

## Noticias jurídicas más relevantes para el sector de productos de consumo

Julio 2017



### Editorial

En este número analizamos de manera muy sucinta algunas de las noticias más relevantes de los últimos meses para el sector FMCG en los ámbitos del Derecho de la competencia, de la distribución y del consumo.

Respecto del Derecho de la competencia, comenzamos con una pequeña reseña sobre la mayor multa impuesta en la historia por la Comisión Europea -2.424 millones de euros- a Google por abusar de su posición de dominio y beneficiar a sus servicios de comparadores de precios frente a los de la competencia. A continuación, nos referimos a diversas noticias relacionadas con la distribución y el comercio electrónico [el tema de moda], incluyendo una corta explicación de las investigaciones iniciadas por la Comisión Europea, así como una breve reseña de la reciente opinión del Abogado General Wahl en relación con la cuestión prejudicial planteada en el asunto Coty Alemania. Finalmente, terminaremos con la reciente resolución de la CNMC española de terminación convencional en el asunto Schweppes, que trata sobre la siempre interesante -y compleja- intersección entre el Derecho de la competencia y el Derecho de marcas.

En segundo lugar, hemos querido dedicar unas breves líneas a las recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la terminación de los contratos de distribución, en las que se vuelve a tratar cuestiones tan importantes como la aplicación analógica de la indemnización por clientela, los plazos de preaviso o la obligación de recompra del stock.

Finalmente, en materia de consumo, nos referimos al Proyecto de solución alternativa de conflictos, de gran importancia en el sector FMCG, así como el tratamiento de las tarjetas de fidelización en materia de comercio minorista, destacando que en Cataluña se incluyen en la categoría legal de “promoción”, lo que no ocurre en todas las Comunidades Autónomas.

Confiamos que esta Newsletter sea de su interés y nos ponemos a su disposición para cualquier duda que pueda tener. Aprovechamos además para desearles un feliz verano.

El equipo de Productos de consumo de Marimón Abogados

## Google: 2.424.495.000 euros de multa

**La Comisión Europea impone a Google la mayor multa de la historia: 2.420 millones de euros por abuso de posición dominante ([nota de prensa](#)).**

El pasado 27 de junio, la Comisión Europea anunció la que hasta la fecha es la mayor multa impuesta a una sola empresa. Según la autoridad, Google ha estado abusando de su posición de dominio como motor de búsqueda en internet, beneficiando a su propio servicio de comparador de compras [Google Shopping].

Los comparadores permiten a los usuarios comparar productos y precios en internet y encontrar ofertas de minoristas en línea de todo tipo, como tiendas de fabricantes, plataformas (Amazon, eBay, etc.) y otros revendedores. Estos servicios dependen en gran medida del tráfico para ser competitivos: a mayor tráfico, mayor número de clics, y por tanto mayores ingresos y mayor atractivo para aquellos vendedores que desean asociar sus productos a un comparador.

Dada la posición de Google en el mercado de las búsquedas en general (tiene posición de dominio en todos los países del EEE, con cuotas casi siempre superiores al 90% desde 2008), su motor de búsqueda es una fuente de tráfico crítica para las empresas que prestan servicios de compras comparativas.

Según la Comisión, en 2008 Google empezó a cambiar su estrategia para impulsar su propio comparador, colocándolo sistemáticamente en un lugar destacado [parte superior de la lista de resultados de búsqueda, o cerca de ella], en detrimento de los servicios rivales, que aparecen según los algoritmos de búsqueda genérica, en los que además se han incluido diversos criterios que les hacen aparecer en peor posición (el servicio rival mejor situado aparece normalmente en la cuarta página de resultados de búsqueda). Se ha comprobado que ello tiene una influencia radical en el número de clics -el resultado mejor situado de la primera página de resultados de búsqueda genérica recibe en torno al 35% de todos los clics, mientras que el primer resultado de la segunda página recibe tan solo el 1%- lo que ha provocado una fuerte distorsión de la competencia en este mercado.

Además de la multa, la Decisión exige que, en un plazo máximo de 90 días, Google ponga fin a su conducta y que no discrimine a los servicios rivales, aplicándoles por tanto los mismos criterios que usa para mostrar su propio servicio (el incumplimiento de esta obligación podría resultar en la imposición de una multa de hasta el 5% de la cifra de negocios diaria de Alphabet a nivel mundial).



