



## Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NILS WAHL  
presentadas el 26 de julio de 2017<sup>1</sup>

**Asunto C-230/16**

**Coty Germany GmbH  
contra  
Parfümerie Akzente GmbH**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Prácticas colusorias — Artículo 101 TFUE, apartado 1 — Distribución selectiva — Cláusula que prohíbe a los minoristas recurrir a un tercero no autorizado en el marco de la venta por Internet — Beneficio de la exención por categorías establecida en el Reglamento (UE) n.º 330/2010 — Artículo 4, letras b) y c)»

1. El uso cada vez mayor de mercados (marketplaces) o plataformas electrónicas independientes de los fabricantes<sup>2</sup> por parte de algunos distribuidores ha llevado naturalmente a una serie de autoridades y de órganos jurisdiccionales nacionales<sup>3</sup> a interrogarse sobre la posibilidad de que un proveedor pueda prohibir a los distribuidores autorizados de una red de distribución selectiva que recurran a terceras empresas no autorizadas.
2. La presente petición de decisión prejudicial, que invita a «repensar» la legalidad, con arreglo a las normas de competencia, de los sistemas de distribución selectiva a la luz de la reciente evolución del sector del comercio electrónico, cuyas posibles consecuencias económicas no deben pasarse por alto,<sup>4</sup> constituye un ejemplo perfecto.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> Entre las entidades más conocidas, cabe mencionar por ejemplo Amazon, eBay o incluso PriceMinister. No obstante, en su Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, publicado el 10 de mayo de 2017 [COM(2017) 229 final], la Comisión Europea puso de manifiesto que el uso de mercados/plataformas de terceros desempeña un papel más importante en determinados países, como Alemania (el 62 % de los minoristas que participaron en la investigación utilizan los mercados), Reino Unido (43 %) y Polonia (36 %), en comparación con otros Estados miembros, como Italia y Austria (13 %) y Bélgica (4 %). El informe pone también de manifiesto el hecho de que las plataformas de terceros son un canal de venta más importante para los pequeños y medianos minoristas que para los grandes distribuidores.

<sup>3</sup> Además de las decisiones que dieron lugar al presente procedimiento prejudicial, cabe mencionar, a modo de ejemplo, las decisiones adoptadas anteriormente por los órganos jurisdiccionales y las autoridades de defensa de la competencia alemanas [véanse, en particular, las sentencias del Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlin, Alemania) de 19 de septiembre de 2013 en el asunto Scout (U 8/09 Kart.), y del Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno) de 22 de diciembre de 2015 en el asunto Deuter (U 84/14), así como las resoluciones del Bundeskartellamt (Autoridad federal de defensa de la competencia, Alemania) de 27 de junio de 2014 en el asunto Adidas (B3-137/12) y de 26 de agosto de 2015 en el asunto ASICS (B2-98/11)] y francesas [véase, en particular, la resolución de la autoridad de defensa de la competencia n.º 14-D-07, de 23 de julio de 2014, relativa a las prácticas emprendidas en el sector de la distribución de equipos de radio, televisión y vídeo, en particular, televisores, y la sentencia de la Cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia) de 2 de febrero de 2016, Caudalie (n.º 15/01542)].

<sup>4</sup> Según el informe de la Comisión antes citado, los sistemas de distribución selectiva están muy extendidos en la Unión Europea y son utilizados por numerosos fabricantes. Aunque no se limitan a una categoría determinada de productos, se utilizan generalmente para la distribución de productos de marca «de lujo», como ropa, calzado y productos cosméticos. En este ámbito, numerosos distribuidores ponen de manifiesto la existencia de acuerdos con los proveedores a fin de restringir el acceso a los mercados en línea o a plataformas de terceros.

3. Mediante la presente petición, el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania) interroga al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del artículo 4, letras b) y c), del Reglamento (UE) n.º 330/2010.<sup>5</sup>

4. Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Coty Germany GmbH, proveedora de productos cosméticos de lujo líder en Alemania, y Parfümerie Akzente GmbH, distribuidora autorizada de tales productos, con motivo de la prohibición impuesta a esta última de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles no autorizadas para vender por Internet los productos objeto del contrato.

5. Más concretamente, se insta al Tribunal de Justicia a que dilucide si los sistemas de distribución selectiva destinados a la venta de productos de lujo y de prestigio y dirigidos primordialmente a asegurar una «imagen de lujo» de dichos productos constituyen un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, y, en caso afirmativo, en qué medida. En este contexto, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la conformidad con esta disposición de la prohibición absoluta impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva, que operan en el comercio minorista, de recurrir en las ventas por Internet a terceras empresas externamente reconocibles, con independencia de que en el caso concreto se satisfagan o no las exigencias legítimas de calidad del fabricante. Por otra parte, se invita al Tribunal de Justicia a determinar si el artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º 330/2010 debe interpretarse en el sentido de que dicha prohibición constituye una restricción denominada «por objeto» de la clientela del minorista y/o de las ventas pasivas a los usuarios finales.

6. En este sentido, el presente asunto brinda al Tribunal de Justicia la ocasión de precisar si la sentencia *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*,<sup>6</sup> que, como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, ha sido objeto de interpretaciones divergentes por parte de las autoridades de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales, ha modificado fundamentalmente o no la consideración, a la luz de las normas de competencia de la Unión, de las restricciones inherentes a cualquier sistema de distribución selectiva que se basan en criterios cualitativos.

## Marco jurídico

### *Reglamento n.º 330/2010*

7. Con arreglo a los considerandos 3 a 5 del Reglamento n.º 330/2010:

«(3) La categoría de acuerdos que la Comisión ha considerado que cumplen normalmente las condiciones previstas en el artículo 101, apartado 3, del [TFUE] incluye los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando dichos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual. El término “acuerdos verticales” debe incluir las correspondientes prácticas concertadas.

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

6 Sentencia de 13 de octubre de 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649).

- (4) A efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del [TFUE] mediante Reglamento no es necesario determinar qué acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del [TFUE]. En la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al artículo 101, apartado 1, del [TFUE] es necesario tener en cuenta varios factores, particularmente la estructura de mercado de las partes proveedora y compradora.
- (5) El alcance de la exención por categorías establecida por el presente Reglamento debe limitarse a aquellos acuerdos verticales respecto de los cuales quepa presumir con suficiente certeza que cumplen los requisitos del artículo 101, apartado 3, del [TFUE].»

8. El artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 330/2010 establece:

«A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

- a) “acuerdos verticales”, los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
- b) “restricciones verticales”, restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del [TFUE];

[...]

- e) “Sistema de distribución selectiva”, 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;

[...]»

9. El artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento dispone:

«Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del [TFUE] y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del [TFUE] no se aplicará a los “acuerdos verticales”.

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan “restricciones verticales”.»

10. En virtud del artículo 3, apartado 1, del mismo Reglamento:

«La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales.»

11. Bajo la rúbrica «Restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves)», el artículo 4 del Reglamento n.º 330/2010 dispone:

«La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

[...]

- b) la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento, pueda vender los bienes o servicios contractuales, excepto:

[...]

- iii) la restricción de ventas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema, y

[...]

- c) la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen al nivel de comercio minorista al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado;

[...]»

### ***Directrices relativas a las restricciones verticales***

12. Con arreglo al apartado 51 de las Directrices relativas a las restricciones verticales<sup>7</sup> publicadas por la Comisión al mismo tiempo que se adoptó el Reglamento n.º 330/2010, por ventas «pasivas» se entiende la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes.

13. El apartado 52 de las Directrices señala que Internet es una herramienta muy poderosa para llegar a un mayor número y diversidad de clientes que a los que se llegaría utilizando métodos de venta más tradicionales, y que por ello ciertas restricciones sobre el uso de internet se tratan como restricciones a la venta o reventa. En la tercera frase de este apartado se indica que, por lo general, tener una página web se considera una forma de venta pasiva, ya que constituye un modo razonable de permitir a los clientes llegar al distribuidor.

14. El apartado 54 de las Directrices tiene el siguiente tenor:

«Sin embargo, es posible que el proveedor necesite niveles mínimos de calidad para el uso del sitio internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para un establecimiento o para vender por catálogo o para publicidad y promoción, en general. Esto puede ser pertinente especialmente en el caso de la distribución selectiva. Al amparo de la exención por categorías, el proveedor puede por ejemplo exigir a sus distribuidores que tengan uno o más establecimientos físicos o salas de exposición como condición para ser miembro de su sistema de distribución. [...] Igualmente, un proveedor podrá exigir a sus distribuidores

<sup>7</sup> DO 2010, C 130, p. 1; en lo sucesivo, «Directrices».

que utilicen plataformas de terceros para distribuir los productos objeto del contrato, solamente de conformidad con las normas y condiciones acordadas entre el proveedor y sus distribuidores para el uso de internet por parte de los distribuidores. Por ejemplo, en caso de que la página web del distribuidor esté albergada en una plataforma de un tercero, el proveedor puede exigir que los clientes no entren en la página web del distribuidor a través de una página web con el nombre o logo de la plataforma de la tercera parte.»

15. En el apartado 56 de las Directrices se explica que la restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010 excluye la restricción de ventas activas o pasivas a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores finales, por parte de los miembros de una red de distribución selectiva, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro de la red que opere fuera de un lugar no autorizado. En la tercera frase del mismo apartado 56 se pone de relieve que, en un sistema de distribución selectiva, el distribuidor autorizado goza de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de internet. Por tanto, la Comisión considera restricción especialmente grave cualquier obligación que disuada a los distribuidores autorizados de utilizar internet para llegar a un mayor número y diversidad de clientes imponiendo criterios para las ventas en línea que no sean globalmente equivalentes a los criterios impuestos para las ventas en establecimientos físicos.

