

## INFORME DE REGULACIÓ

<b><u>Núm. Informe:</u></b>	<b>IR 21/2015</b>
<b><u>Norma:</u></b>	<b>Avantprojecte de Llei de comerç, serveis i fires</b>
<b><u>Sol·licitat per:</u></b>	<b>Departament d'Empresa i Ocupació</b>
<b><u>Data Informe:</u></b>	<b>10 de març de 2015</b>

### 1. ANTECEDENTS

El present document constitueix l'Informe de Regulació de l'Avantprojecte de Llei de comerç, serveis i fires (en endavant, Avantprojecte de Llei o Avantprojecte), emès per l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, ACCO) en data 10 de març de 2015, en base a les competències atribuïdes per la Llei 1/2009, del 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, Llei 1/2009).

L'objecte del document és analitzar si l'Avantprojecte de Llei introdueix restriccions a la competència i, si aquest és el cas, avaluar si les mateixes s'adeqüen als principis de necessitat i proporcionalitat, i a la resta de principis d'una bona regulació econòmica des del punt de vista de la competència.

Es tracta d'un informe *ex-ante*, és a dir, emès amb anterioritat a l'aprovació per part del Govern del corresponent projecte de Llei i que ha estat sol·licitat per la Direcció General de Comerç del Departament d'Empresa i Ocupació en data 26 de febrer de 2015.

Aquest document s'ha emès en base a l'anàlisi de la versió de l'Avantprojecte remesa a l'ACCO juntament amb la sol·licitud d'informe, que coincideix amb la que ha estat sotmesa al tràmit d'informació pública.

### 2. FONAMENTS DE DRET

La Constitució Espanyola (en endavant, CE) configura un model econòmic en el qual es reconeix la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat, atribuint als poders públics la funció de garantir i protegir el seu exercici (article 38 CE).

El fonament econòmic radica en què la competència és un element essencial que contribueix al desenvolupament econòmic. Efectivament, en els sectors de lliure mercat, la competència efectiva garanteix l'assignació eficient dels recursos, fomenta la productivitat dels agents econòmics i incentiva la innovació. El resultat és una millora del benestar del conjunt de la societat, doncs l'eficiència productiva es trasllada al consumidor en forma de preus inferiors i d'una major varietat i qualitat dels béns o serveis oferts.

Per aquest motiu s'ha d'evitar que sigui el propi poder públic el que, a través de les seves actuacions normatives o administratives, introdueixi restriccions injustificades a les condicions de competència que perjudiquin la llibertat d'empresa i redueixin el benestar del consumidor. És a dir, el que es pretén és que s'assoleixin eficaçment els objectius sectorials que persegueix la norma, però minimitzant els efectes negatius sobre la competència.

La Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en endavant, LDC), defineix el contingut material del dret de la competència i té en compte el sistema plural d'organismes de la competència derivat del marc competencial de la CE. En l'àmbit català, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, del 19 de juliol (en endavant, EAC) estableix, en l'article 154, les competències de la Generalitat en l'àmbit de la promoció i defensa de la competència. El desenvolupament d'aquest precepte es troba en la Llei 1/2009.

L'article 2.4 de la Llei 1/2009 estableix les funcions de l'ACCO. Aquestes es poden classificar en dos grans àmbits: defensa de la competència i promoció de la competència. Les activitats de foment i promoció de la competència tenen com a objectiu promoure un entorn competitiu per al desenvolupament de les activitats econòmiques. L'elaboració d'aquest Informe forma part, doncs, de les competències que té l'ACCO, de conformitat amb l'objecte que la pròpia Llei 1/2009 li reconeix en l'article 2.1 i de les funcions que té atribuïdes segons els articles 2.4 i 8.1.b) de la mateixa Llei.

### **3. AVANTPROJECTE DE LLEI DE COMERÇ, SERVEIS I FIRES**

#### **3.1. Marc normatiu**

Pel que fa el marc normatiu en el qual s'insereix l'Avantprojecte de Llei, en primer lloc convé esmentar l'article 121.1 de l'EAC, el qual reconeix la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria de comerç i fires, que inclou *"la regulació de l'activitat firal no internacional i l'ordenació administrativa de l'activitat comercial, la qual alhora inclou en tot cas: a) la determinació de les condicions administratives per exercir-la i dels llocs i els establiments on s'acompleixi i l'ordenació administrativa del comerç electrònic o del comerç per qualsevol altre mitjà; b) la regulació administrativa de totes les modalitats de venda i totes les formes de prestació de l'activitat comercial, i també de les vendes promocionals i de la venda a pèrdua; c) la regulació dels horaris comercials, respectant en l'exercici d'aquesta competència el principi constitucional d'unitat de mercat; d) la classificació i la planificació territorial dels equipaments comercials i la regulació dels requisits i del règim d'instal·lació, ampliació i canvi d'activitat dels establiments; e) l'establiment i l'execució de les normes i els estàndards de qualitat relacionats amb l'activitat comercial; f) l'adopció de mesures de policia administrativa amb relació a la disciplina de mercat"*. Així mateix, l'article 139.3 de l'EAC també reconeix la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria d'artesanaria.

Aquestes competències s'exerceixen sens perjudici de la competència exclusiva de l'Estat per establir les bases de la planificació i ordenació general de l'economia (article 149.1.13 de la Constitució Espanyola).

Així, a nivell estatal, la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'Ordenació del Comerç Minorista estableix el règim jurídic general del comerç detallista i regula determinades formes de vendes especials i activitats de promoció comercial (en gran part constitueix normativa bàsica). Així mateix, aquesta norma ha estat modificada en diverses ocasions, la darrera de les quals operada per la Llei 18/2014, de 15 d'octubre, d'aprovació de mesures urgents per al creixement, la competitivitat i l'eficiència (en endavant, Llei 18/2014).

També conforma el marc normatiu en el qual s'insereix l'Avantprojecte la normativa adoptada a nivell estatal en la concreta matèria d'horaris comercials, en concret la Llei 1/2004, de 21 de desembre, d'horaris comercials. Aquesta norma ha estat objecte de diverses modificacions operades durant els darrers anys<sup>1</sup>, la darrera de les quals efectuada també per la Llei 18/2014<sup>2</sup>.

A Catalunya s'han elaborat diverses normes en matèria de comerç i fires. Actualment, conformen aquest cos normatiu: la Llei de 1/1990, de 8 de gener, sobre la disciplina del mercat i de defensa dels consumidors i dels usuaris; el Decret Legislatiu 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i la Llei 23/1991, de 29 de novembre (en endavant, Decret Legislatiu 1/1993); la Llei 8/1994, de 25 de maig, d'activitats firals; la Llei 8/2004, de 23 de desembre, d'horaris comercials i Llei 3/2014, de 19 de febrer, d'horaris comercials i de mesures per a determinades activitats de promoció.

De fet, aquestes normes són objecte de compilació i derogació per l'Avantprojecte de llei objecte d'anàlisi. De manera que resta únicament inalterat el Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials, que regula la implantació dels establiments comercials a Catalunya.

### **3.2. Contingut de l'Avantprojecte de Llei de comerç, serveis i fires**

L'Avantprojecte de Llei consta de vuitanta sis articles, estructurats en onze títols, inclòs el títol preliminar, cinc disposicions addicionals, una disposició transitòria, una disposició derogatòria i tres disposicions finals.

El títol preliminar està dedicat als principis rectors, la finalitat, l'objecte i l'àmbit d'aplicació de la Llei.

El títol primer estableix les condicions i modalitats de l'activitat comercial i de la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial. Així, en el primer capítol d'aquest títol, es delimiten els conceptes d'activitat comercial i dels serveis assimilats a l'activitat comercial, l'accés a aquestes i el seu exercici, el cens d'empreses i el cessament d'empreses dedicades a aquestes activitats, entre altres qüestions. En el segon capítol es relacionen i desenvolupen les diferents modalitats d'exercici de l'activitat comercial i de prestació de serveis (en establiment comercial, fora de l'establiment, mitjançant parades, a distància, etc.)

En el títol segon es regulen les activitats de promoció, que es divideixen segons la seva finalitat en extintives d'existències o incentivadores.

En el títol tercer s'estableix una relació de les pràctiques prohibides o de les conductes que atempten contra la lliure i lleial competència. D'aquest títol es destaca l'establiment d'una sèrie d'activitats prohibides amb caràcter més general, el trencament d'estocs i la venda a pèrdua.

<sup>1</sup> Primer, pel Reial Decret Llei 20/2012, de 13 de juliol, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat i, posteriorment, pel Reial Decret Llei 8/2014, de 4 de juliol, d'aprovació de mesures urgents per al creixement, la competitivitat i l'eficiència.

<sup>2</sup> Aquestes normes estableixen una sèrie de principis de caràcter bàsic, concretament: (i) llibertat d'horaris com a principi general; (ii) un horari global que en cap cas pot restringir per sota de les 90 hores setmanals i que, en cas que la Comunitat Autònoma no estableixi res, s'entén que regeix la plena llibertat per tal que els comerciants determinin els seus horaris d'obertura, i (iii) establiment d'un mínim de 16 diumenges i festius d'obertura anuals, però permetent que les comunitats autònomes rebaixin aquest nombre a 10.

En el títol quart es regulen els horaris comercials; es detalla l'horari comercial d'aplicació general a tot el territori, els supòsits d'exclusió d'aquest horari general, així com el procediment per a la determinació de la qualificació de les zones turístiques com a excepció a l'horari comercial general.

El títol cinquè està dedicat a les activitats firals, establint-se tant el concepte d'activitat firal i els diferents formats que aquesta pot adoptar, com el règim d'intervenció administrativa i els paràmetres que han de complir aquestes activitats en relació a la seguretat i l'ordre públic. També es detalla el funcionament i organització del registre censal d'activitats firals.

El títol sisè té per objecte establir els criteris de promoció i protecció de l'artesanía així com l'organització dels diferents tipus d'esdeveniments en els quals hi participin de manera principal artesans.