Por último, la Comisión recuerda que Google también está expuesta a las acciones civiles de reclamaciones de daños que podrá interponer cualquier persona o empresa que se sienta lesionada por la conducta abusiva.

## Las prácticas de distribución de nuevo bajo el punto de mira de la Comisión europea



El [informe final](#) de la Comisión Europea sobre la investigación en el sector del comercio electrónico publicado el 10 de mayo, y que analizaba las restricciones incluidas en los acuerdos verticales de distribución (fijación de precios de reventa; prohibición de ventas pasivas y ventas por internet; prácticas de geo-bloqueo; restricciones en las ventas a otros distribuidores autorizados o al consumidor final; etc.) comienza a dar sus frutos

### Acuerdos de licencia



Según la [nota de prensa](#) del 14 de junio, la Comisión Europea ha iniciado sendas investigaciones sobre los acuerdos de licencia y distribución de Nike, Sanrio y Universal Studios para dilucidar si estos pueden limitar las ventas transfronterizas y online de sus distribuidores autorizados.



Nike, Sanrio y Universal Studios son licenciadores de algunas de las marcas más conocidas a nivel mundial tales como los derechos para el *merchandising* del Fútbol Club Barcelona – Nike –, Hello Kitty – Sanrio – o los *Minions* y *Gru Mi Villano Favorito* – Universal Studios –. Los productos afectados, presuntamente, por estas acciones son productos textiles, calzado, accesorios para móviles, bolsos o juguetes en los que en el proceso de fabricación se aplica una imagen o texto de las marcas mencionadas anteriormente.

### Distribución de moda



Del mismo modo, la Comisión ha abierto una investigación formal a Guess el 6 de junio por entender que existen indicios de que el fabricante de moda está limitando las ventas transfronterizas de sus distribuidores (vid. [nota de prensa](#)).

### Antecedentes

Estas investigaciones se unen a las iniciadas ya en febrero de 2017 sobre prácticas de fijación de precios en los sectores de reservas de hoteles, videojuegos y electrónica de consumo (vid. [nota de prensa](#)).

MANGO

Además, al anunciar la publicación del informe final, la Comisión ya destacó como varias empresas habían decidido voluntariamente modificar sus prácticas comerciales para acomodarse a las recomendaciones de la autoridad: Mango, Oysho, Pull & Bear, Dorothy Perkins, Topman, De Longhi... (vid. [nota de prensa](#)).

## Derecho de marcas vs. Derecho de la competencia: el problema de las importaciones paralelas



**El pasado 29 de junio ([Resolución](#)), la CNMC acordó la terminación convencional del expediente sancionador incoado contra Schweppes S.A. por limitar la comercialización en España de tónica de la marca *Schweppes* fabricada en otros países de la Unión Europea**

Este expediente iniciado por denuncia de un distribuidor presentada en febrero de 2015, trae causa de las acciones que el grupo Orangina Schweppes (OS) implementó en respuesta al conflicto con los importadores de productos de la marca *Schweppes* fabricados en el Reino Unido, donde la marca no es propiedad de OS sino del grupo Coca-Cola, desde 1999.

Ante el aumento de la entrada de estos productos a finales de 2013, OS decidió iniciar diversas acciones legales (medidas cautelares, diligencias preliminares, demandas de juicio ordinario) amparadas en los derechos exclusivos conferidos por el artículo 34 de la Ley de Marcas, sin que resulte de aplicación el principio del agotamiento del derecho de marca dada la diferente titularidad sobre la misma marca, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los casos HAG II, sentencia de 17 de octubre de 1990, e IHT, sentencia de 22 de junio de 1994 (doctrina del control), aplicada en el ámbito nacional por nuestro Tribunal Supremo (STS 965/2008 y 590/2012).

En el marco de estos procedimientos judiciales, OS llegó a diversos acuerdos con los importadores en virtud de los cuales éstos se obligaban a no comercializar los productos que no hayan sido fabricados por OS o por un tercero autorizado.