16. Por último, el apartado 176 de las Directrices indica que tanto los acuerdos de distribución selectiva cualitativa como los acuerdos de distribución selectiva cuantitativa se benefician de la exención prevista en el Reglamento n.º 330/2010 y que esta exención se aplica «con independencia de la naturaleza del producto de que se trate y del criterio de selección». No obstante, si las características del producto no exigen el uso de la distribución selectiva o no exigen el uso de los criterios aplicados, como por ejemplo el requisito de que los distribuidores dispongan de uno o más establecimientos físicos, un sistema de este tipo no aporta, por lo general, suficientes efectos de eficiencia para contrarrestar una reducción significativa de la competencia intramarca. Si se producen efectos de eficiencia apreciables, es probable que se retire el beneficio de la exención por categorías.

### **Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

17. Coty Germany es uno de los principales proveedores de productos cosméticos de lujo en Alemania. Comercializa determinadas marcas de este sector mediante una red de distribución selectiva, en virtud de un contrato de distribución que utilizan de manera uniforme en toda Europea tanto dicha sociedad como las sociedades vinculadas a ella. Este contrato se complementa con distintos contratos especiales, destinados a organizar dicha red.

18. Parfümerie Akzente distribuye como minorista autorizado los productos de Coty Germany desde hace muchos años, tanto en sus puntos de venta físicos como en Internet. Una parte de las ventas por Internet las realiza mediante su propia tienda en línea y, otras, por medio de la plataforma «amazon.de».

19. De la resolución de remisión se desprende que, en el preámbulo del contrato de distribución selectiva, Coty Germany justifica su sistema de distribución selectiva en los términos de que «el carácter de las marcas Coty Prestige exige una distribución selectiva para preservar la imagen de lujo de esas marcas».

20. En este sentido, por lo que se refiere al comercio físico, el contrato de distribución selectiva establece que todo punto de venta del distribuidor ha de ser autorizado por Coty Germany, lo que implica la observancia de determinadas exigencias, detalladas en el artículo 2 de dicho contrato, relativas al ambiente, la equipación y las instalaciones.

21. En particular, con arreglo al artículo 2, apartado 1, punto 3, del contrato de distribución, «el equipamiento y las instalaciones del punto de venta, la oferta de productos, la publicidad y la presentación para la venta deben destacar y reforzar el carácter de lujo de las marcas Coty Prestige. En la valoración de este criterio se tendrán en cuenta, en particular, la fachada, la equipación interior, los solados, las características de muros y techos, el mobiliario y la superficie de venta, así como la iluminación y una impresión general de limpieza y orden».

22. El artículo 2, apartado 1, punto 6, del contrato de distribución establece que «la identificación de los puntos de venta, ya sea con la razón social de la empresa, ya sea con textos añadidos o lemas de empresa, no podrá sugerir una selección limitada de productos, un equipamiento reducido o un asesoramiento defectuoso, y deberá disponerse de tal manera que no oculte la decoración ni los expositores de la entidad depositaria».

23. Además, el marco contractual que vincula a las partes incluye un acuerdo adicional sobre la venta por Internet, cuyo artículo 1, apartado 3, prevé que «la entidad depositaria no podrá utilizar un nombre diferente ni recurrir a una tercera empresa sin autorización previa».

24. En marzo de 2012, Coty Germany modificó los contratos de la red de distribución selectiva, así como el referido acuerdo adicional, estableciendo en la cláusula I, apartado 1, párrafo primero, de este que «la entidad depositaria podrá ofrecer y vender los productos en Internet. No obstante, dicha facultad se someterá a la condición de que la venta en Internet se realice mediante un “escaparate electrónico” del establecimiento autorizado y que se respete el carácter de lujo de los productos». Además, la cláusula I, apartado 1, punto 3, de dicho acuerdo adicional prohíbe expresamente el uso de una denominación comercial diferente, así como la utilización reconocible de los servicios de una tercera empresa que no sea una entidad depositaria autorizada de Coty Prestige. En dicha cláusula figura una nota que establece que «de forma análoga, se prohíbe a la entidad depositaria establecer una cooperación con un tercero cuando dicha cooperación vaya dirigida a la explotación del sitio web y sea visible hacia el exterior».

25. Tras la negativa de Parfümerie Akzente a aprobar estas modificaciones del contrato de distribución, Coty Germany interpuso un recurso ante un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia a fin de que se prohibiera la distribución de los productos de la marca controvertida a través de la plataforma «amazon.de», con arreglo a la citada cláusula I, apartado 1, punto 3.

26. Mediante sentencia de 31 de julio de 2014, el órgano jurisdiccional de primera instancia competente, a saber, el Landgericht Frankfurt am Main (Tribunal Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno), desestimó la demanda alegando que la cláusula contractual en cuestión era contraria al artículo 101 TFUE, apartado 1, y al artículo 1 de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las restricciones de la competencia).

27. Este órgano jurisdiccional consideró, en particular, que el objetivo de mantenimiento de una imagen prestigiosa de marca no puede justificar, de acuerdo con la sentencia de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), la introducción de un sistema de distribución selectiva, que, por definición, restringe la competencia. Según el órgano jurisdiccional nacional de primera instancia, la cláusula contractual controvertida constituye también una restricción especialmente grave en el sentido del artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010 y, por lo tanto, no puede beneficiarse de una exención por categorías sobre la base de este Reglamento.

28. Por otra parte, el órgano jurisdiccional de primera instancia declaró que tampoco se cumplían los requisitos para una exención individual, puesto que no se había acreditado que la exclusión general de la venta por Internet mediante plataformas de terceros implicase una mejora de la eficiencia que contrarrestara los inconvenientes que la cláusula controvertida suponía para la competencia. Según este órgano jurisdiccional, la prohibición general prevista en esta cláusula no es indispensable, pues existen otros medios igualmente adecuados y menos restrictivos de la competencia, como el establecimiento de criterios cualitativos específicos para las plataformas de terceros.

29. En estas circunstancias y en el marco del recurso de apelación interpuesto por Coty Germany contra la resolución del órgano jurisdiccional nacional de primera instancia, el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Constituyen un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, los sistemas de distribución selectiva destinados a la venta de productos de lujo y de prestigio y dirigidos primordialmente a preservar la “imagen de lujo” de dichos productos?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿puede considerarse un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, la prohibición general impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir en las ventas por Internet a terceras empresas externamente reconocibles, independientemente de que en el caso concreto se satisfagan o no las legítimas exigencias de calidad del fabricante?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 4, letra b), del Reglamento [n.º 330/2010] en el sentido de que la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet constituye una restricción por objeto de la clientela del minorista?
- 4) ¿Debe interpretarse el artículo 4, letra c), del Reglamento [n.º 330/2010] en el sentido de que la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet constituye una restricción por objeto de las ventas pasivas a los usuarios finales?»

30. Han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia Coty Germany, Parfümerie Akzente, los Gobiernos alemán, francés, italiano, luxemburgués, neerlandés y austriaco y la Comisión.

31. El 30 de marzo de 2017 se celebró una vista, en la que participaron Coty Germany, Parfümerie Akzente, los Gobiernos alemán, francés, italiano, luxemburgués, neerlandés y sueco y la Comisión.

## **Análisis**

### ***Comentarios preliminares y observaciones generales sobre los principios que deben regir la aplicación del artículo 101 TFUE a los sistemas de distribución selectiva***

32. Con carácter general, las normas de competencia —y, en particular, el artículo 101 TFUE— tienen por finalidad impedir el falseamiento de la «competencia», debiendo precisarse que esta, que tiende a promover la eficiencia económica y, en último término, el bienestar de los consumidores, no solo debe permitir el establecimiento de los precios más bajos posibles, sino que también debe ser un

elemento impulsor de la diversidad en la elección de los productos, de optimización de la calidad de estos últimos y de las prestaciones suministradas, así como de fomento de la innovación. El Derecho europeo de competencia no contempla la competencia basada en los precios como único modelo posible.

33. En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró desde muy pronto que la competencia de precios, por importante que sea, no constituye sin embargo la única forma eficaz de competencia ni aquella a la que, en todas las circunstancias, deba dársele prioridad absoluta.<sup>8</sup> Asimismo, existen exigencias legítimas, tales como el mantenimiento de un comercio especializado capaz de prestar servicios específicos para productos de gran calidad y alta tecnología, que justifican una reducción de la competencia basada en el precio en favor de una competencia basada en factores distintos de los precios.<sup>9</sup>

34. Los sistemas de distribución selectiva deben apreciarse partiendo de esta premisa.

35. Estos últimos se definen como sistemas de distribución por los cuales, por una parte, el proveedor (frecuentemente denominado «cabecera de red») se compromete a vender los bienes o servicios contractuales solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos y, por otra parte, estos distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema.<sup>10</sup>

36. Es bien sabido, desde la sentencia *Consten y Grundig/Comisión*,<sup>11</sup> que un acuerdo de carácter vertical, celebrado entre dos empresas que no se encuentran en pie de igualdad, puede restringir la competencia que podría ejercerse entre ellas o entre una de ellas y terceros. Por lo tanto, no cabe excluir *a priori* la posibilidad de que las cláusulas contractuales que se insertan en los contratos de distribución selectiva contengan restricciones de la competencia, que, en particular, puedan considerarse comprendidas en la prohibición de prácticas colusorias contrarias a la competencia. En cuanto a la aplicabilidad propiamente dicha de la normativa de defensa de la competencia a la definición de los criterios de selección establecidos en el contexto de las redes de distribución, es notorio que esta selección, en la medida en que se deriva de las cláusulas contractuales de los contratos firmados entre la cabecera de red y sus distribuidores autorizados, puede estar incluida en la prohibición de las prácticas colusorias.<sup>12</sup>

37. Sin embargo, el Tribunal de Justicia suele abordar con precaución los sistemas de distribución selectiva basados en criterios cualitativos.<sup>13</sup> En tal sentido, ha reconocido claramente, desde su famosa sentencia *Metro SB-Großmärkte/Comisión*,<sup>14</sup> la legalidad, a la luz de la normativa de defensa de la competencia, de los sistemas de distribución selectiva que se basan en criterios cualitativos.