El títol setè està dedicat als instruments de col·laboració entre els diferents nivells de l'administració pública, i entre aquests i les entitats que representen els sectors professionals de la distribució comercial per tal de garantir i facilitar l'aplicació d'aquesta norma. El títol vuitè està dedicat al Pla de Foment de Competitivitat del Comerç Urbà, instrument que té per objecte posar a l'abast del sector eines que permetin als seus integrants més capacitat d'adaptació a l'entorn econòmic i potenciar la capacitat de creixement i d'internacionalització.

En els títols novè i desè regulen, d'una banda, la inspecció i el procediment sancionador i, de l'altra, el règim sancionador (infraccions i sancions) previst al Projecte de Llei.

A les disposicions addicionals hi figuren una sèrie de preceptes complementaris en matèria d'horaris comercials, en relació a les atribucions del Departament competent en matèria de comerç que ha d'establir el calendari de festius amb obertura comercial autoritzada i a la possibilitat d'establir taxes per poder finançar les despeses addicionals derivades de l'obertura generalitzada d'establiments comercials en dies festius. Així mateix es detalla l'afectació de l'import de les sancions imposades per infraccions a aquesta Llei i al Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials.

A la disposició transitòria es regulen determinades situacions d'interinitat en matèria d'horaris comercials derivades de l'entrada en vigor d'aquesta Llei.

Per últim, a les disposicions finals s'invoquen els títols competencials, s'habilita el desenvolupament reglamentari i es determina l'entrada en vigor immediata d'aquesta Llei.

## **4. AVALUACIÓ DE L'IMPACTE COMPETITIU DE LA NORMA**

### **4.1. Metodologia**

L'anàlisi de competència que s'exposa a continuació s'ha realitzat sobre la base dels principis bàsics internacionalment acceptats per establir una regulació eficient i afavoridora de la competència:

- (1) Principi de necessitat i proporcionalitat (justificació de la restricció)<sup>3</sup>
- (2) Principi de mínima distorsió (justificació dels instruments utilitzats)<sup>4</sup>
- (3) Principi d'eficàcia<sup>5</sup>
- (4) Principi de transparència<sup>6</sup>
- (5) Principi de predictibilitat<sup>7</sup>

L'ACCO ha assumit aquests principis com a orientadors de la seva actuació en l'elaboració d'Informes de regulació i els ha incorporat en la seva *Metodologia per Avaluar l'Impacte Competitiu de les normes (AIC)*<sup>8</sup>.

La metodologia per a l'avaluació de l'impacte competitiu consta, bàsicament, de tres etapes:

- (i) Identificar les principals restriccions a la competència que conté la norma.
- (ii) Analitzar si les restriccions a la competència introduïdes estan justificades per a la consecució dels objectius que persegueix la norma, segons els principis de necessitat i proporcionalitat, i la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.
- (iii) En cas que les restriccions estiguin justificades, comprovar, aplicant el principi de mínima distorsió, que no existeixen alternatives menys restrictives de la competència que permetin assolir l'objectiu desitjat.

Un cop acreditada l'existència d'una restricció a la competència en el punt (i), caldrà distingir si es tracta de restriccions prohibides<sup>9</sup> o bé avaluables. En cas de tractar-se de restriccions avaluables, es procedirà a dur a terme les fases (ii) i (iii). La no superació de les etapes (ii) i /o (iii) comportarà la recomanació, per part de l'ACCO, de no establir o bé de suprimir aquella restricció. L'objectiu final és, doncs, evitar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament dels

---

<sup>3</sup> El principi de necessitat implica que tota norma que introdueixi restriccions a la competència ha de venir precedida d'una definició dels seus objectius i d'una clara justificació de la introducció de les restriccions (existència d'una relació de causalitat entre la restricció a la competència i la consecució de l'objectiu).

El principi de proporcionalitat pretén evitar que els instruments en què es materialitza la restricció suposin només una millora relativa o marginal en termes de benestar social però que, al mateix temps, generin un greu dany en aquest degut a les importants restriccions a l'activitat econòmica que imposen.

<sup>4</sup> El principi de mínima distorsió implica que, entre els instruments possibles per a assolir un objectiu determinat, s'ha d'escollir aquell que suposi la mínima afectació negativa a la competència.

<sup>5</sup> El principi d'eficàcia suposa la capacitat de la norma d'assolir els objectius o efectes que es desitja.

<sup>6</sup> El principi de transparència implica l'existència de transparència i claredat en el marc normatiu, en el procés d'elaboració de les normes i en la seva execució.

<sup>7</sup> El principi de predictibilitat comporta oferir els operadors un marc estable i sòlid, sense incerteses, que els proporcioni seguretat jurídica.

<sup>8</sup> Es tracta de la Metodologia d'Avaluació de l'Impacte Competitiu de les normes que l'ACCO aplica, principalment en l'elaboració dels Informes de Regulació, sens perjudici que també la pugui aplicar en els informes que realitzi sobre l'actuació de les administracions públiques. La Metodologia es pot consultar a la pàgina Web de l'ACCO (<http://acco.gencat.cat/ca/detal/article/Metodologia-per-avaluar-impacte-competitiu-de-les-normes>).

<sup>9</sup> Per exemple, poden ser restriccions prohibides aquelles contràries a normes de rang superior o a les prescripcions de normes comunitàries. Així mateix, cal recordar que les restriccions a la competència que s'introdueixen a les normes hauran de disposar d'una cobertura suficient en una norma amb rang de llei, de conformitat amb l'article 53.1 de la CE, en relació amb l'article 38 de la CE.

mercats, obtenint una regulació més eficient des del punt de vista de la competència, sense renunciar a les finalitats públiques perseguides per la norma.

## **4.2. Anàlisi de l'Avantprojecte de Llei de comerç, serveis i fires**

### **4.2.1. Consideracions generals**

La distribució comercial és un dels subsectors més rellevants dins l'àmbit dels serveis i, en coherència, la seva regulació impacta necessàriament sobre l'activitat econòmica i la competitivitat d'un país. Per aquest motiu, és crucial que la seva regulació contribueixi a incrementar el grau de competència existent, en benefici de l'eficiència, de la productivitat i, en definitiva, dels consumidors i usuaris.

No obstant això, la realitat és ben diferent: la regulació d'aquest sector ha estat objecte de crítica i controvèrsia històricament pel seu caràcter altament restrictiu. En particular, la normativa de comerç tradicionalment s'ha fonamentat, d'una banda, en limitacions o dificultats per a la implantació de nous establiments comercials, és a dir, problemes d'accés al mercat (barreres a l'entrada) i, de l'altra, en limitacions a l'exercici de l'activitat comercial.

Per aquest motiu, es considera imprescindible treballar per millorar les condicions de competència en aquest sector d'activitat. En aquest sentit, l'ACCO ha tingut l'oportunitat de referir-s'hi en diferents ocasions, en concret, en: l'Estudi núm. ES 6/2012 - *"Efectes del caràcter restrictiu de la normativa comercial sobre la competitivitat de l'economia catalana (1997-2012)"* de desembre de 2012<sup>10</sup>; en l'Informe de Regulació núm. 8/2010 sobre el Decret Llei 1/2009, del 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials, de juliol de 2010<sup>11</sup> i en l'Informe de Regulació núm. 16/2011 sobre la proposta de modificació del Decret Llei 1/2009 continguda en l'Avantprojecte de Llei de simplificació, d'agilitat i reestructuració administrativa i de promoció de l'activitat econòmica, de juny del 2011<sup>12</sup>.

En el cas que ens ocupa, el present Avantprojecte regula especialment les condicions de l'exercici de l'activitat comercial, i es pot avançar que conté una regulació altament restrictiva en termes de competència en qüestions ja clàssiques com: (i) els horaris comercials, (ii) les activitats promocionals, (iii) les conductes prohibides com, per exemple, la venda a pèrdua, etc.

En aquest sentit, l'Avantprojecte manté la línia tradicional de la regulació en matèria de comerç a Catalunya fonamentada en tractar de protegir al comerç tradicional i pretendre aconseguir un equilibri entre els diferents tipus operadors amb l'objectiu de garantir una oferta comercial equilibrada. En aquest sentit, resulten il·lustratives les següents mencions:

- L'article 2 f) de l'Avantprojecte fa esment, com a finalitat del mateix, a *"(...) la sostenibilitat pretesa, la qual implica necessàriament la prossecució d'equilibris econòmics en lloc del tradicional creixement lineal i acumulatiu; per garantir, en aquest context, l'aprovisionament, la diversitat d'oferta i la multiplicitat d'operadors en un model de barri, poble o ciutat que ofereixi les mateixes possibilitats per a tots els ciutadans i ciutadanes i tots els sectors socials (...)"* (el subratllat no consta en l'original).

<sup>10</sup> [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/estudi\\_comerc\\_cat.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/estudi_comerc_cat.pdf)

<sup>11</sup> [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/ir\\_08\\_2010\\_29\\_julio\\_2010\\_cat.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/ir_08_2010_29_julio_2010_cat.pdf)

<sup>12</sup> [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/ir\\_16\\_2011\\_decretlle1\\_1\\_2009\\_cat.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/ir_16_2011_decretlle1_1_2009_cat.pdf)



- La mateixa Exposició de Motius reconeix que l'Avantprojecte "incorpora[r] les demandes del sector de la distribució comercial pel que fa referència a les necessitats d'ordenació per garantir la lleial competència com a eix a l'entorn del qual ha de quedar sotmès el lliure exercici de l'activitat" (el subratllat no consta en l'original).
- I finalment, la Memòria d'Avaluació d'Impacte de l'Avantprojecte estableix literalment "(...) cal remarcar que l'Avantprojecte no té com a finalitat principal protegir les persones consumidores, sinó ordenar i sistematitzar les modalitats de venda i les activitats promocionals que poden desenvolupar les empreses comercials, i especificar aquelles pràctiques que es consideren prohibides o bé deslleials, des d'una òptica de cercar un equilibri entre els diferents operadors, nombrosos, tal i com es posa de manifest del quadre A, i heterogenis quant a dimensions, a l'hora de competir en el mercat." (el subratllat no consta en l'original).

Es persegueix defensar un determinat model econòmic o empresarial en el sector del comerç (posició que només es pot qualificar com planificació econòmica en detriment de l'economia de mercat); situació que, al marge dels evidents riscos jurídics que presenta, implica una intervenció injustificada en el mercat que actua en perjudici del funcionament competitiu del mateix.