Pues bien, los compromisos acordados con la CNMC buscan garantizar que los acuerdos alcanzados no afecten a la importación de productos de la marca *Schweppes* cuando han sido comercializados por OS o con su consentimiento, lo que excedería del ejercicio legítimo de los derechos de marca conforme al principio de agotamiento antes mencionado, obligándose OS a modificar en consecuencia la literalidad de los acuerdos ya firmados (mediante la firma de una adenda); adaptar el texto para los futuros acuerdos; y aclarar las pretensiones para los procedimientos judiciales en tramitación.

En todo caso, interesa destacar que en el marco de los conflictos entre OS y los importadores, el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona ha presentado cuatro cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación de los artículos 36 TFUE, 7.1. de la Directiva 2008/95/CE y 15.1. de la Directiva (UE) 2015/2436 y la posibilidad de que el titular de una marca pueda oponerse a la importación paralela de estos productos sobre la base de la doctrina del control cuando la marca posea una imagen global en todo el EEE y que el propio titular ha potenciado; cuando ya haya consentido en otro Estado miembro, expresa o tácitamente, la importación de esos mismos productos; cuando los titulares tienen intensas relaciones comerciales y económicas y/o una estrategia marcaria coordinada (v. [aquí](#)).

## Distribución selectiva, comercio electrónico y Derecho de la competencia: sobre la prohibición de reventa a través de los marketplaces



**El Abogado General Wahl considera admisibles las prohibiciones de reventa a través de las plataformas de terceros (Amazon, Ebay, etc.) en los sistemas de distribución selectiva para proteger la imagen de calidad y/o de lujo de los productos**

El Abogado General Wahl presentó ayer sus [conclusiones](#) con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional de Frankfurt am Main en el caso *Coty vs. Parfümerie Akzente*, en relación con la demanda presentada por Coty Alemania para prohibir a un distribuidor la venta de los productos de su marca a través de la plataforma “amazon.de” (interesa destacar que en primera instancia la demanda fue rechazada al entender que la cita prohibición era restrictiva *por objeto*).

De manera muy resumida, el Abogado General concluye:

- La prohibición a los distribuidores autorizados de recurrir a plataformas en línea de terceros puede servir preservar la imagen de lujo y/o calidad de los productos, garantizando que se vendan en un entorno que satisfaga las exigencias cualitativas impuestas por el proveedor, y protegiéndolos del parasitismo de terceros.
- Esta prohibición se diferencia de la cláusula controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, y que suponía una prohibición absoluta a los distribuidores autorizados para vender en línea los productos objeto del contrato (el tribunal de primera instancia se apoyó en la doctrina de *Pierre Fabre* para rechazar la demanda de Coty).
- Coty solo exige a que los distribuidores autorizados no comercialicen los productos a través de plataformas de terceros, en la medida en que éstas no están obligadas a respetar las exigencias cualitativas que impone a sus distribuidores autorizados.
- Ciertamente, no puede negarse que las plataformas en línea, como Amazon, pueden 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 solo se puede garantizar de manera eficaz si el entorno de venta por Internet está diseñado por los distribuidores autorizados, vinculados contractualmente al proveedor, y no por un operador tercero cuyas prácticas escapan a la influencia de dicho proveedor.
- 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, puede considerarse conforme al artículo 101 TFUE, apartado 1.

Desde luego, la Opinión del AG Wahl va en línea con la posición de la Comisión Europea expresada en el [informe final](#) sobre la investigación en el sector del comercio electrónico de mayo (y que ya se expresaba en las Directrices sobre restricciones verticales). En todo caso, si el Tribunal de Justicia mantiene esta tesis, algunas autoridades de competencia –y en particular la alemana- deberán suavizar su posición.

## Terminación de los contratos de distribución

**Nuevas sentencias del Supremo sobre la aplicación analógica de la normativa de agencia a los contratos de distribución (indemnización por clientela y preaviso) y sobre la necesidad de recompra de stock en caso de terminación anticipada.**



Nos referimos a las sentencias de 7 de junio ([STS 1911/2017](#)) y de 1 de marzo ([STS 137/2017](#)) de 2017.

De manera muy sucinta:

- Se reconoce la procedencia de aplicar analógicamente el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia (LCA) sobre indemnización por clientela, pero se descarta la aplicación automática, siendo necesario analizar las circunstancias del caso para comprobar si se reúnen los requisitos que justificarían la analogía (*“la posición auxiliar y accesoria de la empresa distribuidora en el diseño y comercialización de los productos, el carácter de exclusividad de la relación, su integración en una red nacional operada por el empresario y el beneficio tenido por éste con el aporte de clientela”*).
- El Supremo aclara que el cálculo de la indemnización debe realizarse partiendo del beneficio o margen neto (porcentaje de beneficio que queda una vez descontados los impuestos y los gastos), y no del margen bruto, obtenido por el distribuidor con la venta de los productos objeto del contrato.