38. En estas circunstancias, ha subrayado que la exigencia de que no se produzcan distorsiones en la competencia admite que la naturaleza e intensidad de la competencia puedan variar en función de los productos o servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados. En particular, la estructura del mercado no se opone a la existencia de canales de distribución diferentes, adaptados a las características individuales de los diversos productores y a las

8 Véase la sentencia de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte/Comisión* (26/76, EU:C:1977:167), apartado 21.

9 Véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken/Comisión* (107/82, EU:C:1983:293), apartado 33, y de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), apartado 40.

10 Véase, en particular, el artículo 1, letra e), del Reglamento n.º 330/2010.

11 Sentencia de 13 de julio de 1966 (56/64 y 58/64, EU:C:1966:41), p. 493.

12 Véase, en particular, la sentencia de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken/Comisión* (107/82, EU:C:1983:293). El punto 38 de esta sentencia establece que: «tal actitud del fabricante no constituye una conducta unilateral de la empresa, que [...] no resultaría afectada por la prohibición [de las prácticas colusorias], sino que forma parte [...] de las relaciones contractuales que la empresa mantiene con los revendedores».

13 Ya existen indicios de este planteamiento relativamente flexible en relación con los acuerdos de distribución exclusiva en el asunto que dio lugar a la sentencia de 30 de junio de 1966, *LTM* (56/65, EU:C:1966:38).

14 Véase la sentencia de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte/Comisión* (26/76, EU:C:1977:167), apartado 20.

necesidades de las diversas categorías de consumidores. Mediante su razonamiento, el Tribunal de Justicia ha reconocido implícita pero necesariamente que cabe admitir una reducción de la competencia intramarca (*intra-brand competition*) cuando sea indispensable para el fomento de la competencia intermarcas (*inter-brand competition*).

39. En tal sentido, ha declarado reiteradamente que estos sistemas pueden declararse conformes al artículo 101 TFUE, en la medida en que la elección de los distribuidores se efectúe en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de manera uniforme y aplicados de forma no discriminatoria.

40. Asimismo, al hilo de determinadas orientaciones doctrinales,<sup>15</sup> basadas a su vez en análisis de economistas,<sup>16</sup> se ha impuesto progresivamente la idea, en particular en la elaboración de una nueva generación de reglamentos de exención por categorías, de que estos sistemas implican, en general, numerosos beneficios desde el punto de vista de la competencia.

41. Esta evolución, que no es exclusiva del Derecho de competencia de la Unión,<sup>17</sup> se basa, en particular, en las constataciones que se indican seguidamente.

42. En primer lugar, en la medida en que van dirigidos a autorizar a los distribuidores de determinados productos sobre la base de criterios cualitativos exigidos por la naturaleza de dichos productos, los sistemas de distribución selectiva favorecen y protegen el desarrollo de la imagen de marca (brand image). Constituyen un factor de fomento de la competencia entre los proveedores de productos de marca, a saber, la competencia intermarcas, pues permiten a los fabricantes organizar eficazmente la distribución de sus productos y satisfacer a los consumidores.

43. Los sistemas de distribución selectiva son, en particular para los productos que presentan cualidades singulares, un vector de penetración de los mercados. En efecto, las marcas, y en particular las marcas de lujo, obtienen su valor añadido de la percepción estable que los consumidores tienen de su elevada calidad y de la exclusividad de su presentación y comercialización. Ahora bien, esta estabilidad no puede garantizarse cuando no es la misma empresa la que se encarga de la distribución de los productos. La razón de ser de los sistemas de distribución selectiva es que permiten ampliar la distribución de determinados productos, en particular a zonas geográficamente distantes de su lugar de fabricación, manteniendo al mismo tiempo esta estabilidad a través de una selección de las empresas autorizadas para distribuir los productos objeto del contrato.

44. En segundo lugar, desde el punto de vista de la competencia intramarca, en razón de la igualdad entre los distribuidores autorizados que se deriva de la aplicación, en principio objetiva y no discriminatoria, de criterios de selección de carácter cualitativo, no cabe duda de que la distribución selectiva puede entrañar que todas las empresas que formen parte de ella estén sujetas a condiciones competitivas similares de la red de distribución selectiva y, por tanto, a una posible disminución tanto del número de distribuidores de los productos objeto del contrato como de la competencia intramarca, en particular, en términos de precios. Ahora bien, paradójicamente, cuanto más severos son los

<sup>15</sup> Se ha subrayado que la normativa legal y jurisprudencial relativa a los acuerdos verticales ha sido objeto de una verdadera «revolución doctrinal» (véase, en este sentido, Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013).

<sup>16</sup> Cabe mencionar, en particular, entre numerosos estudios, Tirole, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, 1988, en particular p. 186. El autor concluye, en particular, que «It seems important for economic theorists to develop a careful classification and operative criteria to determine in which environments certain vertical restraints are likely to lower social welfare».

<sup>17</sup> En efecto, en su decisión *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* [551 US 877 (2007)], el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América se apartó de la jurisprudencia «*Dr. Miles*» que, hasta ese momento, prohibía *per se* determinadas restricciones verticales al consagrar expresamente una «regla del sentido común». Con arreglo a esta decisión, «[t]he Court has abandoned the rule of *per se* illegality for other vertical restraints a manufacturer imposes on its distributors. Respected economic analysts, furthermore, conclude that vertical price restraints can have procompetitive effects. We now hold that *Dr. Miles* should be overruled and that vertical price restraints are to be judged by the rule of reason».

criterios de selección que impone el proveedor, más se expone este, debido a la reducción de la distribución de los productos que se deriva de este hecho, a una pérdida de mercado y de clientela. A menos que disponga de un «poder de mercado» significativo, el proveedor, cabecera de red, tendrá en principio que «autorregular» su comportamiento para ajustarse a las reglas de competencia.

45. En consecuencia, cabe considerar que los sistemas de distribución selectiva producen, de manera general, efectos neutros, e incluso beneficiosos, desde el punto de vista de la competencia.

46. Procede recordar que la conformidad con el artículo 101 TFUE, apartado 1, de los sistemas de distribución selectiva se basa, en último término, en la idea de que puede ser legítimo no centrarse en la competencia «basada en los precios» en beneficio de una competencia que se refiera a otros elementos de carácter cualitativo. Por consiguiente, el reconocimiento de esta conformidad no puede limitarse a los productos que presenten cualidades materiales específicas. Lo determinante para identificar la existencia o no de una restricción de la competencia, no son tanto las propiedades intrínsecas de los productos en cuestión, sino más bien la circunstancia de que resulte necesaria para mantener el buen funcionamiento del sistema de distribución, que está dirigido precisamente a preservar la imagen de marca o de calidad de los productos objeto del contrato.

47. En resumen, aunque al cabo de un examen tanto superficial como formalista ha podido parecer que determinadas obligaciones contractuales impuestas a los minoristas en el marco de los sistemas de distribución selectiva, que restringen la libertad comercial de los distribuidores afectados, son fácilmente asimilables a posibles restricciones de la competencia, tanto en la jurisprudencia establecida desde la sentencia *Metro SB-Großmärkte/Comisión*<sup>18</sup> como en la normativa aplicable en materia de exención por categorías se ha impuesto la idea de que un sistema de distribución selectiva que se basa en criterios cualitativos puede, bajo determinadas condiciones, generar efectos favorables a la competencia y, de este modo, no estar incluido en la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1.

48. En estas circunstancias, es preciso subrayar que el artículo 101 TFUE no pretende regular ni prohibir determinadas obligaciones contractuales libremente consentidas, como las que se derivan del contrato que vincula a un distribuidor con su proveedor, sino que concierne, en esencia, a los efectos económicos de los comportamientos controvertidos desde el punto de vista de la competencia. Por otro lado, el hecho de que un acuerdo de distribución selectiva pueda generar un desequilibrio contractual entre las partes, en particular, en perjuicio del distribuidor autorizado, no constituye una circunstancia pertinente que haya de ser tenida en cuenta en el marco del examen de los efectos restrictivos de la competencia de tal acuerdo.<sup>19</sup>

49. Cabe preguntarse cómo se deben analizar en concreto las medidas adoptadas en el marco de los sistemas de distribución selectiva a la luz de la normativa de defensa de la competencia.

50. El examen a la luz del artículo 101 TFUE de los comportamientos empresariales adoptados e impuestos en el marco de la distribución selectiva debe efectuarse esquemáticamente en dos etapas. En primer lugar, es preciso examinar —como insta a hacer el órgano jurisdiccional remitente mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda— si, en principio, pueden estar incluidos en la prohibición de las prácticas colusorias prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1. En caso de respuesta afirmativa, a saber, en caso de que deba considerarse que las restricciones en cuestión están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición, será preciso determinar a continuación si los comportamientos controvertidos pueden beneficiarse o no de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 101 TFUE —cuestión que *in fine* constituye el objeto de las cuestiones tercera y cuarta—.

<sup>18</sup> Sentencia de 25 de octubre de 1977 (26/76, EU:C:1977:167).