El present Avantprojecte no dona resposta satisfactòria a la necessitat de flexibilitzar el règim al qual es troba sotmesa l'activitat comercial a Catalunya. En altres termes, l'Avantprojecte no afavoreix que l'exercici de l'activitat comercial a Catalunya es desenvolupi en òptimes condicions de competència ja sigui tant per les seves previsions de caràcter marcadament prohibitiu com per detreure de l'autonomia dels operadors factors o elements claus per poder competir i rivalitzar.

Així mateix, l'Avantprojecte no respecta, en termes generals, els principis d'una bona regulació econòmica afavoridora de la competència. Sens perjudici que a la secció 4.2.2 d'aquest document s'identifiquen i valoren cadascun dels aspectes més controvertits, tot seguit es destaquen una sèrie de categories de problemes de caràcter general predicables de la norma analitzada:

- Complexitat i intervencionisme. L'Avantprojecte de Llei resulta molt casuístic, atesa la seva redacció minuciosa; en aquest sentit, s'estableixen nombroses definicions i classificacions ulteriors que dificulten la comprensió de la norma per part dels operadors que han d'aplicar-la. A més, amb l'agreujant que aquesta regulació tan detallada resulta completament intervencionista en l'exercici de l'activitat comercial.

L'ACCO considera necessari un treball profund de simplificació del contingut de la mateixa així com de disminució del grau d'intervenció en aspectes que han de romandre en l'esfera de decisió dels operadors de mercat, ja que comptar amb un marc normatiu clar i entenedor es concep com un element essencial per al desenvolupament de la competència en el mercat.

- Dificultat de verificació del seu compliment. En bona part com a conseqüència de la complexitat i minuciositat de l'Avantprojecte de Llei analitzat, ens trobem davant una norma de difícil, sinó impossible, verificació del seu compliment per l'administració. Per tant, es recomana la revisió acurada dels extrems subjectes a control i supervisió per part de l'administració, atès que cal evitar introduir una

norma a l'ordenament jurídic de la qual no se'n pugui verificar el seu compliment.

- Concepció poc actualitzada de l'activitat comercial. El fil conductor de l'Avantprojecte parteix de la premissa que l'activitat comercial consisteix bàsicament en comprar (a un majorista o fabricant) per, posteriorment, vendre al detall. Tanmateix, aquesta concepció no resulta actualitzada ni s'adapta a les realitats presents des de ja fa temps en el sector comercial, com poden ser, per exemple, la integració vertical, les anomenades marques de distribuïdor, etc.
- Manca de consideració de les pressions competitives que exerceix el comerç electrònic. En la mateixa línia que el punt precedent, l'Avantprojecte concep l'activitat comercial com aquella de caràcter marcadament tradicional (bàsicament la que es produeix un establiment físic i, en molt menor mesura, la venda no sedentària, la desenvolupada fora de l'establiment, l'automàtica, la subhasta, etc.) però no presta cap atenció a les pressions competitives que exerceix el comerç electrònic (per exemple, en termes d'horaris comercials, períodes de les activitats promocionals, etc).

En aquest sentit, únicament l'article 20 regula la venda de productes i serveis a distància, però aquesta regulació es limita a remetre al desenvolupament reglamentari l'establiment de *"les condicions i efectes, dins de l'àmbit territorial de Catalunya, de les ofertes de béns i serveis efectuades per empreses que utilitzen aquesta modalitat"*. Tanmateix, sembla difícil qualsevol tipus de regulació més enllà de la ja prevista per la Llei 34/2002, de 11 de juliol, de serveis de la societat de informació i de comerç electrònic, de transposició a l'ordenament jurídic espanyol de la normativa comunitària en aquesta matèria.

- Problemes de discriminació. En alguns dels seus articles l'Avantprojecte de Llei utilitza com a fonament d'una regulació diferenciada (per exemple, els horaris comercials -article 40.1 i), j) i l)-, la venda a pèrdua -article 37.1c)-, règim sancionador -articles 76.4 i 79.1 j-) el fet de pertànyer o no a un grup comercial o de disposar de certa presència en el mercat. En aquest sentit, l'Avantprojecte continua en la línia tradicional de la normativa catalana en matèria de comerç de tractar de protegir el petit comerç de proximitat front altres operadors de mercat.

Aquest tractament diferenciat per motius subjectius constitueix una discriminació inacceptable des d'una òptica de competència i no justificada en cap raó imperiosa d'interès general. En coherència caldria revisar l'Avantprojecte per eliminar qualsevol referència en aquest sentit.

- Càrregues administratives innecessàries. L'Avantprojecte crea noves i innecessàries càrregues administratives. Per exemple, els articles 9 i 10 de l'Avantprojecte de Llei creen i regulen un nou "cens d'empreses dedicades a l'activitat comercial" que genera una quantitat molt notable de tràmits (alta, modificacions, cessament) per als operadors de mercat i, fins i tot, es contempla la possibilitat d'incórrer en infraccions per no comunicar les dades que hi han de constar.
- Remissions reglamentàries. L'Avantprojecte formula remissions al reglament de forma reiterada i abusiva al llarg de tot l'articulat per concretar aspectes del règim regulador de les activitats comercials que haurien d'estar previstos en el propi text de la norma. Per exemple, l'article 3.2 estableix que l'objecte



d'aquesta norma és regular les activitats comercials i la prestació de serveis assimilats; tanmateix, la noció de “serveis assimilats a l'activitat comercials” –tot i constituir l'objecte de la norma- serà definida per via reglamentària ex article 4 c) de l'Avantprojecte.

Des d'una òptica de competència no són acceptables les cobertures legals en blanc ja que poden esdevenir la porta d'entrada de restriccions injustificades a la competència sense la suficient i necessària empara legal. Aquest seria el cas, per exemple, de l'article 12.2, on es preveu la possibilitat de què per reglament es determinin requisits d'homologació i qualificació tècnica o experiència per a l'exercici de determinades activitats comercials.

- **Contingut innecessari.** L'Avantprojecte recull nombroses previsions que poden ser qualificades com innecessàries, atès que fan esment a aspectes que es regulen en altres normes i que és evident que són d'aplicació. Aquestes reiteracions augmenten la complexitat de la norma i dificulten la comprensió del marc jurídic global al qual es troben sotmesos els operadors.

En aquest sentit, per exemple, l'article 7 recorda als operadors que per exercir l'activitat comercial han de complir les condicions establertes en l'Avantprojecte, en la normativa mercantil i qualsevulla altra disposició que es pugui establir amb caràcter general o sectorial. Així mateix, l'article 8 recorda l'obligació de complir amb les disposicions fiscals, laborals i sectorials aplicables a cada cas. Aquests previsions resulten completament innecessàries.

En aquesta mateixa línia, l'article 54 relatiu als “instruments de col·laboració” no estableix res més que les administracions han de col·laborar i que poden establir convenis. Aquesta previsió resulta supèrflua, atès que la normativa de règim jurídic de les administracions públiques ja contempla amb caràcter general aquesta facultat.

Ateses les consideracions anteriors, a judici de l'ACCO **resulta imprescindible, a fi de respectar els principis d'una bona regulació econòmica afavoridora de la competència, modificar l'Avantprojecte de Llei** per tal d'esmenar els problemes assenyalats.

#### **4.2.2. Anàlisi d'aspectes concrets de l'Avantprojecte de Llei**

A continuació s'exposen els aspectes més destacables, des de l'òptica de competència, continguts en l'Avantprojecte de Llei:

##### **■ Serveis assimilats a l'activitat comercial**

L'Avantprojecte de Llei crea una nova categoria de serveis, els anomenats “serveis assimilats a l'activitat comercial” definits de manera genèrica i indeterminada com a “*les activitats econòmiques consistents en oferir i prestar serveis a les empreses, al públic en general o a determinats col·lectius i que es determinin com a tals en el reglament corresponent*” (article 4 c)), definició que perfectament podria incloure qualsevol tipus de serveis.

La determinació d'aquests tipus de serveis es deixa en mans d'un futur reglament que ha de tenir en compte “*l'estructura de l'establiment dedicat a la prestació de serveis, la seva localització a la via pública, els sistemes emprats per a la seva aproximació als clients, la seva incardinació*”

*i sintonia amb l'activitat comercial i qualsevol altra circumstància que fonamenti la seva assimilació* (article 6.3).

Cal recordar que en l'àmbit dels serveis (tots, inclosa l'activitat comercial ja que també és un servei) són d'aplicació els principis i prescripcions continguts a la Directiva de 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, del Parlament Europeu i el Consell, relativa als serveis en el mercat interior (en endavant, Directiva de Serveis) i a les seves normes de transposició al nostre ordenament jurídic.

La Directiva de Serveis ha impulsat un marc regulador dels serveis basat en la lliure prestació d'aquests per part dels diversos operadors econòmics. En aquest nou marc, qualsevol règim d'intervenció administrativa per accedir a l'activitat de serveis és d'aplicació excepcional i ha d'estar justificat en una raó imperiosa d'interès general, definida com a tal per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

Així mateix, qualsevol requisit que s'estableixi tant per a l'accés com per a l'exercici de les activitats de serveis han de ser no discriminatoris i respectar els principis de necessitat, proporcionalitat i mínima distorsió, així com la resta de principis d'una bona regulació afavoridora de la competència, i en cap cas es pot imposar algun dels requisits prohibits per aquestes normes (per exemple, la realització de proves de naturalesa econòmica).

L'ACCO és de l'opinió que les activitats de serveis ja disposen de la seva pròpia i específica normativa reguladora i la inclusió d'aquestes activitats en l'àmbit de l'Avantprojecte suposaria sotmetre-les un règim addicional d'intervenció administrativa, més gravós (per exemple, horaris comercials, activitats promocionals, etc.), sense que aquesta inclusió estigui justificada per cap raó imperiosa d'interès general ni molt menys en relació amb la protecció dels consumidors i usuaris, atès que ja existeix normativa reguladora d'aquest aspecte que és aplicable també en relació als destinataris dels serveis.

