaña coordinada de precios bajos a corto plazo (2 a 6 semanas en la mayoría de los casos)
 - “Loss leading” : evitar que un gran distribuidor utilice una marca particular vendiéndola bajo costes como reclamo.

FPR: conclusión

- 81(1)
 - De minimis: se excluyen las restricciones “hardcore”
 - Pero la exigencia de una afectación *sensible* del comercio entre Estados miembros se aplica también a las restricciones “hardcore”, incluida FPR (Erauw-Jacquery)
- 81(3)
 - Proyecto de líneas directrices indica una doble “presunción”:
 - “presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito del artículo 81, apartado 1.”
 - “presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 81, apartado 3”
 - Las dos “presunciones” son difíciles fundamentar en la jurisprudencia, por motivos distintos.
 - En cualquier caso, apertura clara por parte de la Comisión a la toma en consideración de eficiencias que puedan derivarse del uso de FPR, con indicación de situaciones concretas en las que se consideran particularmente plausibles.

Imperativos derivados de la interpretación del Art. 81(1) en la jurisprudencia

- Concepto de competencia relevante en las disposiciones del tratado:

"the independent determination by each economic operator of his commercial policy and in particular of his pricing policy"

Case T-229/94, Deutsche Bahn v. Commission [1997] Case 26/76 Metro v. Commission [1977]; Case C-7/95 P Deere v. Commission, [1998]; C-297/07 Beef Industry, [2008]; C-8/08 T-Mobile [2009]
- FPR se presenta como una restricción por objeto:

Case 234/83, Binon, [1985] ECR 2015, para. 44; Case 27/87, Erauw-Jacquery, [1988] ECR 1919.
- Pero es necesario demostrar que se cumple la condición de afectación del comercio entre Estados miembros: Erauw-Jacquery.

81(1) en la jurisprudencia (sigue)

4/06/2009; C-8/08 T-Mobile Netherlands (paras. 36-39)

...it is not possible on the basis of the wording of Article 81(1) EC to conclude that only concerted practices which have a direct effect on the prices paid by end users are prohibited.

In any event, ... Article 81 EC, like the other competition rules of the Treaty, is designed to protect not only the immediate interests of individual competitors or consumers but also to protect the structure of the market and thus competition as such.

Therefore, there does not need to be a direct link between that practice and consumer prices.

[...] It is not necessary for there to be actual prevention, restriction or distortion of competition or a direct link between the concerted practice and consumer prices.

81(1) en la jurisprudencia (sigue)

6/10/2009; C-501/06 P y otros, GlaxoSmithkline

- 63 ...no se desprende en modo alguno de esta disposición que únicamente puedan tener un objeto contrario a la competencia los acuerdos que priven a los consumidores de determinadas ventajas. ... el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de términos de abastecimiento o de precios....
- 64 ...al supeditar la existencia del objeto [] contrario a la competencia a la prueba de que el acuerdo conlleve inconvenientes para los consumidores finales y al no declarar que existe tal objeto en lo que respecta al referido acuerdo, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho.

Muchas gracias

- En mi reciente artículo (disponible en internet: <http://ssrn.com/abstract=1476443>) encontrarán una presentación algo más completa de las teorías pro- y anticompetitivas del mantenimiento de precios de reventa y su tratamiento en Derecho europeo, así como abundantes referencias bibliográficas.