<sup>19</sup> Véase, en este sentido, Waelbroeck, M., y Frignani, A., *Le droit de la CE — Concurrence*. Éditions de l'Université de Bruxelles, collection «Commentaire J. Mégret», Bruselas, 1997, p. 171.

51. En primer lugar, por lo que se refiere a si las condiciones impuestas por la cabecera de red a sus distribuidores pueden sustraerse o no de antemano a la prohibición de prácticas colusorias, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, en lo tocante a los bienes de consumo de alta calidad, los canales de distribución diferentes, adaptados a las características individuales de los diversos productores y a las necesidades de los consumidores pueden ser conformes al artículo 101 TFUE, apartado 1.<sup>20</sup>

52. Asimismo, como ha recordado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia más reciente, 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 exceden de lo que es necesario.<sup>21</sup>

53. En segundo lugar, y en el supuesto de que el juez llegue a la conclusión de que la medida impugnada, que se inscribe en el marco de una red de distribución selectiva, en principio no se puede sustraer a la aplicación del artículo 101 TFUE, será preciso determinar si esta es una de las medidas que pueden quedar exentas, en particular, en virtud del Reglamento de exención «por categorías» aplicable, en el presente asunto el Reglamento n.º 330/2010.

54. A tal respecto, cabe observar que este Reglamento de exención no pretende enumerar una serie de comportamientos que puedan incluirse en la prohibición del artículo 101 TFUE o de aquellos que se sustraigan, en principio, a la aplicación de dicha disposición. Como pone de manifiesto el considerando 4 de este Reglamento, «en la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al artículo 101, apartado 1, del [TFUE] es necesario tener en cuenta varios factores, particularmente la estructura de mercado de las partes proveedora y compradora».

55. En cambio, para garantizar cierta seguridad a las empresas afectadas (véase, en este sentido, el considerando 5 del Reglamento n.º 330/2010), el citado Reglamento ofrece indicaciones sobre las medidas que, en principio, no pueden beneficiarse de una exención en virtud del Reglamento, lo que no excluye que esas medidas puedan beneficiarse de una exención individual. Sin perjuicio del respeto de determinados límites relativos a la cuota de mercado tanto del proveedor como de sus distribuidores, se trata de las medidas que constituyen restricciones especialmente graves previstas en el artículo 4 de este mismo Reglamento.

56. Aunque son independientes, estas dos etapas del análisis pueden presentar determinados solapamientos conceptuales. En efecto, ya sea desde la perspectiva del apartado 1 o del apartado 3 del artículo 101 TFUE, el análisis de la medida controvertida se basa en un examen del grado de nocividad supuesto o constatado de la misma. Así pues, una restricción de las ventas pasivas de los distribuidores no solo puede ser considerada una restricción por «objeto», en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, sino también una restricción especialmente grave que no puede beneficiarse de una exención por categorías. No es menos cierto que, a efectos de la aplicación de esta última disposición, la calificación de una restricción «por objeto» debe distinguirse de la existencia de una restricción «especialmente grave» a efectos de la aplicabilidad de una eventual exención en virtud del Reglamento n.º 330/2010. Volveré sobre este tema en las consideraciones siguientes.

20 Véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte/Comisión* (26/76, EU:C:1977:167), apartado 20, y de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289), apartados 15 y 16. Véase también la sentencia de 27 de febrero de 1992, *Vichy/Comisión* (T-19/91, EU:T:1992:28), apartados 32 y ss.

21 Sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), apartado 41 y jurisprudencia citada.

57. Por último, me parece que es importante subrayar que las directrices elaboradas por la Comisión, y en particular las relativas a las restricciones verticales que indudablemente revisten un interés particular en el presente asunto, no pueden ser las únicas que orienten el análisis. En efecto, estas directrices no son vinculantes para las autoridades de defensa de la competencia ni para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sino que se limitan a indicar la forma en que la propia Comisión, actuando en calidad de autoridad de defensa de la competencia de la Unión, aplicaría el artículo 101 TFUE.<sup>22</sup> Dicho esto, no puede excluirse que el Tribunal de Justicia, en el marco de su labor de interpretación del Derecho de la Unión, haga suyas las orientaciones y apreciaciones jurídicas contenidas en estas directrices.

58. Una vez efectuadas estas observaciones generales, examinaré sucesivamente las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

***Sobre la primera cuestión prejudicial: conformidad con el artículo 101 TFUE, apartado 1, de los sistemas de distribución selectiva de productos de lujo y de prestigio dirigidos primordialmente a preservar la «imagen de lujo» de dichos productos***

59. Mediante su primera cuestión prejudicial, que se hace eco directamente de las interpretaciones divergentes de la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las redes de distribución selectiva destinadas a la distribución de productos de lujo y de prestigio y dirigidas primordialmente a preservar la imagen de lujo de dichos productos están comprendidas en el ámbito de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1.

60. En esencia, existen dos planteamientos opuestos.

61. Por una parte, *Parfümerie Akzente* y el Gobierno luxemburgués consideran que los contratos que regulan un sistema de distribución selectiva para la venta de productos de lujo y de prestigio, dirigida primordialmente a preservar la imagen de lujo de dichos productos, no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1. A su juicio, esta conclusión encuentra un apoyo firme en la declaración que figura en el apartado 46 de la sentencia *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*. En el mismo sentido, el Gobierno alemán propone que se responda que el artículo 101 TFUE, apartado 1, es aplicable a los requisitos de los sistemas de distribución selectiva dirigidos primordialmente a preservar la imagen de lujo o de prestigio, sin que proceda examinar si las propiedades del producto en cuestión requieren el establecimiento de un sistema de distribución selectiva, si los requisitos exigidos por el sistema no se aplican de modo discriminatorio y si éstos últimos son adecuados para la preservación de la imagen de lujo o de prestigio.

62. Por otra parte, *Coty Germany*, los Gobiernos francés, italiano, neerlandés, austriaco y sueco y la Comisión consideran, en esencia, que los contratos que regulan un sistema de distribución selectiva para la venta de productos de lujo y de prestigio, dirigidos primordialmente a preservar la imagen de lujo de estos productos, pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1. Estas partes estiman, en particular, que de la jurisprudencia se desprende que los productos de alta calidad, cuya imagen de lujo es apreciada por los consumidores, pueden precisar la implementación de una red de distribución selectiva, fundamentalmente para «garantizar una presentación de los mismos que realce su imagen» y preservar su «imagen de lujo».

<sup>22</sup> Véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408), apartado 211; de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389), apartado 21, y de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795), apartados 24 a 31.

Ponen de manifiesto que la sentencia *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, que versaba no sobre el sistema de distribución selectiva propiamente dicho, sino exclusivamente sobre la cláusula contractual contemplada en dicho asunto, no puede interpretarse en el sentido de que la protección de la imagen de lujo en ningún caso constituye una justificación de la existencia de una red de distribución selectiva.

63. En mi opinión, y a menos que se modifiquen de forma radical los principios que han de aplicarse para apreciar los sistemas de distribución selectiva a la luz de las normas en materia de competencia, solo cabe sumarse a la segunda postura y, en consecuencia, facilitar una respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

64. Al hilo de lo expuesto anteriormente, los sistemas de distribución selectiva, en razón de los efectos beneficiosos —o al menos neutros— que generan desde el punto de vista de la competencia, deben poder considerarse compatibles con la prohibición de las prácticas colusorias prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1.

65. Conforme a consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>23</sup> y del Tribunal General,<sup>24</sup> cuyas enseñanzas se han reproducido en gran medida en el punto 175 de las Directrices, los sistemas de distribución selectiva puramente cualitativa no están comprendidos en la prohibición del artículo 101 TFUE si se cumplen tres requisitos (en lo sucesivo, «criterios previstos en la sentencia *Metro*»).

66. En primer lugar, debe acreditarse que las características de los productos de que se trata hacen necesario un sistema de distribución selectiva, en el sentido de que dicho sistema constituye una exigencia legítima para preservar la calidad y garantizar una utilización correcta de tales productos, habida cuenta de su naturaleza y, en particular, de su alta calidad o complejidad técnica. En segundo lugar, se exige que la selección de los revendedores se lleve a cabo en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, fijados de manera uniforme para todos los revendedores potenciales y aplicados de forma no discriminatoria. En tercer lugar, es preciso que los criterios exigidos no vayan más allá de lo necesario.

67. Si bien es cierto que corresponde al juez nacional apreciar de manera objetiva si se cumplen estos requisitos, no lo es menos que el Tribunal de Justicia ha desarrollado algunos parámetros que pueden tenerse en cuenta al apreciar la conformidad de los sistemas de distribución selectiva con el artículo 101 TFUE, apartado 1.

68. Por lo que atañe al criterio relativo a la necesidad de un sistema de distribución selectiva con respecto, en particular, a los productos de lujo, que constituye el principal criterio controvertido en el presente asunto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha afirmado en varias ocasiones que es posible aceptar sistemas de distribución selectiva basados en criterios cualitativos en el sector de la fabricación de bienes de consumo duraderos de alta calidad sin incurrir en una infracción del artículo 101 TFUE, principalmente a fin de mantener un comercio especializado capaz de ofrecer prestaciones específicas para tales productos.<sup>25</sup>

69. El Tribunal de Justicia ha precisado que, con independencia de la calificación de los productos controvertidos como productos de «lujo», la preservación de la «calidad» del producto puede precisar un sistema de distribución selectiva.<sup>26</sup>

23 Véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte/Comisión* (26/76, EU:C:1977:167), apartados 20 y 21; de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289), apartados 15 y 16; de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken/Comisión* (107/82, EU:C:1983:293), apartado 35, y de 22 de octubre de 1986, *Metro/Comisión* (75/84, EU:C:1986:399), apartados 37 y 40.