Finalment, resulta molt criticable la remissió al desenvolupament reglamentari de la determinació de quins són aquests serveis assimilables a l'activitat comercial (doncs pot ser una via d'introducció de restriccions injustificades a la competència), així com els criteris a utilitzar per aquesta determinació ja que, al ser uns criteris oberts i imprecisos, fomenten una excessiva discrecionalitat per part de l'Administració. En aquest sentit, segons l'article 6.3 semblaria que un mateix servei podria ser assimilable o no a l'activitat comercials en funció de si troba a peu de carrer o no.

En resum, l'ACCO recomana **definir legalment els serveis assimilats a l'activitat de comerç i establir-ne el règim conforme a les prescripcions de la Directiva de Serveis.**

#### ■ **Accés i exercici a l'activitat comercial**

L'article 7 de l'Avantprojecte determina que per accedir a l'exercici de l'activitat comercial i a la prestació de serveis assimilats s'han de "*complir les condicions establertes en la normativa mercantil vigent, en aquesta Llei, i en qualsevulla altra disposició que, per raons imperioses d'interès general, es pugui establir amb caràcter general o sectorial*". Article que per sí mateix no aporta nova informació ni promou l'accés a l'activitat comercial, doncs remet al que ja disposen altres normes. Es tractaria, per tant, d'un precepte innecessari.

Així mateix, l'article 8, relatiu a l'exercici, disposa que el mateix es pot desenvolupar en un establiment comercial, de manera no sedentària, a distància o a través de qualsevol recurs dels que proporcionen les TIC. L'apartat 2n recorda el compliment de les disposicions en els àmbits fiscal, de seguretat social, sectorial i en matèria de preus. A judici de l'ACCO aquesta previsió també resulta completament innecessària.

Respecte el compliment de la normativa de preus, l'Avantprojecte estableix que “*els preus dels productes poden ser lliurement determinats pel titular de l'activitat o l'establiment, d'acord amb el què estableix la legislació de defensa i de la lliure competència, llevat dels supòsits establerts en les lleis especials en relació als preus que estan subjectes a intervenció administrativa i d'acord amb les limitacions que es detallen al Capítol III del títol III d'aquesta Llei*” (el subratllat no consta en l'original). En aquest punt, l'ACCO considera que els preus dels productes necessàriament han de ser determinats de manera lliure i independent pels operadors, tal i com determina la normativa en matèria de defensa de la competència, i que només en comptades ocasions es pot exemptar aquest principi.

En resum, l'ACCO recomana **modificar els articles 7 i 8 de l'Avantprojecte en el sentit d'establir el principi de llibertat d'accés i exercici en l'activitat comercial.**

### ■ Creació d'un cens d'empreses

L'article 9 de l'Avantprojecte de llei preveu la creació d'un cens d'empreses dedicades a l'activitat comercial o a la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial, amb l'objectiu de “*conèixer la realitat del comerç del comerç i dels serveis assimilats a l'activitat comercial així com l'evolució de les principals magnituds que els afecti*”.

Així mateix, l'article 10 imposa als operadors l'obligació de comunicar a efectes censals qualsevol canvi que afecti a la titularitat, a la modalitat de venda o prestació de serveis assimilats, al nombre de punts de venda o de prestació de serveis assimilats, així com el cessament definitiu de l'activitat.

Doncs bé, a parer de l'ACCO, l'establiment d'aquest cens i les consegüents obligacions que imposa, impliquen la creació d'una càrrega administrativa innecessària i desproporcionada pels operadors, que difícilment conjuga amb el pretès objectiu de simplificació i reducció de càrregues administratives de l'Avantprojecte (ex article 2 apartat c). Addicionalment, es tractaria d'una càrrega a satisfer de manera periòdica ja que segons la Memòria d'Avaluació d'Impacte de les mesures proposades per a l'Avantprojecte, la informació s'hauria d'actualitzar cada 4 anys.

Addicionalment, l'Administració ja disposa de la majoria de la informació que es pretén sol·licitar a efectes censals, o té vies per a obtenir-la de manera que no s'imposi una obligació addicional per als operadors del mercat. De fet, per a la pròpia elaboració de la Memòria d'Avaluació d'Impacte s'utilitza part d'aquesta informació, i fins i tot es reconeix que “*l'administració únicament sol·licitarà la informació de la qual no disposi*”, de manera que implícitament reconeix que disposa de la mateixa i que només es veurien obligades a facilitar les dades “*aquelles empreses de nova creació*”, però de les quals igualment se'n pot obtenir la informació a través dels canals habituals ja utilitzats per l'administració<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> En aquest sentit la Memòria d'Avaluació d'Impacte de les mesures proposades a l'Avantprojecte estableix literalment “*Pel que fa a la quantitat i la freqüència d'aportar la documentació necessària per crear un cens d'empreses, malgrat estar subjecte al que determini finalment el seu desplegament reglamentari, s'ha partit del supòsit que s'actualitzarà cada 4 anys (f=0,25). Per tant, tenint en compte que s'ha estimat que existeixen 204.906 empreses*”

Tanmateix, aquesta previsió de la Memòria contrasta amb el redactat de l'articulat de l'Avantprojecte, ja que aquest darrer estableix que la manca del compliment de les comunicacions derivades del cens en qüestió constitueix una infracció lleu -ex article 74.1 c)- i com a tal pot ser sancionada amb multa de fins a 20.000€ -article 78 a)-.

En resum, l'ACCO recomana **eliminar el “cens d'empreses dedicades a l'activitat comercial i a la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial”** (articles 9 i 10 de l'Avantprojecte).

■ **Establiment d'un fons de sortida per incentivar el relleu en l'activitat comercial**

L'article 11 de l'Avantprojecte de Llei disposa que el Govern de la Generalitat “establirà un fons de sortida per incentivar el relleu en l'activitat comercial o en la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial per als empresaris autònoms que optin per anticipar el seu cessament, garantint la continuïtat de l'activitat econòmica” i que mitjançant un reglament s'establiran els requisits i procediments per tal d'acollir-s'hi.

La creació d'aquest fons de sortida preocupa en termes de competència. L'establiment, en general, d'ajudes econòmiques per tal d'evitar el tancament d'empreses s'ha d'analitzar amb cura per part de les autoritats de competència, ja que sovint provoquen l'efecte d'evitar la sortida del mercat d'empreses que s'han demostrat ineficients o que no han sabut adaptar-se als nous temps. Cal tenir present que si un empresari decideix el tancament del seu negoci probablement és que aquest no és viable; i en cas que ho sigui, no seria necessari l'establiment d'un fons de sortida per incentivar el relleu ja que probablement existirien altres empresaris interessats en assumir el negoci.

Addicionalment, la seva formulació actual es concep com discriminatòria ja que només poden beneficiar-se'n els empresaris autònoms i, en conseqüència, s'impedeix l'accés a aquest fons a comerciants que operen sota altres formes jurídiques (per exemple, una societat limitada entre els 2 titulars d'una botiga tradicional de barri).

Per tant, l'ACCO recomana **eliminar el “Fons de sortida per incentivar el relleu en l'activitat comercial”** (article 11 de l'Avantprojecte).

*dedicades a l'activitat comercial i a la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial, cada any s'hauria de sol·licitar informació a 51.227 empreses.*

Obligació d'informació	f	n	f x n	CA (p x t x q)
Cens d'empreses dedicades a l'activitat comercial i a la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial (art. 9)	0,25	204.906	51.227	<b>3.057.198€</b>

*No obstant això, cal assenyalar que es parteix de la hipòtesi que l'administració únicament sol·licitarà la informació de la qual no disposi. Així doncs, a efectes pràctics, aquesta situació pot representar que únicament hagin de facilitar les dades aquelles empreses de nova creació. A més, aquesta cessió de la informació possiblement es realitzaria mitjançant una comunicació amb declaració responsable que és l'instrument d'intervenció administrativa que representa una càrrega menor a l'empresari.*

*Per tot això, si per exemple la mitjana anual (f=1) de creació d'empreses fóra de 100 el cost de la càrrega seria de 5.968€, molt inferior a la xifra a dat estimada i més propera al cost previst per la càrrega.” (el subratllat no consta)*

Obligació d'informació	f	n	f x n	CA (p x t x q)
Cens d'empreses dedicades a l'activitat comercial i a la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial (art. 9)	1	100	100	<b>5.968€</b>

## ■ Establiment de requisits de formació i qualificació professional per a l'exercici de l'activitat comercial i serveis assimilats

L'article 12 de l'Avantprojecte preveu que el "Govern de la Generalitat ha de promoure la igualtat d'oportunitats i afavorir la formació tècnica i professional dels qui exerceixin l'activitat comercial i la prestació de serveis". Així mateix, "quan existeixin raons imperioses d'interès general que ho justifiquin, el Govern de la Generalitat podrà establir, per reglament, requisits d'homologació i qualificació tècnica o d'experiència per a l'exercici de determinades activitats comercials o per a la prestació de determinats serveis".

L'ACCO considera positives aquelles iniciatives públiques que promocionin la igualtat d'oportunitats i la formació tècnica i professional dels operadors, la qual cosa reverteix en una millor atenció als consumidors i usuaris; ara bé, la previsió relativa a l'establiment, via reglament, de requisits d'homologació i qualificació tècnica o d'experiència per assolir aquests objectius pot comportar diversos problemes de competència:

- La norma no especifica les raons imperioses d'interès general que podrien justificar l'establiment d'aquests tipus de requisits, és a dir, remet a un futur desplegament reglamentari l'establiment d'una sèrie de requisits que poden constituir barreres d'entrada al mercat i que, com a tals, correspon a una norma amb rang de llei determinar-los (reserva legal). Com ja s'ha dit, l'Avantprojecte de Llei efectua una cobertura legal en blanc inacceptable i contrària a l'article 5 de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici.
- En aquest sentit, cal recordar que tractar de garantir la qualitat del servei, motiu sovint al·legat per justificar la introducció d'aquest tipus de mesures, no constitueix una raó imperiosa d'interès general de conformitat amb les previsions de la Directiva de Serveis.
- Així mateix, l'establiment d'una sèrie de requisits per a l'accés i exercici de les activitats comercials podria dificultar el desenvolupament d'aquest tipus d'activitat. En especial, l'establiment de requisits d'experiència mínima podrien esdevenir una barrera insalvable, ja que si no es pot operar en un sector per no tenir l'experiència mínima, difícilment es podrà assolir aquesta experiència. Es tractaria, doncs, d'una mesura directament contrària al foment de l'autoocupació pròpia d'aquest sector.
- Cal tenir present que la normativa sectorial ja preveu els requisits de qualificació professional que es requereixen, especialment, per als professionals que presten determinats serveis. S'introduirien aquí restriccions addicionals.
- Finalment, ja que es tracta d'una matèria sotmesa plenament a la Directiva de Serveis i a les normes que l'han transposat al nostre ordenament jurídic, els requisits haurien de complir els principis de no discriminació, necessitat i proporcionalitat, no podent en cap cas imposar un requisit prohibit.