Además, en la sentencia de 7 de junio se tratan dos aspectos adicionales de indudable interés, si bien de los mismos no conviene extraer una regla general, pues el Tribunal se ocupa bien en aclarar que el sentido del fallo obedece a las circunstancias particulares del caso:

- Se considera acertada la aplicación analógica del artículo 25 LCA sobre plazos de preaviso, estimándose que este debería haber sido de al menos seis meses dado que se trataba de un: *“contrato de distribución de larga duración, por tiempo indefinido y en exclusiva, con un importante nivel de ventas”*, obligando así al concedente a indemnizar el lucro cesante.
- Por el mismo motivo -características de la relación contractual y falta de preaviso suficiente-, se justifica la obligación impuesta al concedente de recomprar el stock de los productos que el distribuidor mantenía en el momento de la resolución unilateral, como indemnización del daño emergente.

## Proyecto de Ley de solución alternativa de conflictos

### Incorporación de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento español

Se está tramitando en el Congreso el Proyecto de Ley por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

De acuerdo al Proyecto, los empresarios que ofrezcan productos o presten servicios a consumidores, deberán informarles sobre las entidades de resolución alternativa de litigios a las que pueden recurrir para dirimir los conflictos que se planteen entre el empresario y el consumidor. Ello podrá hacerse, por ejemplo, a través de la inclusión de un apartado específico en las Condiciones Generales de Venta o de Utilización.

El incumplimiento de la obligación de información tendrá la consideración de infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios.



### Tarjetas de fidelización

**La Dirección General de Comercio de Cataluña considera que las tarjetas de fidelización entran en la categoría de “promoción”**

Hemos tenido conocimiento recientemente de que la Dirección General de Comercio de la Generalitat de Cataluña incluye las tarjetas de fidelización que las empresas de comercio minorista ofrecen habitualmente a sus clientes y, en especial, las ventajas que se ofrecen a sus titulares (descuentos sobre el precio de venta, obsequios por la compra de productos) dentro de la categoría legal de “promoción”, aun cuando no puedan beneficiarse de dichas ventajas la globalidad de los consumidores.

Desde un punto de vista práctico, ello implica que no se pueden poner a la venta en rebajas los productos que durante el mes anterior hubieran sido objeto de alguna ventaja para los titulares de la tarjeta de fidelización, mientras que la infracción de esta prohibición puede ser sancionada con una multa de hasta 20.000 euros.

Este miércoles 26 de julio, se ha aprobado en el Parlamento de Cataluña la Ley de comercio, servicios y ferias catalana. Debemos esperar a la publicación de la Ley para comprobar si se mantiene este criterio.



**Marimón Abogados** es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado mediante la mejora constante de sus servicios y la ampliación de sus ramas de actividad, creando departamentos especializados que cuentan con una dilatada experiencia de acompañamiento a nuestros clientes en su actividad diaria.

- Administrativo y regulatorio
- Concursal
- Fiscal
- Laboral
- Penal
- IP & IT
- Competencia
- Financiero
- Inmobiliario
- Mercantil y societario
- Procesal
- Urbanismo & Medio Ambiente

**Italian Desk**

**French Desk**

**German Desk**

**Portuguese Desk**

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta alerta pueden contactar con:

- Diego Crespo (Competencia & Distribución)  
[dcrespo@marimon-abogados.com](mailto:dcrespo@marimon-abogados.com)
- Luis Marimón (IP&IT)  
[lmarimon@marimon-abogados.com](mailto:lmарimon@marimon-abogados.com)
- Nathalie Klefisch (Derecho Público & Consumo)  
[klefisch@marimon-abogados.com](mailto:klefisch@marimon-abogados.com)
- Anahita Tárrega (Mercantil & Distribución)  
[tarrega@marimon-abogados.com](mailto:tarrega@marimon-abogados.com)

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extracta, sin la previa autorización de Marimón Abogados.