24 Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 1996, *Leclerc/Comisión* (T-19/92, EU:T:1996:190), apartados 111 a 120, y de 12 de diciembre de 1996, *Leclerc/Comisión* (T-88/92, EU:T:1996:192), apartados 106 y 117.

25 Véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte/Comisión* (26/76, EU:C:1977:167), apartado 20, y de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken/Comisión* (107/82, EU:C:1983:293), apartado 33.

26 Véase, en particular, la sentencia de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289).

70. Pues bien, las características o propiedades específicas de los productos de que se trate pueden hacer que un sistema de distribución selectiva sea conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1. Como ya he indicado antes, estas características no solo pueden residir en las cualidades materiales de los productos de que se trate (productos de alta calidad tecnológica, por ejemplo), sino también en la imagen «de lujo» de los productos.<sup>27</sup>

71. Como han señalado algunas de las partes que han presentado observaciones en el presente asunto, dicha conclusión puede conciliarse con las consideraciones en las que se basa la jurisprudencia desarrollada en el ámbito del Derecho de marcas, Derecho que, en razón de su específica función en materia de competencia, indudablemente interactúa con la prohibición de prácticas colusorias. En efecto, en la medida en que garantiza que todos los productos o servicios designados con ella han sido fabricados o prestados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad, la marca desempeña una función esencial en el sistema de competencia no falseado que el Tratado FUE pretende establecer y mantener.<sup>28</sup> En un sistema de tal naturaleza, las empresas deben estar en condiciones de captar la clientela por la calidad de sus productos o de sus servicios, lo cual únicamente es posible merced a que existen signos distintivos que permiten la identificación de tales productos y servicios. Para que la marca pueda desempeñar este cometido, debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad.<sup>29</sup>

72. En el contexto del Derecho de marcas, el Tribunal de Justicia ha recalcado que los productos de lujo y de prestigio no solo se definen a la luz de sus características materiales, sino también a partir de la percepción específica que los consumidores tienen de los mismos, y más concretamente del «aura de lujo» de que gozan ante estos últimos. En efecto, al constituir los productos de prestigio artículos de gama alta, la sensación de lujo que emana de ellos es un elemento esencial para que los consumidores puedan distinguirlos de otros productos parecidos. Por tanto, un perjuicio causado a dicha sensación de lujo puede afectar a la propia calidad de estos productos. Pues bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ya consideró que las características y las modalidades propias de un sistema de distribución selectiva pueden, por sí mismas, preservar la calidad y asegurar el uso apropiado de dichos productos.<sup>30</sup>

73. El Tribunal de Justicia dedujo de ello que la organización de un sistema de distribución selectiva que pretende garantizar una presentación que realce los productos en el punto de venta, «en particular por lo que respecta a la colocación, la promoción, la presentación de los productos y la política comercial» podía contribuir a la reputación de los productos en cuestión y, por tanto, al mantenimiento de su aura de lujo.<sup>31</sup>

74. De esta jurisprudencia se desprende que, debido a sus características y a su naturaleza, los productos de lujo pueden requerir la implementación de un sistema de distribución selectiva, a fin de preservar su calidad y garantizar su correcta utilización. En otras palabras, las redes de distribución selectiva destinadas a la distribución de productos de lujo y de prestigio y dirigidas primordialmente a preservar la imagen de marca de dichos productos no están comprendidas en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1.

27 Véase, en particular, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Leclerc/Comisión (T-88/92, EU:T:1996:192), apartado 109.

28 Véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 23 de mayo de 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, EU:C:1978:108), apartado 7, y de 23 de abril de 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260), apartado 22 y jurisprudencia citada.

29 Véase, en particular, la sentencia de 17 de octubre de 1990, HAG GF (C-10/89, EU:C:1990:359), apartado 13.

30 Véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260), apartados 24 a 28.

31 Véase la sentencia de 23 de abril de 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260), apartado 29.

75. En contra de la interpretación propugnada por algunas de las partes que han presentado observaciones, esta conclusión no queda desvirtuada por la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), en particular por su apartado 46, según el cual «el objetivo de proteger la imagen de prestigio no puede constituir un objetivo legítimo para restringir la competencia y, de ese modo, no puede justificar que una cláusula contractual que persiga dicho objetivo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1».

76. Como demuestran las observaciones presentadas en el presente asunto, y también las posturas adoptadas por un buen número de órganos jurisdiccionales y de autoridades nacionales responsables de la competencia,<sup>32</sup> esta última afirmación ha dado lugar a interpretaciones muy divergentes.

77. En consecuencia, parece muy oportuno que, como solicita la mayoría de las partes que han presentado observaciones, el Tribunal de Justicia aclare en el presente asunto el alcance de esta sentencia, refiriéndose tanto al contexto que dio lugar a la misma como a la motivación precisa que el Tribunal de Justicia acogió en ella.

78. En lo que se refiere, en primer lugar, al *contexto fáctico* de la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), cabe recordar que dicho asunto versaba sobre la obligación impuesta por un fabricante de productos cosméticos y de higiene corporal a sus distribuidores seleccionados de contar, en sus puntos de venta respectivos, con la presencia física y permanente de al menos un licenciado en farmacia. Esta exigencia excluía, *de facto* y de manera absoluta, según el Tribunal de Justicia, que recoge la apreciación de la autoridad de defensa de la competencia francesa, que los productos en cuestión pudieran ser vendidos por los distribuidores autorizados por Internet.<sup>33</sup>

79. Como se desprende claramente de la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en dicho asunto, este versaba únicamente sobre una cláusula contractual que establecía una prohibición general y absoluta de vender por Internet los productos objeto del contrato a los usuarios finales, impuesta a los distribuidores autorizados en el marco de una red de distribución selectiva. En cambio, no concernía al sistema de distribución selectiva considerado en su conjunto.

80. En segundo lugar, en lo que atañe a la *motivación* expresamente desarrollada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, esta se refiere a la única cláusula contractual que prevé, en particular, la prohibición de venta por Internet establecida por la sociedad Pierre Fabre. Según el Tribunal de Justicia, el mero hecho de que la inclusión de la cláusula en cuestión obedeciera a la necesidad de preservar la imagen de prestigio de los productos controvertidos no constituye un objetivo legítimo para restringir la competencia. Esto no quiere decir que el Tribunal de Justicia pretendiese someter de antemano a la prohibición de las prácticas colusorias prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1, los sistemas de distribución dirigidos precisamente a preservar la imagen de marca de los productos en cuestión.

81. Es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no reconsideró, en particular, el principio según el cual la cabecera de una red de distribución selectiva conservaba, en principio, libertad para organizar esta red ni, en consecuencia, la apreciación según la cual las condiciones impuestas a los distribuidores autorizados debían considerarse conformes al artículo 101 TFUE, apartado 1, cuando reunieran los requisitos enunciados por el Tribunal de Justicia.

<sup>32</sup> Me remito, en particular, a los ejemplos citados en la nota 3 de las presentes conclusiones.

<sup>33</sup> La autoridad de defensa de la competencia francesa señaló en el litigio principal, en particular, que esta prohibición de venta por Internet equivalía a una limitación de la libertad comercial de los distribuidores de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique al excluir un medio de comercialización de sus productos. Además, dicha prohibición restringía la elección de los consumidores que desean comprar por Internet y, en último lugar, impedía las ventas a los compradores finales que no se hallan en la zona «física» de influencia del distribuidor autorizado.

82. Más fundamentalmente, cabe observar que de la formulación empleada por el Tribunal de Justicia no puede deducirse que este pretendiese reconsiderar, o siquiera reducir, el alcance de los principios enunciados y elaborados hasta ese momento en relación con la apreciación, a la luz del artículo 101 TFUE, de los requisitos impuestos a los distribuidores autorizados de una red de distribución selectiva.

83. En otras palabras, no cabe interpretar la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), en el sentido de que constituye un cambio de orientación respecto de la jurisprudencia anterior, puesto que la declaración que consta en el apartado 46 de dicha sentencia se enmarca en el contexto del control de la proporcionalidad de la cláusula contractual específicamente controvertida en el litigio principal (véase, en particular, el apartado 43 de la sentencia).

84. Todas estas consideraciones me llevan a concluir que los sistemas de distribución selectiva dirigidos a preservar la imagen de lujo de los productos sí pueden constituir elementos de competencia conformes al artículo 101 TFUE, apartado 1. Como observó acertadamente la Comisión, cabe deducir no obstante de dicha sentencia que, en función de las características de los productos en cuestión o a causa de restricciones particularmente graves, como es el caso de la prohibición total de venta por Internet que se desprendía de la cláusula controvertida en la sentencia *Pierre Fabre*, es posible que el objetivo dirigido a preservar la imagen de prestigio de los productos en cuestión no sea legítimo, lo que tendría como consecuencia que no esté justificado eximir un sistema de distribución selectiva o una cláusula que persiga dicho objetivo.

85. Desde mi punto de vista, cualquier otra conclusión generaría dos grandes inconvenientes.

86. En primer lugar, implicaría reconsiderar los consolidados principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la apreciación desde el prisma de las normas de competencia de los sistemas de distribución selectiva. Cabe recordar que tales principios tienen en cuenta precisamente los efectos positivos que estos sistemas generan en la consecución de una competencia efectiva.

87. En este contexto, se ha de recordar que lo que debe preservarse son las propiedades de los productos controvertidos, con independencia de que estas residan en sus características materiales o en su imagen de lujo o de prestigio. Al margen de que los productos en cuestión presenten ciertas cualidades materiales, como ocurre en el caso de los productos de alta calidad o de los productos tecnológicamente avanzados, o de que los productos en cuestión se asocien a una imagen de lujo, la distribución selectiva puede considerarse legítima habida cuenta de los efectos favorables para la competencia que genera.