Per tant, l'ACCO recomana **eliminar l'article 12.2 de l'Avantprojecte de manera que no fos possible establir requisits d'homologació, qualificació tècnica o experiència, per a l'exercici de l'activitat comercial.**

#### ■ **La regulació de les condicions dels establiments comercials**

L'article 17 de l'Avantprojecte de llei determina que l'estructura i les condicions internes dels establiments comercials s'han d'ajustar al què disposi la normativa en funció de la seva localització, del producte a comercialitzar o de la naturalesa dels serveis a prestar. Així mateix, l'apartat 2n especifica que *"reglamentàriament s'han d'establir les condicions bàsiques per a l'exposició i venda al públic de mercaderies pel que fa a les condicions dels locals i l'aprofitament dels seus espais"*.

Respecte aquest segon apartat l'ACCO considera que no existeix cap motiu que justifiqui una limitació a l'exercici de l'activitat comercial respecte com s'han d'exposar i vendre els productes en relació amb les condicions i aprofitament dels espais dels locals (per exemple, la disposició o dimensions de l'aparador exterior de l'establiment). Una limitació d'aquest tipus, d'una banda, incideix directament en l'esfera pròpia de decisió de l'empresari i els seus objectius comercials i, de l'altra, provoca una uniformització artificial del mercat, de manera que es debiliten les condicions de competència en el mateix.

Per tant, l'ACCO recomana **eliminar de l'article 17.2 de l'Avantprojecte, de manera que resti en l'autonomia dels operadors les condicions per a l'exposició i venda al públic de les mercaderies.**

#### ■ **Modalitats d'exercici de l'activitat comercial**

Els articles 18 a 22 regulen modalitats d'exercici de l'activitat comercial, diferents a la desenvolupada en un establiment tradicional.

- L'article 18 fa referència a la venda i prestació de serveis fora de l'establiment, la qual es pot dur a terme de manera individual o col·lectivament agrupada o estructurada.

L'apartat 2n d'aquest article disposa que aquestes activitats estan sotmeses a les condicions que s'estableixin en disposicions que encara no s'han adoptat però que s'han d'adoptar en virtut de la futura transposició a nivell intern d'una Directiva europea<sup>14</sup>. Aquesta previsió és precisament un exemple de la complexitat/manca de claredat de la norma que es preveu adoptar, ja que no se sap ben bé a quina concreta normativa fa referència, però que segons la redacció actual podria conduir a interpretar que mentre no s'adoptin les normes de transposició a què fa referència l'article, no es podria exigir legalment els requisits relatius a les condicions formals, d'informació i desistiment en el supòsit de venda o prestació de serveis fora de l'establiment.

Així mateix, l'apartat 3er del mateix article disposa que *"cada vegada que el titular d'un establiment vulgui dur a terme aquesta activitat, o el promotor, en cas de que projecti dur-la a terme de manera col·lectiva, ha de presentar a l'ajuntament del municipi on es pretengui realitzar, una declaració responsable conforme l'activitat s'adequa a la normativa vigent en*

<sup>14</sup> En concret, la Directiva 2011/83/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors, per la qual es modifiquen la Directiva 93/13/CEE i la Directiva 1999/44/CE, del Parlament Europeu i del Consell i es deroga la Directiva 85/577/CEE del Consell i la Directiva 97/7/CE del Parlament i del Consell.



*matèria de comerç i en matèria de seguretat d'esdeveniments de caràcter públic, sens perjudici d'altres obligacions que s'estableixen des de les normatives sectorials corresponents". Aquesta previsió suposa una càrrega administrativa desproporcionada i, addicionalment, difícilment verificable.*

Si el que es pretén és protegir els drets dels consumidors i usuaris en aquest tipus de venda, objectiu perfectament legítim, existeix una normativa específica que ja ho regula i no resulta necessari imposar càrregues addicionals als operadors.

- L'article 19 regula la venda no sedentària, i en l'apartat 1er estableix que la mateixa només es pot exercir en espais de titularitat pública d'acord amb determinades modalitats: a l'entorn de mercats fixos, en mercats de marxants, en mercats ocasionals, en parades individualitzades i itinerant en vehicles-botiga. En aquest sentit, no es comprèn el motiu pel qual es limita el desenvolupament d'aquesta tipologia de vendes en espais de titularitat pública; si aquest fos el cas, s'estaria prohibint determinades activitats de venda no sedentària en espais privats (per exemple, en indrets que són propietat privada però que presenten unes característiques arquitectòniques o d'entorn favorables per a l'exercici d'activitats comercials). És tracta, a parer de l'ACCO, d'una restricció injustificada al desenvolupament de les activitats comercials.

D'aquest 1er apartat és també destacable la determinació en quines situacions es permet l'anomenada venda itinerant en vehicles-botiga (lletra e). Aquest tipus de venda no sedentària és *"aquella que es du a terme mitjançant vehicles que s'instal·len en un o diversos llocs de la via pública, d'acord amb unes dates del calendari autoritzades prèviament per l'ajuntament corresponent, amb la finalitat de garantir el proveïment de proximitat d'aquells productes amb oferta insuficient al municipi".*

En aquest sentit, al només permetre aquest tipus de venda en els supòsits en què existeixi una oferta insuficient dels productes en un municipi suposa la realització d'una prova econòmica prohibida expressament per la Directiva de Serveis. Cal recordar que aquesta norma prohibeix l'establiment de requisits que impliquin *"la aplicació, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general"*, i en el cas de la venda en vehicles-botiga s'ha de demostrar, per tal d'obtenir la corresponent autorització, l'existència d'una demanda en el mercat dels productes en qüestió que no pugui ser satisfeta per l'oferta existent en un municipi. D'altra banda, aquesta previsió probablement tindria efectes antieconòmics ja que no permetria, a l'operador que ho desitgés, comercialitzar els seus productes mitjançant aquesta modalitat de venda en els supòsits en què l'Administració competent (la local en aquest cas) considerés que l'oferta existent ja cobreix la demanda o que, directament, no hi ha demanda d'un determinat tipus de productes.

D'altra banda, l'article 19.2 vincula l'autorització de les diverses modalitats de venda no sedentària a l'existència d'una ordenança municipal que les reguli, la qual cosa pot comportar que, per inacció de l'administració local o voluntàriament, no es pugui dur a terme una tipologia de venda permesa per la normativa, estatal i autonòmica, amb els conseqüents problemes d'inseguretat

jurídica que comportaria pels operadors. De fet, el propi article 19 (apartat 5è) preveu que reglamentàriament es determinin les condicions mínimes comunes per a la regulació municipal de la venda no sedentària; per tant, caldria valorar la possibilitat de considerar aquest futur reglament com a normativa supletòria aplicable en aquells casos en què un municipi no disposi d'una ordenança pròpia en la matèria. Es tractaria d'una opció més procompetitiva que no pas prohibir directament el desenvolupament d'aquest tipus d'activitat econòmica.

Finalment, destacar que l'apartat 3er de l'article 19 estableix la duració mínima de les autoritzacions per a l'exercici de la venda no sedentària en mercat de marxants en 15 anys i ho justifica "*per a permetre l'amortització de les inversions i una remuneració equitativa dels capitals invertits i prorrogables expressament per a períodes idèntics*".

Respecte aquesta previsió, l'ACCO considera que una vigència mínima de 15 anys és un termini desproporcionat i suposa un tancament del mercat durant un període excessivament llarg de temps. Recordem que la venda en mercat de marxants és aquella que periòdicament es duu a terme de manera agrupada i estructurada en indrets de predeterminats, sota una regulació específica de manera habitual amb una freqüència establerta, mitjançant instal·lacions desmuntables (és a dir, el típic mercat setmanal); en aquests supòsits, les inversions necessàries per a una parada de mercat de marxants, que solen ser clarament inferiors a les de mercats sedentaris, no requereixen un període d'amortització tant llarg. Addicionalment, en la majoria dels casos es tracta d'inversions en béns mobles que són utilitzats, i per tant, amortitzats, en més d'un mercat no sedentari. D'altra banda, la seva mobilitat implica que no es tracti d'un cost enfonsat en el sentit que la sortida d'un mercat no sedentari concret no implica que no es pugui utilitzar posteriorment en un altre mercat no sedentari del mateix o d'un altre municipi.

El tancament de mercat que suposa establir una vigència mínima de les autoritzacions en 15 anys (prorrogables per iguals terminis) provoca automàticament l'aparició del problema de la captura de les rendes regulatòries per part dels operadors incumbents. En altres termes, com les autoritzacions són limitades i essencials per poder accedir al mercat adquireixen valor econòmic en sí mateixes, de manera que els seus titulars poden transmetre-les obtenint ingressos per aquest concepte.

Així mateix, respecte la vigència de les autoritzacions, la Directiva de Serveis (article 11) només permet l'establiment de límits en la vigència de les autoritzacions quan "*a) la autorización se renueva automáticamente o solo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos; b) el número de autorizaciones disponibles sea limitado por una razón imperiosa de interés general, y c) la duración limitada esté justificada por una razón imperiosa de interés general*". Caldrà tenir present, a més, el què disposa l'article 8 de la Llei 17/2009, en el sentit que "*sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos*", cosa que succeeix en aquests cas ja que l'espai públic on desenvolupar l'activitat és limitat. En aquests supòsit, l'atorgament de les autoritzacions s'haurà de fer mitjançant un procediment de selecció entre els possibles candidats, en el qual es garanteixi els principis de publicitat, objectivitat, imparcialitat, transparència i concurrència competitiva, i l'autorització que s'atorgués tindria una durada limitada i proporcionada i no donaria lloc a un procediment de renovació automàtica ni comportaria, un cop

extingida l'autorització, cap tipus de benefici per al prestador que cessés en l'activitat o per a persones especialment vinculades a aquest.

- Finalment, l'article 20, relatiu a la venda de productes i prestació de serveis a distància, és l'únic que fa referència a les noves formes de comerç derivades de l'ús de les TIC i es remet per a la seva regulació a un futur reglament. En aquest sentit, és una mostra de l'obsolescència de la norma, fortament orientada a la regulació del petit comerç tradicional.

De conformitat amb les consideracions anteriors, l'ACCO recomana **modificar els articles 18 i 19 de manera que l'activitat comercial fora d'establiment així com la venda no sedentària es regulin de manera més procompetiva**

### ■ **Activitats promocionals**

En termes generals, el present Avantprojecte estableix una regulació de les activitats promocionals (articles 23 al 30) que imposa serioses limitacions a les mateixes (ja sigui rebaixes, descomptes, ofertes, liquidacions, etc) situació que en termes de política de competència només pot ser qualificada com a greument restrictiva. Aquesta consideració es fonamenta en el fet que aquesta restricció incideix sobre l'element o factor essencial de competència, és a dir, el preu<sup>15</sup>.

Sobre això, l'antiga *Comisión Nacional de Competencia* (en endavant, CNC), actual *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, ha assenyalat que: "(...) una regulación verdaderamente favorecedora de la competencia no debe condicionar la oferta y sí favorecer que los operadores se puedan adaptar a los patrones de comportamiento de la demanda, así como potenciar la productividad y competitividad en esta actividad"<sup>16</sup>.

En efecte, aquesta regulació limitadora de les activitats promocionals suposa: (i) un perjudici per als consumidors, ja que es dificulten, condicionen i, fins i tot, impossibiliten expressament determinat tipus d'actuacions promocionals de les quals es podrien beneficiar, influint així en l'àmbit d'elecció dels consumidors finals<sup>17</sup>. D'altra banda, (ii) implica un perjudici per al mateix comerciant, ja que elimina el factor de diferenciació respecte de la resta d'oferta del mercat.

La decisió sobre les activitats promocionals a desenvolupar (per exemple: en quins períodes, quines durades, quins nivells de descompte, quines ofertes vendre en conjunt, etc.), és una qüestió que ha de romandre estrictament en l'àmbit de l'autonomia dels diferents operadors de mercat. En altres termes, ningú millor que el propi comerciant coneix el seu negoci i, per extensió, com dissenyar una política de descomptes que sigui òptima per al desenvolupament del mateix.

Precisament per això, (iii) aquesta regulació suposa una homogeneïtzació artificial del mercat, que repercuteix negativament sobre la varietat i diversitat de l'oferta comercial

<sup>15</sup> No obstant això també s'observen restriccions en relació amb les característiques dels productes ofertats, com per exemple, en les ofertes conjuntes.

<sup>16</sup> Posició de la CNC en relació amb les mesures de liberalització comercial contingudes en el Títol V del Reial Decret Llei 20/2012, de 14 de juliol, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat.

<sup>17</sup> Aquest tipus de restriccions afecta directament el benestar del consumidor quan li resta possibilitats d'altres períodes de rebaixes, dins dels quals els consumidors també podrien requerir o demandar les rebaixes esmentades. D'altra banda, per exemple, li resta possibilitats d'ofertes conjuntes diferents de les regulades a l'article 30 de l'Avantprojecte, que l'usuari podria adquirir, dins de la seva esfera de llibertat d'elecció. En general, aquest tipus de regulacions afecten la llibertat d'elecció del consumidor, quan el legislador assumeix un rol proteccionista i intenta pressuposar les preferències del consumidor.

existent, és a dir, aquesta regulació suposa una debilitació de les condicions de competència al mercat.

Finalment, (iv) la regulació que conté l'Avantprojecte és completament uniforme i, per tant, no s'adapta a la diversitat existent al mercat. En aquest sentit, és notori que el calendari de rebaixes es troba condicionat per les temporades dels articles de vestir i complements. Tanmateix, aquesta regulació inclou a subsectors molt diversos que tant poden quedar subjectes a calendaris estacionals diferenciats a l'estàndard considerat (per exemple, articles d'esport com la nàutica o l'esquí, material escolar, etc.) com mostrar una activitat completament regular durant l'any (per exemple, mobles, articles per a la llar, etc.).

Fins i tot, en un mateix subsector d'activitat concret, la ubicació de l'establiment comercial en qüestió també pot condicionar el moment més oportú per dur a terme activitats promocionals, per exemple, resulta evident que en un entorn de costa, d'afluència turística a l'estiu, i un entorn d'afluència turística a l'hivern, el moment per realitzar accions comercials pot ser completament diferent.

Aquestes consideracions sobre la regulació limitadora de les activitats promocionals són coincidents amb pronunciaments de l'extint *Tribunal de Defensa de la Competència* (en endavant, TDC) i altres institucions com el Banc d'Espanya, que han criticat amb anterioritat aquest tipus de regulació per limitar injustificadament la capacitat de competir<sup>18</sup>. En efecte, amb aquestes limitacions per als comerciants s'estaria reduint el grau de competència i generant efectes negatius col·laterals sobre la competitivitat de l'economia.

Així, segons l'antiga CNC<sup>19</sup> la regulació dels períodes de rebaixes seria una restricció injustificada sobre el comportament del comerç minorista que actuaria en detriment de la varietat i diversitat d'oferta, i que afavoria a determinats formats comercials o canals de distribució sense que se'n derivés cap tipus d'avantatge per als consumidors.

Finalment, a continuació s'exposen algunes de les previsions que exemplifiquen el que s'acaba d'exposar:

- L'article 24.6 estableix que els articles que hagin estat inclosos en una activitat de venda amb finalitat extintiva (rebaixes), no podran ser inclosos posteriorment en promocions o ofertes, que no es corresponguin amb aquesta finalitat.
- L'article 25, relatiu a la venda en rebaixes, determina, com ja s'ha dit, els períodes estacionals en els quals es poden dur a terme (del 7 de gener al 6 de març, i de l'1 de juliol al 31 d'agost).

---

<sup>18</sup> En concordança amb diversos estudis internacionals (en especial els de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic -OCDE- així com el Fons Monetari Internacional -FMI) que critiquen les limitacions a la llibertat comercial, l'extint TDC va elaborar l'any 2003 l' "*Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial*" on, entre altres coses, criticava les limitacions a les activitats promocionals, com per exemple la regulació dels períodes de rebaixes. En el mateix sentit opina el Banc d'Espanya, amb el seu estudi "*La estructura de la distribución comercial y su efecto sobre los precios en el área del euro i en España*" elaborat per Matea Rosa i Álvarez l'any 2011.

Per la seva banda, l'ACCO també ha posat de manifest els efectes negatius de la regulació períodes de rebaixa al seu Informe "Efectes del caràcter restrictiu de la normativa comercial sobre la competitivitat de l'economia catalana (1997-2012)", de desembre de 2012.

<sup>19</sup> Veure nota al peu núm. 16.

Així mateix, estableix l'Avantprojecte que: i) no es poden destinar a la venda en rebaixes aquells productes que no hagin estat posats en venda a preu ordinari durant, com a mínim, un mes abans de l'inici de les rebaixes, i ii) tampoc no es poden destinar a les rebaixes els productes que hagin estat objecte d'alguna promoció durant el mes anterior a l'inici de les mateixes.

- L'article 26 regula la venda en liquidació i en el seu apartat cinquè prohibeix al venedor tornar a iniciar una activitat comercial sobre productes similars, en el mateix municipi, durant l'any següent a l'acabament de la venda en liquidació.
- L'article 27.5 prohibeix que els "outlets" puguin anunciar la venda en rebaixes. Addicionalment, aquests establiments no poden vendre productes fabricats expressament per ser venuts en "outlets" o botigues d'excedents (art 27.6)
- L'article 28 relatiu a les activitats de promoció amb finalitat incentivadora estableix que els articles que siguin inclosos en una activitat de promoció d'aquest tipus no podran excedir ni més del 30% de les referències totals ofertades, ni el 30% de les referències pertanyents a un mateix subsector comercial de l'establiment. A aquests límits s'ha d'afegir que no es pot destinar més del 30% de la superfície de venda d'un establiment ni més del 30% de la superfície de venda de l'establiment dedicat a un mateix subsector comercial (article 28 apartat 1er i 2on).

També estableix que no es poden realitzar activitats promocionals d'aquells productes que després seran objecte de venda en rebaixes durant el mes anterior a l'inici de les mateixes (article 28.3).

- Finalment, l'article 30 regula les ofertes conjuntes i estableix els casos en els quals els establiments comercials poden realitzar-les. Cal esmentar que les ofertes conjuntes són una pràctica que ha estat analitzada des d'una òptica de defensa de la competència per diverses autoritats i que, en aquest sentit, s'ha considerat que sovint presenta característiques que poden ser qualificades com pro competitives, amb incidència positiva en el benestar del consumidor. De fet, la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en endavant, LDC) considera les ofertes conjuntes només com a pràctiques anticompetitives en determinats supòsits, bàsicament quan es tracta d'operadors en situació de posició de domini que duen a terme aquesta pràctica (*tying* o *bundling*) provocant l'efecte d'exclusió de la resta de competidors i, en darrer extrem, un tancament anticompetitiu del mercat<sup>20</sup>.

En resum, es considera que la regulació referent a les activitats promocionals suposa una restricció en termes de competència que no supera l'anàlisi de necessitat i proporcionalitat inherents a una bona regulació econòmica afavoridora de la competència. Per tant, l'ACCO recomana **modificar de manera integral els articles 23 al 30 de l'Avantprojecte, ambdós inclosos, a fi que es flexibilitzi la regulació de les activitats promocionals**

<sup>20</sup> En aquest sentit vegeu tant la Decisió de la Comissió Europea de 24 de març de 2004 en l'assumpte COMP/C-3/37.792 – *Microsoft* com les Orientacions sobre les prioritats de control de la Comissió Europea en la seva aplicació de l'article 102 TFUE a les conductes de les empreses dominants de caràcter exloent de 3 de desembre de 2008 (DOUE C45 de 24 de febrer de 2009).