88. A continuación, una interpretación de la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), en el sentido de que un sistema de distribución selectiva dirigido a preservar la imagen de lujo de los productos de que se trate ya no puede sustraerse a la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, sería contraria a las orientaciones adoptadas en materia de propiedad intelectual y, en particular, a la jurisprudencia establecida en el contexto del Derecho de marcas.

89. Así, en la sentencia de 23 de abril de 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260), el Tribunal de Justicia asimiló al distribuidor de un sistema de distribución selectiva a un licenciatario y reconoció que ambos se encuentran en una situación en la que la comercialización es llevada a cabo por terceros con el consentimiento del titular de la marca. Ello implica que la prohibición de las prácticas colusorias no debería aplicarse en los casos en que las medidas del productor/titular de la marca frente al distribuidor autorizado no constituyan, en definitiva, sino el ejercicio del derecho de primera comercialización.

90. De igual manera, en la sentencia de 3 de junio de 2010, Coty Prestige Lancaster Group (C-127/09, EU:C:2010:313), el Tribunal de Justicia destacó que el carácter exclusivo del Derecho de marcas tiene como consecuencia que cada utilización de la marca sin el consentimiento del titular infrinja el Derecho de marcas.

91. Por lo tanto, una red de distribución selectiva, como la prevista por el contrato controvertido en el litigio principal, que tiene por objeto la distribución de productos de lujo y de prestigio y que se dirige principalmente a preservar la «imagen de lujo», puede constituir un elemento de competencia conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1, siempre que se cumplan los criterios previstos en la sentencia Metro.

92. Esta conclusión es válida tanto para los productos de «lujo» como para los productos de «calidad». Lo que importa es la necesidad de que la cabecera de red preserve la imagen de prestigio.

93. Así pues, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que los sistemas de distribución selectiva destinados a la venta de productos de lujo y de prestigio y dirigidos primordialmente a preservar la «imagen de lujo» de dichos productos constituyen un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, en la medida en que los revendedores se seleccionen sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo establecidos de modo uniforme para todos y aplicados de forma no discriminatoria a todos los revendedores potenciales, en que la naturaleza del producto en cuestión, incluida la imagen de prestigio, exija una distribución selectiva a fin de preservar su calidad y asegurar su uso apropiado y en que los criterios exigidos no excedan de lo necesario.

***Sobre la segunda cuestión prejudicial: conformidad con el artículo 101 TFUE, apartado 1, de la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo, que operan como minoristas autorizados en el mercado, de recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles para la venta en línea***

94. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, y en qué medida, el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo, que operan como minoristas autorizados en el mercado, de recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles para la venta por Internet de los productos controvertidos.

95. Esta cuestión, que está estrechamente vinculada a la primera, se refiere a la conformidad a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1, de la cláusula específica del sistema de distribución selectiva precisamente puesta en tela de juicio en el litigio principal.

96. Pues bien, como ya he indicado anteriormente en respuesta a la primera cuestión prejudicial, la distribución selectiva basada en parámetros de carácter cualitativo no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, siempre que se cumplan los criterios previstos en la sentencia Metro.

97. Con arreglo al modelo de análisis que resulta de la jurisprudencia establecida por la sentencia Metro SB-Großmärkte/Comisión, que no ha sido cuestionado en absoluto por la sentencia Pierre Fabre Dermo-Cosmétique,<sup>34</sup> procede examinar si la elección de los distribuidores se efectúa en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de modo uniforme respecto a todos los

<sup>34</sup> Sentencia de 13 de octubre de 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649), apartados 41 y 43.

revendedores potenciales y aplicados de forma no discriminatoria, si las características del producto o de los productos en cuestión requieren, a fin de preservar su calidad y asegurar su uso apropiado, dicha red de distribución y, por último, si los requisitos establecidos son conformes al principio de proporcionalidad.

98. Puesto que el primero de estos requisitos en realidad no es objeto de discusión en el presente asunto, mi análisis se centrará en si la prohibición impuesta a los distribuidores autorizados de recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles es legítima a la luz de los objetivos de carácter cualitativo perseguidos y, en su caso, si es proporcionada.

99. Pues bien, en lo que atañe, en primer lugar, a la legitimidad de la prohibición controvertida, como ya he indicado en mi propuesta de respuesta a la primera cuestión, el objetivo de preservar la imagen de los productos de lujo y de prestigio es en todo caso un objetivo legítimo para justificar un sistema de distribución selectiva de naturaleza cualitativa, como el controvertido en el litigio principal.

100. En consecuencia, es preciso determinar si la cláusula controvertida, a saber, la que prohíbe a los distribuidores autorizados recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles, puede justificarse precisamente por la necesidad de preservar la imagen de lujo de los productos en cuestión.

101. En este sentido, soy de la opinión de que la prohibición de recurrir a las denominaciones de terceras empresas puede estar justificada por el objetivo de preservación y de control de los criterios de calidad, que exige, en particular, la prestación de determinados servicios como consecuencia de la venta de los productos, así como una presentación específica de los productos vendidos.

102. En efecto, ha de admitirse que la cabecera de una red de distribución selectiva, a fin de preservar la imagen de marca o de prestigio<sup>35</sup> de los productos que comercializa, puede prohibir a sus distribuidores, incluso autorizados, recurrir a terceras empresas externamente reconocibles. Esta prohibición puede ser idónea para preservar las garantías de calidad, de seguridad y de identificación del origen de los productos al obligar a los minoristas a proporcionar prestaciones de servicios de un cierto nivel con ocasión de la venta de los productos objeto del contrato. Asimismo, esta prohibición permite mantener la protección y el posicionamiento de las marcas frente a los fenómenos de falsificación y de parasitismo, que pueden generar efectos restrictivos de la competencia.

103. Como señaló la Comisión en el apartado 54 de sus Directrices, es posible que el proveedor necesite niveles mínimos de calidad para el uso del sitio internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para un establecimiento o para vender por catálogo o para publicidad y promoción, en general.

104. Pues bien, al recurrir a plataformas de terceros en el marco de la distribución de los productos, los distribuidores autorizados —y, lo que es más importante, la cabecera de red— dejan de tener, en particular, el control de la presentación y de la imagen de los productos, sobre todo porque con frecuencia estas plataformas hacen que sus logos sean claramente visibles en todas las fases de compra de los productos objeto del contrato.

<sup>35</sup> En el litigio principal, del punto 1.1 del contrato de distribución selectiva celebrado entre Coty Germany y Parfümerie Akzente se desprende que la prohibición de recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles tenía precisamente como objetivo la preservación del «carácter lujoso» de los productos objeto del contrato.

105. La prohibición absoluta impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles para sus ventas a través de Internet constituye así una restricción bastante similar a la que, según el Tribunal de Justicia, está justificada y es necesaria para garantizar el funcionamiento de un sistema de distribución selectiva basado únicamente en el comercio físico y, en consecuencia, es legítima a la luz del Derecho de la competencia, de acuerdo con la jurisprudencia.<sup>36</sup>

106. En conclusión, la prohibición impuesta a los distribuidores autorizados de recurrir a las plataformas en línea de terceros puede excluirse del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, en la medida en que puede mejorar la competencia basada en criterios cualitativos. Al hilo de las consideraciones efectuadas hasta el momento en materia de distribución selectiva, esta prohibición puede preservar la imagen de lujo de los productos en cuestión en varios aspectos: no solo garantiza que estos productos se vendan en un entorno que satisfaga las exigencias cualitativas impuestas por la cabecera de red de distribución, sino que también permite protegerse de los fenómenos de parasitismo al evitar que otras empresas se beneficien de las inversiones y los esfuerzos realizados por el proveedor y por otros distribuidores autorizados para mejorar la calidad y la imagen de los productos en cuestión.

107. Esta prohibición se diferencia claramente de la cláusula controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649).

108. Cabe recordar que, en la sentencia *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, el Tribunal de Justicia declaró que la cláusula de un contrato que prohíbe de manera absoluta a los distribuidores autorizados vender en línea los productos objeto del contrato puede constituir una restricción por objeto y, en consecuencia, ser contraria al artículo 101 TFUE, apartado 1, si «tras un examen individual y concreto del tenor y del objetivo de dicha cláusula contractual y del contexto jurídico y económico en el que se inscribe, resulta que, habida cuenta de las propiedades de los productos de que se trata, dicha cláusula no se justifica objetivamente».

109. En el presente asunto, es preciso señalar que, lejos de establecer una prohibición absoluta de las ventas en línea, Coty Germany solo exige a sus distribuidores autorizados que no comercialicen los productos objeto del contrato a través de plataformas de terceros, en la medida en que, según la cabecera de red, estas no están obligadas a respetar las exigencias cualitativas que impone a sus distribuidores autorizados.

110. La cláusula controvertida en el litigio principal mantiene, en efecto, la posibilidad de que los distribuidores autorizados puedan distribuir los productos objeto del contrato a través de sus propias páginas web. De igual forma, tampoco prohíbe a tales distribuidores recurrir a plataformas de terceros que no sean externamente reconocibles para la distribución de dichos productos.

111. Pues bien, como ha observado la Comisión, apoyándose, en particular, en los resultados de su investigación sectorial, se ha constatado que, en el estado actual de la evolución del comercio electrónico, las tiendas en línea de los propios distribuidores constituyen el canal de distribución privilegiado de la distribución a través de Internet. De este modo, a pesar de la importancia creciente de las plataformas de terceros en la comercialización de los productos de los minoristas, la prohibición impuesta a los distribuidores autorizados de recurrir a estas plataformas externamente reconocibles no podría, en el estado actual de la evolución del comercio electrónico, asimilarse a una prohibición total o a una limitación sustancial de la venta por Internet.