## ■ Pràctiques prohibides i lleial competència

D'una banda, els articles 31 a 35 de l'Avantprojecte de Llei regulen determinades pràctiques comercials prohibides. En termes generals, aquests preceptes dificulten injustificadament certes fórmules de desenvolupament de l'activitat comercial que no responen al model de comerç de proximitat tradicional. A judici de l'ACCO, es tracta d'una regulació molt restrictiva que hauria de ser revisada d'acord amb els principis de necessitat i proporcionalitat inherents a una bona regulació econòmica. Tot seguit es recullen alguns exemples d'aquesta regulació:

- L'article 31.2 estableix que les entitats de qualsevol naturalesa jurídica que tinguin per finalitat el subministrament de productes o serveis a col·lectius determinats no poden oferir ni vendre els esmentats productes al públic en general ni a persones distintes dels referits beneficiaris, i exclou d'aquesta prohibició les cooperatives.

Es desconeix el fonament i els objectius que persegueix aquesta limitació de les activitats de venda d'una determinada tipologia de comerç. Cal tenir present que la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall, conté una prohibició similar però que delimita concretament el seu àmbit d'aplicació. Així, l'article 15 d'aquesta Llei, relatiu a les vendes amb preus reduïts per a col·lectius especials estableix que "*els establiments comercials creats per subministrar productes a col·lectius determinats i que rebin per aquesta finalitat qualsevol mena d'ajuda o subvenció, no poden oferir aquests productes al públic general ni a les persones diferents dels beneficiaris esmentats*". Estaríem parlant, per exemple, d'aquells establiments que subministren, a preus reduïts, productes alimentaris i de primera necessitat a persones en situació de precarietat econòmica, prèviament identificades pels serveis socials municipals, i que estan subvencionats per l'Administració per dur a terme aquesta tasca i facilitar uns productes a preus reduïts. A diferència del que preveu l'Avantprojecte analitzat, es tracta d'una prohibició que estaria plenament justificada i que, alhora, no s'aplicaria de manera indiscriminada a totes les entitats que comercialitzen amb col·lectius determinats.

- Així mateix, l'article 32 prohibeix l'activitat comercial i la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial en domicili privat en aquells casos en què el venedor o prestador del servei no s'hagi regularitzat com a establiment.

No s'entén a què fa referència el fet que el domicili privat hagi d'estar "regularitzat com a establiment". Si això volgués dir que hauria d'acomplir els requisits que la normativa exigeix als establiments comercials, la previsió de l'Avantprojecte imposaria unes càrregues addicionals a certs professionals que duen a terme les seves activitats en els seus domicilis i que les tenen perfectament regularitzades, sense que existeixi un cap mena motiu que justifiqui aquesta necessitat. De fet, imposar aquesta mesura dificultaria encara més la realització d'aquestes activitats i afavoriria, precisament, el seu desenvolupament al marge de l'ordenament jurídic (economia submergida).

- L'article 33 estableix tota una sèrie de limitacions per a la vendes de productes i l'ofertament de serveis a domicili. A judici de l'ACCO aquesta regulació resulta excessivament gravosa ja que, per exemple, s'estableix la càrrega als operadors per desenvolupar aquesta activitat d'haver d'acreditar documentalment l'acceptació prèvia de la venda o ofertament de serveis a domicili, quan en la majoria d'ocasions es tracta de productes en què els



contactes s'han efectuat per via telefònica o en reunions, mitjançant el boca-orella (per exemple, comercialització de productes cosmètics a domicili) i que, a més, si s'efectuen en el domicili del comprador impliquen forçosament el seu consentiment.

Així mateix, l'ACCO considera inapropiat que es traslladi la responsabilitat de la realització d'aquest tipus de pràctiques també al personal que treballa per compte de l'operador titular de l'activitat.

- L'article 35 de l'Avantprojecte regula el trencament d'estocs i defineix el que es considerarà trencament d'estocs i l'article 74.14 el tipifica com infracció lleu. En particular, aquest precepte preveu una sèrie de limitacions per dur a terme cert tipus d'activitats promocionals. En aquest sentit, per exemple, prohibeix que la durada de l'oferta dels productes sigui inferior a un dia natural.

Per tant, essent que aquest precepte dificulta injustificadament la realització de determinades accions promocionals per part dels comerciants i d'altra banda, que l'ordenament jurídic ja ofereix mitjans de reacció per a les ofertes que no es compleixin, ja sigui des de la vessant de la regulació de la publicitat (a través de la Llei 34/1988, de 11 de novembre, general de publicitat i de la Llei 3/1991, de 10 de juliol, de competència deslleial) o des de la vessant de la protecció del consumidor i/o usuari (a través de la Llei 22/2010, del 20 de juliol, del codi de consum de Catalunya i del Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general per a la defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries), l'ACCO proposa l'eliminació de l'article 35 de l'Avantprojecte.

D'altra banda, l'Avantprojecte prohibeix la venda a pèrdua (article 36), però alhora exempta d'aquesta prohibició determinats casos (article 37). En aquest sentit, esmentar que la venda a pèrdua es troba regulada a la Llei 3/1991, de 10 de juliol, de competència deslleial (en endavant, LCD), que la qualifica com a deslleial en uns determinats supòsits i la LDC reputa aquesta pràctica com anticompetitiva en certs casos.

Dit això, l'ACCO considera que la venda a pèrdua prohibida per l'Avantprojecte en els seus articles 36 i 37 presenta característiques que poden ser qualificades com a pro competitives i que poden tenir incidència en un augment del benestar del consumidor. Des del punt de vista de la competència, quan la venda a pèrdua no va acompanyada d'alguna de les condicions establertes a la LCD<sup>21</sup> o no es vinculi a un abús de posició de domini, implica un avantatge per al consumidor ja que podrà adquirir els productes en condicions més beneficioses.

Per aquest motiu, es recomana que se suprimeixi aquesta regulació sectorial de la venda a pèrdua, atès que constitueix una restricció a la competència no justificada, de manera que resti com a única normativa aplicable al supòsits de venda a pèrdua la LDC i la LCD.

---

<sup>21</sup> La venda a pèrdua es considera deslleial quan: 1) sigui susceptible d'induir a error als consumidors sobre el nivell de preus d'altres productes o serveis del mateix establiment; 2) tingui per efecte desacreditar la imatge d'un producte o d'un establiment aliens, i 3) quan formi part d'una estratègia encaminada a eliminar un competidor o grup de competidors del mercat.

Ateses les consideracions anteriors, l'ACCO recomana (i) **flexibilitzar la regulació de l'exercici de l'activitat comercial destinada a col·lectius determinats (article 31.2); (ii) relaxar la regulació de l'exercici de l'activitat comercial en domicili privat (articles 32 i 33); (iii) suprimir la prohibició del trencament d'estocs (article 35) i (iv) eliminar la prohibició de la venda a pèrdua (articles 36 i 37).**

### ■ Horaris comercials

La regulació dels horaris comercials que presenta l'Avantprojecte (articles 39 a 42) imposa restriccions a l'exercici de l'activitat comercial. En aquest sentit, l'ACCO es posiciona a favor de la llibertat en matèria d'horaris comercials, en concordança amb l'assenyalat per diversos organismes i autoritats de competència (internacionals i nacionals)<sup>22</sup>.

La regulació dels horaris comercials ha estat criticada amb anterioritat per l'ACCO, ja considera que limita la capacitat dels operadors per competir, dificulta la implantació de nous operadors i reforça el poder de mercat dels ja implantats<sup>23</sup>. Així, de la mateixa manera que s'ha dit en relació a les activitats promocionals, amb aquestes mesures limitadores també es podria estar reduint el grau de competència i, inclús, es podrien estar generant efectes negatius col·laterals sobre la competitivitat de l'economia.

Així mateix, també l'extint TDC es va pronunciar sobre aquest tipus de restriccions en el seu Informe de l'any 2003, anteriorment citat, indicant que *"este Tribunal ha defendido con anterioridad que la libertad de horarios favorecerá los procesos de modernización del sector y el fomento de la inversión y el empleo, y lo que es más importante, incrementará el bienestar del consumidor, por lo que constituye una medida deseable. No obstante, conviene hacer ciertas puntualizaciones sobre los efectos reales de esa medida, ya que es frecuente que los comentarios que sobre la materia se realizan en medios no especializados adolezcan de ciertos errores. En primer lugar, y este aspecto es el más importante, la libertad de horarios aumenta las posibilidades del consumidor por lo que es per se deseable. En segundo lugar, la libertad de horarios introduce una nueva dimensión en el vector de elementos que utilizan las empresas para competir entre ellas; en este sentido, puede hablarse de que dicha libertad incrementa la competencia (con los consiguientes efectos de aceleración de la innovación, acentuación de la tendencia a que el precio a largo plazo converja hacia el menor precio posible, etc.)."*

Més recentment, l'antiga CNC<sup>24</sup> també ha manifestat que *"La liberalización de las horas de apertura puede incrementar la productividad media del capital y en último término incrementar la productividad, reducir los costes unitarios y generar más puestos de trabajo y/o mayores salarios reales (...). En este sentido, la CNC, como es conocido viene considerando conveniente la eliminación total de las restricciones de días y horarios de apertura, estableciendo la libertad de disposición con carácter general, sin discriminaciones entre formatos ni tamaños."* (el subratllat no consta en l'original).

Des del punt de vista de consumidor, la limitació en l'horari d'obertura dels establiments suposa un perjudici per a aquest. Sovint s'argumenta que les hores i dies en què es pot obrir ja permeten als consumidors efectuar les seves compres. Tanmateix, encara que eventualment pugui ser certa aquesta afirmació, aquest supòsit

<sup>22</sup> Tant l'OCDE com l'FMI han criticat les limitacions de la llibertat comercial, en particular les regulacions autonòmiques restrictives de la competència en matèria de comerç i d'horaris comercials. Alguns estudis que podem citar són: FMI (2004): *Spain: 2003 Article IV Consultation*, Country Report n.º 04/89, març 2004; OCDE (2005): *Economic Surveys 2005: Spain*; i, OCDE (2007a): *Economic Surveys 2007: Spain*.