<sup>36</sup> Véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte/Comisión* (26/76, EU:C:1977:167); de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289); de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken/Comisión* (107/82, EU:C:1983:293), y de 23 de abril de 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260).

112. En segundo lugar, considero que los autos aportados al Tribunal de Justicia no permiten concluir que, por el momento, esta prohibición deba considerarse, con carácter general, desproporcionada a la luz del objetivo perseguido.

113. Es preciso destacar que aunque el proveedor, cabecera de red, puede imponer determinadas obligaciones a sus distribuidores autorizados en virtud de la relación contractual que les vincula y, de esta forma, ejercer un cierto control sobre los canales de distribución de sus productos, no está en posición de ejercer un control sobre la distribución de los productos efectuada a través de las plataformas de terceros. Desde esta perspectiva, puede considerarse que la obligación controvertida constituye un medio adecuado para lograr los objetivos perseguidos por Coty Germany.

114. Ciertamente, no puede negarse que las plataformas en línea, como la controvertida en el litigio principal, pueden concebir y garantizar una presentación que realce la imagen de los productos en cuestión de la misma manera que lo harían los distribuidores autorizados. No obstante, el cumplimiento de las exigencias cualitativas que puede imponerse legítimamente en el marco de un sistema de distribución selectiva solo se puede garantizar de manera eficaz si el entorno de venta por Internet está diseñado por los distribuidores autorizados, que están vinculados contractualmente al proveedor/cabecera de red de distribución, y no por un operador tercero cuyas prácticas escapan a la influencia de dicho proveedor.

#### *Conclusión provisional*

115. En consecuencia, la cláusula controvertida, siempre que se aplique de forma no discriminatoria y esté objetivamente justificada por la naturaleza de los productos objeto del contrato —aspectos que, según entiendo, no han sido cuestionados en absoluto en el presente asunto pero que, en cualquier caso, deberán ser comprobados por el órgano jurisdiccional remitente—, puede considerarse conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1.

116. Aun suponiendo que en el presente asunto fuera posible concluir que la cláusula controvertida puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, debido, en particular, al incumplimiento de los criterios previstos en la sentencia Metro, todavía quedaría por examinar si tal cláusula es capaz de generar un efecto restrictivo de la competencia y, concretamente, si constituye una restricción «por objeto» en el sentido de esta disposición.

117. Sobre este último punto, y a diferencia de la cláusula contractual controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), considero que la prohibición controvertida en el presente asunto no puede calificarse en ningún caso de «restricción por objeto», en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, dado que este concepto ha de interpretarse de manera restrictiva. En efecto, no se discute que el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un *grado de nocividad para la competencia suficiente* para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos.<sup>37</sup>

118. Sin embargo, a diferencia de la prohibición absoluta impuesta a los distribuidores autorizados de recurrir a Internet para la distribución de los productos objeto del contrato, la prohibición de recurrir a las plataformas de terceros no entraña —al menos, en el estado actual de la evolución del comercio electrónico, que puede sufrir modificaciones en un plazo más o menos largo— un grado de nocividad similar para la competencia.

<sup>37</sup> Véase, en particular, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, *CB/Comisión* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 58.

119. Por otra parte, y en todo caso en aquellos supuestos en los que deba concluirse que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE y que, además, constituye una restricción de la competencia, cabe recordar que ulteriormente será preciso examinar si ésta puede beneficiarse de una exención con arreglo al apartado 3 de este artículo, y en particular de una exención por categorías en virtud del Reglamento n.º 330/2010, como se solicita mediante las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta.

120. En efecto, en la medida en que, como se desprende de la resolución de remisión, los umbrales de cuotas de mercado previstos en el artículo 3 del Reglamento n.º 330/2010 no se rebasen, si el juez nacional llega a la conclusión de que la cláusula controvertida no es conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1, podría beneficiarse de una exención con arreglo al artículo 2 de dicho Reglamento (véase el considerando 8 del Reglamento n.º 330/2010). No obstante, esta eventualidad no sería posible en modo alguno si la prohibición controvertida constituyese una restricción especialmente grave, en el sentido del artículo 4 de este Reglamento.

121. Por lo tanto, si el juez nacional concluye que la prohibición de recurrir a plataformas de terceros no se sustrae a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, y que, *a priori*, constituye una restricción de la competencia, la cláusula controvertida del sistema de distribución selectiva todavía podría justificarse con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3, ya sea sobre la base del Reglamento de exención por categorías, ya sea tras efectuar un análisis caso por caso, referido en particular a los supuestos de exención previstos por el Reglamento n.º 330/2010.

### *Conclusión*

122. En consecuencia, propongo que se responda a la segunda cuestión prejudicial que, para determinar si una cláusula contractual que impone a los distribuidores autorizados de una red de distribución la prohibición de recurrir en las ventas por Internet a plataformas de terceros externamente reconocibles es o no conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si esa cláusula contractual está condicionada por la naturaleza del producto, si se establece de modo uniforme y se aplica indistintamente y si no excede de lo necesario.

### ***Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta: aplicabilidad de la exención por categorías en virtud del artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º 330/2010***

123. Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si el artículo 4 del Reglamento n.º 330/2010 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet constituye una restricción de la clientela, en el sentido del artículo 4, letra b), de dicho Reglamento y/o una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales, en el sentido del artículo 4, letra c), del mismo Reglamento.

124. En efecto, a pesar de que el órgano jurisdiccional remitente ha hecho referencia, en el texto de sus cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, a la problemática de la identificación de restricciones «por objeto» de la clientela y de las ventas pasivas, sus preguntas se refieren en realidad, como se indica claramente en la resolución de remisión, a si, en el supuesto de que el sistema de distribución en cuestión se considere restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, este podría sin embargo quedar exento en virtud del Reglamento n.º 330/2010.

125. En consecuencia, únicamente se plantea la cuestión de si la cláusula controvertida puede analizarse como una restricción de territorio y/o de clientela, o incluso como una restricción de las ventas pasivas en el sentido del Reglamento n.º 330/2010.

*Consideraciones preliminares sobre el alcance y la ratio legis del Reglamento n.º 330/2010*

126. Tal como se recoge en el considerando 5 del Reglamento n.º 330/2010, el alcance de la exención por categorías establecida por dicho Reglamento debe limitarse a aquellos acuerdos verticales «respecto de los cuales quepa presumir con suficiente certeza que cumplen los requisitos del artículo 101, apartado 3, del [TFUE]».

127. A la hora de determinar si una restricción puede beneficiarse de una exención «por categorías», se invita a las empresas, en primer lugar, a que lleven a cabo una primera evaluación del acuerdo controvertido partiendo, en particular, de determinadas presunciones de incompatibilidad previstas por el Reglamento n.º 330/2010.

128. A tal efecto, el artículo 4 del Reglamento n.º 330/2010 establece una lista de restricciones evidentes, calificadas como «restricciones especialmente graves», que excluyen el beneficio de la exención por categorías.

129. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, dado que las empresas tienen la facultad, en cualquier circunstancia, de acogerse, a título individual, a la aplicabilidad de la excepción legal del artículo 101 TFUE, apartado 3, no cabe interpretar de modo amplio las disposiciones que incluyen los acuerdos o las prácticas en la exención por categoría.<sup>38</sup>

130. Además, conforme al enfoque defendido por la Comisión, en aras de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, conviene que las excepciones a la exención por categorías contempladas, en particular, en el artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º 330/2010 sean fácilmente identificables y, por tanto, no dependan de un análisis exhaustivo de las condiciones de mercado y de los efectos restrictivos de la competencia observados en un mercado determinado en un momento preciso.

131. En efecto, no debería pasarse por alto que el objetivo perseguido por los reglamentos de exención adoptados sobre la base del Reglamento n.º 19/65/CEE<sup>39</sup> reside, en particular, en la necesidad de permitir a las empresas en cuestión autoevaluar la conformidad de sus conductas con las normas en materia de competencia.

132. La consecución de este objetivo se vería perjudicada si, a fin de calificar las medidas adoptadas por las empresas como acuerdos verticales que tengan «por objeto» restringir ciertos tipos de venta en el sentido del artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º 330/2010, se exigiese a dichas empresas la realización de un examen sofisticado y exhaustivo de los efectos restrictivos de la competencia que tuviera en cuenta la situación del mercado y su propia posición.

133. Como ya he mencionado anteriormente, es preciso distinguir el ejercicio de identificación de una «restricción de la competencia por objeto» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, de la calificación, a efectos de la aplicación de un reglamento de exención por categorías, de determinados comportamientos como *restricciones especialmente graves* —en el presente asunto, las previstas en el artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º 330/2010.

134. Es innegable que, en ambos casos, se trata de identificar comportamientos que se consideran particularmente nocivos para la competencia tomando como referencia la apreciación del contexto económico y jurídico *inmediato* en el que se inscriben las medidas de las empresas.

<sup>38</sup> Sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), apartado 57.

<sup>39</sup> Reglamento del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (DO 1965, 36, p. 533; EE 08/01, p. 85).

135. En este sentido, cabe recordar que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza y habida cuenta de la experiencia adquirida, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.<sup>40</sup> En cuanto a la razón de ser del artículo 4 del Reglamento n.º 330/2010, que identifica un cierto número de restricciones especialmente graves, este se basa en la idea, plasmada en el considerando 10 de dicho Reglamento, según la cual «los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones de competencia especialmente graves, como los precios de reventa mínimos y fijos y determinados tipos de protección territorial, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas».

136. Asimismo, a semejanza del enfoque adoptado en la identificación de una restricción por objeto en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, para determinar si una cláusula contractual tiene «por objeto la restricción» del territorio en el que, o de la clientela a la que, el distribuidor puede vender [artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010], o de las ventas activas o pasivas del distribuidor a los usuarios finales [artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010], será necesario remitirse al contenido de las disposiciones contractuales en cuestión y a sus objetivos, examinados en su contexto económico y jurídico inmediato. En efecto, cabe recordar que el objetivo de facilitar el ejercicio de la autoevaluación exigida de las empresas en cuestión se vería comprometido si, para identificar las restricciones especialmente graves en el sentido del artículo 4 del Reglamento n.º 330/2010, estas debieran realizar un examen exhaustivo, en particular mediante un análisis contrafáctico, de los efectos de las medidas previstas sobre la estructura y las condiciones de funcionamiento del mercado o los mercados de que se trate.

137. Además, como ha señalado acertadamente la Comisión, es preciso destacar que tanto el artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010 como el artículo 4, letra c), de dicho Reglamento, a semejanza de las disposiciones del Reglamento de exención por categorías aplicable anteriormente, deben apreciarse en el marco del objetivo más global y fundamental que tiene por objeto *combatir la partición de los mercados*.

138. Así, debe entenderse que estas disposiciones están destinadas a excluir del beneficio de la exención por categorías determinadas cláusulas contractuales, que tengan por objeto una restricción relativa al *territorio en el que*, o de *la clientela a la que*, el distribuidor puede vender. En cambio, me parece que estas mismas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que excluyen de dicho beneficio las restricciones que establecen las modalidades de venta de los productos.<sup>41</sup> A mi juicio, es importante recordar que la cabecera de una red de distribución selectiva debe poder beneficiarse de un amplio margen de libertad a la hora de definir las modalidades de distribución de estos productos, que constituyen elementos de estimulación de la innovación y de la calidad de los servicios prestados a los clientes que pueden generar efectos favorables a la competencia. Tal como dispone el apartado 54 de las Directrices, en el marco del Reglamento de exención por categorías, es posible que el proveedor necesite, por tanto, niveles mínimos de calidad para el uso del sitio internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para un establecimiento físico.

139. Analizaré sucesivamente las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta a la luz de estas precisiones preliminares.

<sup>40</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartados 49 a 52 y jurisprudencia citada y apartado 57. El Tribunal de Justicia precisó, en particular, que el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva una restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia.

<sup>41</sup> A semejanza del enfoque adoptado en el marco de la aplicación de las normas en materia de libre circulación de mercancías, no se ha demostrado, en particular, que las medidas controvertidas afecten en mayor medida a la comercialización de los productos originarios de otros Estados miembros (véanse las sentencias de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, apartado 74, y de 2 de diciembre de 2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725, apartado 54 y jurisprudencia citada).

*Sobre la tercera cuestión: existencia de una restricción de la clientela del minorista*

140. En virtud del artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010, la exención por categorías prevista en el artículo 2 de este Reglamento no se aplica a los acuerdos «que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto [...] la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento, pueda vender los bienes o servicios contractuales».

141. Como se establece en el apartado 50 de las Directrices, esta disposición contempla las medidas de reparto de mercado o de clientela, que tienden a compartimentar los mercados.

142. En el presente asunto, nada apunta a que la cláusula controvertida, que simplemente prohíbe a los distribuidores autorizados recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles, deba calificarse como tal.

143. Como ha indicado el órgano jurisdiccional remitente, no es posible identificar *a priori* un grupo de clientes o un mercado particular al que corresponderían los usuarios de las plataformas de terceros.

144. Pues bien, soy de la opinión de que solo existe una restricción de clientela o de mercado si resulta que el distribuidor autorizado, como consecuencia de la prohibición controvertida y pese al mantenimiento de la posibilidad de acceder a sus productos a través de su propia página web, queda expuesto a una pérdida de mercado o de clientela.

145. Por lo que se refiere, en primer lugar, al *contenido* de la cláusula, esta impone que la actividad de venta por Internet se realice a través de un escaparate electrónico del establecimiento del propio minorista o en una página web de un tercero siempre que esto no sea reconocible. Por consiguiente, esta cláusula no excluye cualquier tipo de venta en línea, sino únicamente una de las modalidades que permiten llegar a la clientela a través de Internet. El contenido de la cláusula no genera, en cuanto tal, un efecto de partición del mercado.

146. A diferencia de la cláusula examinada en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), la cláusula controvertida autoriza la utilización de Internet como canal de distribución, siempre que el minorista ejerza su actividad de venta en línea a través de un «escaparate electrónico» del establecimiento autorizado o a través de la página web de un tercero que no sea externamente reconocible y respete un conjunto de disposiciones a fin de preservar el carácter lujoso de los productos.

147. Como ha expuesto el órgano jurisdiccional remitente, esta prohibición no ha impedido que en la práctica los distribuidores autorizados colaboraran con terceros con fines publicitarios en Internet. Puesto que dicha prohibición no ha impedido que estos distribuidores en línea se hayan dado a conocer en Internet, sus potenciales clientes siempre han podido acceder, a través de Internet, a la oferta de los minoristas autorizados, utilizando, por ejemplo, motores de búsqueda.

148. A continuación, en lo que atañe al *objetivo* declarado de esta cláusula, este consiste en preservar el carácter lujoso de los bienes objeto del contrato imponiendo que la actividad de venta por Internet se efectúe a través de un «escaparate electrónico» del establecimiento del minorista. Una vez más, la prohibición impuesta a los distribuidores autorizados de recurrir a plataformas de terceros externamente reconocibles *a priori* no tiene por objeto compartimentar el mercado limitando el territorio o la clientela a los que el distribuidor o distribuidores autorizados pueden vender.

149. Por último, por lo que se refiere al *contexto económico y jurídico*, de la información proporcionada al Tribunal de Justicia, y en particular de los resultados de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, se desprende que, a diferencia de las tiendas en línea de los propios minoristas autorizados, el recurso a los mercados o plataformas de terceros, pese a que varía enormemente de un país a otro y de un producto a otro, no es necesariamente un canal de distribución importante. La prohibición impuesta a los minoristas de recurrir a estas plataformas no puede equipararse a una prohibición total de venta en línea como la controvertida en el asunto Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

150. Por otra parte, en el presente asunto nada permite concluir que la cláusula controvertida tenga por efecto compartimentar los territorios o limitar el acceso a una determinada clientela. En este contexto, no se ha acreditado que, a la luz de la «experiencia adquirida», los usuarios de las plataformas de terceros en cuestión constituyan, de manera general e independientemente de las especificidades propias de un mercado determinado, una clientela que pueda ser delimitada, de manera que quepa concluir que la cláusula controvertida da lugar a un reparto de la clientela en el sentido del artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010.

151. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo que se responda a la tercera cuestión prejudicial que la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet no constituye una restricción de la clientela del minorista en el sentido del artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010.

*Sobre la cuarta cuestión prejudicial: existencia de una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales*

152. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010 debe interpretarse en el sentido de que una prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet constituye una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales.

153. En línea con las consideraciones que he expuesto *supra*, para determinar si la cláusula contractual controvertida puede ser analizada como una cláusula que tiene por objeto restringir las ventas pasivas a los usuarios finales, es preciso comprobar si puede considerarse que, por su naturaleza y habida cuenta de su contenido, su objetivo y del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, esta cláusula perjudica intrínsecamente la realización de las ventas pasivas, a saber, las ventas que responden a las demandas no solicitadas procedentes de clientes individuales.

154. A mi juicio, ningún elemento de los autos aportados al Tribunal de Justicia permite deducir que dicha cláusula deba analizarse en este sentido.

155. Como ya he indicado anteriormente, la cláusula contractual controvertida no prohíbe todo tipo de venta en línea, a diferencia de lo que ocurría con la examinada en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649). En efecto, dicha cláusula autoriza este canal de distribución, siempre que el distribuidor venda los productos en cuestión a través de un escaparate electrónico de la propia empresa autorizada o que lo haga en una página web de un tercero que no sea externamente reconocible y que respete una serie de disposiciones destinadas a preservar la imagen de marca del fabricante.

156. Habida cuenta de estas consideraciones, sugiero que se responda a la cuarta cuestión prejudicial que la prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet no constituye una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales en el sentido del artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010.

## Conclusión

157. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania) del modo siguiente:

- «1) Los sistemas de distribución selectiva destinados a la venta de productos de lujo y de prestigio y dirigidos primordialmente a preservar la “imagen de lujo” de dichos productos constituyen un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, en la medida en que los distribuidores se seleccionen sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo establecidos de modo uniforme para todos y aplicados de forma no discriminatoria a todos los revendedores potenciales, en que la naturaleza del producto en cuestión, incluida la imagen de prestigio, exija una distribución selectiva a fin de preservar su calidad y asegurar su uso apropiado y en que los criterios exigidos no excedan de lo que es necesario.
- 2) Para determinar si una cláusula contractual que impone a los distribuidores autorizados de una red de distribución la prohibición de recurrir en las ventas por Internet a plataformas de terceros externamente reconocibles es o no conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si esa cláusula contractual está condicionada por la naturaleza del producto, si se establece de modo uniforme y se aplica indistintamente y si no excede de lo necesario.
- 3) La prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet no constituye una restricción de la clientela del minorista en el sentido del artículo 4, letra b), del Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.
- 4) La prohibición impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan en el comercio minorista de recurrir a terceras empresas externamente reconocibles en las ventas por Internet no constituye una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales en el sentido del artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010.»