Així mateix, es pot recordar l'informe limitació als horaris comercials, tenim l'Informe abans citat del TDC sobre les Condicions de Competència al sector de la Distribució Comercial on, entre altres coses, recomanava la llibertat d'horaris comercials.

<sup>23</sup> Estudi de l'ACCO Efectes del caràcter restrictiu de la normativa comercial sobre la competitivitat de l'economia catalana (1997-2012) de desembre de 2012.

<sup>24</sup> Veure nota al peu núm. 16.

no desvirtua el fet que el benestar dels consumidors augmentaria si poguessin adquirir els productes sense limitacions horàries, en tant que aquest fet expandeix el seu àmbit d'elecció.

En aquesta línia, destaca la tendència creixent dels consumidors a materialitzar la seva compra de forma immediata, preferència, que es veu necessàriament limitada amb la regulació horària actualment vigent. Prova de l'existència de demanda de productes fora de l'horari general establert és l'existència de demanda respecte de botigues de conveniència o altres establiments que tenen horaris més extensos. De fet, la pròpia Memòria d'Avaluació d'Impacte de les mesures proposades en l'Avantprojecte estableix en un 30% aquells tipus d'establiments que no es troben subjectes al règim general dels horaris comercials.

Segurament vinculada a la circumstància anterior, no es pot desatendre el canvi d'hàbits dels consumidors consistent en l'ús cada vegada més generalitzat d'Internet i el creixement del comerç electrònic en les diferents fases del procés de compra<sup>25</sup>.

Des del punt de vista del comerciant, aquesta regulació li suposa un perjudici, ja que s'elimina el factor de diferenciació respecte de la resta d'oferta del mercat. Això és, la llibertat de decisió sobre l'horari d'obertura es concep com una eina per part dels comerciants per dirigir-se en millors condicions a la demanda que persegueixen satisfer i, alhora, per competir i diferenciar-se de la resta de l'oferta del mercat.

Tal com s'ha esmentat respecte de les activitats promocionals, la decisió sobre els horaris comercials hauria de romandre en l'àmbit de l'autonomia dels diferents operadors de mercat. Ningú millor que el propi comerciant no coneix el seu negoci i per extensió, quina és la política d'obertura òptima per al desenvolupament del mateix<sup>26</sup>.

D'altra banda, quant a la competència que suposa el comerç electrònic, resulta evident que aquesta política limitadora dels horaris i calendaris d'obertura dificulten la capacitat de competir del comerç tradicional amb el comerç electrònic (disponible 24 hores al dia els 365 dies de l'any)<sup>27</sup>.

Sovint s'affirma que hi ha compradors que primer acudeixen als establiments físics, ja que en els mateixos es poden aproximar millor als béns que els interessin, per a posteriorment adquirir-los a través d'Internet, si bé fa falta també tenir en compte que molts dels consumidors que acudeixen a una botiga física acaben realitzant la transacció econòmica en aquell establiment.

En qualsevol cas, els comerços tradicionals gaudeixen encara de certs avantatges competitiu, com poden ser (i) el coneixement previ del producte i/o (ii) la seva proximitat física amb el potencial comprador. Tanmateix, si l'actuació de l'administració

<sup>25</sup> El volum de negoci del comerç electrònic ha experimentat un creixement important i ininterromput. En concret, a Espanya el primer trimestre de 2007 se situava en 781 milions d'euros i el primer trimestre de 2013 va assolir la xifra de 2.822 milions d'euros <sup>3</sup> [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e995b42a-bd79-4dc2-a7ea-b0e068033da9&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=e995b42a-bd79-4dc2-a7ea-b0e068033da9&groupId=10138)

<sup>26</sup> En paraules de la *Autoridad Vasca de la Competencia*, "los horarios comerciales constituyen un elemento adicional de la oferta del comerciante, conformada no solo por el producto ofrecido sino también por el dónde y el cuándo lo pone a disposición del mercado. Este último elemento permite a cada comerciante diferenciarse de sus competidores y llegar a nuevas tipologías de consumidores". (Veure: *Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia referente al Anteproyecto de la Ley de Cuarta Modificación de la Ley de la Actividad Comercial*, del 17 de juny de 2014.

<sup>27</sup> És clar que pot coincidir que un establiment físic disposi d'una pàgina web i que per tant les vendes a través d'Internet reforcin la possibilitat de mantenir l'establiment físic, però aquesta coincidència no té per què produir-se.

persisteix a limitar els horaris d'obertura aquest avantatge competitiu es podria veure reduït i, en conseqüència, es podria fer més difícil competir amb l'oferta *on-line*<sup>28</sup>.

Sobre aquest punt, l'ACCO<sup>29</sup> considera important tenir en compte que una regulació més laxa no genera que els establiments comercials obrin per més temps, sinó que permet una major flexibilitat i diferenciació per als establiments comercials per decidir cada un d'ells l'horari que més li convé, la qual cosa generaria al mercat horaris més flexibles i més variats, en benefici del consumidor final.

Per acabar, s'exposen algunes de les previsions de l'Avantprojecte de Llei relatives als horaris comercials més criticables des d'una òptica de competència:

- L'article 39 regula l'horari general, que serà entre les 7 h i les 22 h, podent obrir com a màxim 12 h diàries i 72 h setmanals. Només els diumenges i dies festius autoritzats és possible l'obertura dels establiments comercials.

Així mateix, s'especifica que els dies 24 i 31 de desembre obligatòriament s'ha d'avançar el tancament a les 20 h, i que han de romandre sempre tancats (per tant, no es podrien autoritzar com dies festius en els quals l'obertura és permesa), els dies 1 i 6 de gener, diumenge i dilluns de Pasqua, 1 de maig, 24 de juny, 11 de setembre i els dies 25 i 26 de desembre. També el dia 23 de juny en cas que concordi amb un diumenge.

- L'article 40 estableix les exclusions a l'horari general i es destaca pel seu caràcter discriminatori, en la mesura que les mateixes no es puguin aplicar a aquells establiments comercials que, malgrat complir les condicions relatives a superfície de venda i oferta comercial pertanyin a grups empresarials, tal com preveu l'apartat 1r, lletres i), j) i l).

També resulta particular l'obertura durant diumenges per als establiments dedicats en venda de productes pirotècnics, però limitada només al mes de juny.

- Així mateix, l'article 41, relatiu a la determinació dels municipis turístics, els quals tenen un règim de llibertat horària, n'estableix molts i variats condicionants, així com un procediment administratiu complex, que poden constituir una font de discrecionalitat administrativa i dificultar, sense cap justificació raonable, la consecució d'aquesta categoria.

Ens resum, es considera que la regulació referent als horaris comercials suposa una restricció en termes de competència que no supera l'anàlisi de necessitat i proporcionalitat inherents a una bona regulació econòmica afavoridora de la competència. Per tant, l'ACCO recomana **modificar de manera integral els articles 39 a 41 de l'Avantprojecte, ambdós inclosos, a fi que es flexibilitzi la regulació dels horaris comercials.**

<sup>28</sup> En l'estudi de 2012 abans citat (nota al peu núm. 23), l'ACCO va considerar que era necessari dotar de major flexibilitat el comerç "físic", tant pel que fa l'accés (establiment) com l'exercici de l'activitat, de manera que pugui competir en igualtat de condicions amb el món del comerç virtual.

<sup>29</sup> En la mateixa línia que l'assenyalat per Matea i Álvarez en l'estudi realitzat pel Banc d'Espanya *La estructura de la distribució comercial y su efecto sobre los precios en el área del euro y España*, Butlletí Econòmic, desembre del 2011.

## ■ Règim sancionador

Quant al règim d'infraccions, sancions, inspecció i procediment sancionador previstes en l'Avantprojecte de llei formular les següents consideracions:

- Tipificació de les infraccions. Esmentar que l'Avantprojecte estableix una regulació extensíssima de supòsits que no facilita gaire la comprensió per part dels operadors econòmics. En termes d'una bona regulació, l'ACCO suggereix un esforç addicional de simplificació.

Més enllà d'aquesta consideració general, cal eliminar la tipificació de qualsevol infracció que ho sigui per raó de les característiques del seu titular i que no tingui a veure amb l'objecte de la mateixa. Un exemple d'aquesta casuística la constitueix l'article 76.4 estableix que són infraccions molt greus *“quan en el cas d'infraccions en matèria d'horaris comercials previstes en l'article 74.15 l'empresa infractora, dins de l'àrea d'influència de l'establiment en qüestió supera la quota del 20% en un sector determinat d'activitat”*.

- Sancions. Els articles 77.b), 80 i 85 de l'Avantprojecte contempnen la possibilitat d'imposar sancions que impliquin el tancament temporal o definitiu de l'establiment. Aquesta possible sanció es podria imposar en cas d'infraccions molt greus *“en les que hi concorrin circumstàncies agreujants molt significatives”*. A judici de l'ACCO aquesta menció resulta excessivament indeterminada tot i que, amb independència de la seva formulació, s'hauria d'eliminar la possibilitat d'imposar sancions que impliquin el tancament temporal o definitiu dels establiments.
- Prescripció. El règim de prescripció de les infraccions es configura excessivament llarg, en particular, el de les infraccions molt greus, que prescriuen als 5 anys, les greus als 2 anys i les lleus, que ho faran als 18 mesos. Atesos els supòsits de fet que poden donar lloc a infraccions molt greus i lleus seria recomanable escurçar el règim de prescripció d'aquestes infraccions, per exemple, a 3 anys i 6 mesos respectivament.

En aquest sentit, potser també podria resultar apropiat contemplar l'establiment dels mateixos períodes de prescripció de les infraccions i de les sancions.

- Mesures provisionals inaudita parte. L'Avantprojecte contempla en el seu article 73 la possibilitat de adoptar mesures provisionals sense audiència prèvia a les parts en els casos d'urgència. A judici de l'ACCO, no sembla que cap de les infraccions recollides justifiquin una mesura d'aquesta naturalesa.
- Destí de l'import de les sancions. La disposició addicional cinquena de l'Avantprojecte estableix que l'import de les sancions econòmiques obtingut per infraccions previstes en ell es destini al finançament de programes de foment i promoció de l'activitat comercial i del departament competent en matèria de comerç. A judici de l'ACCO, caldria una justificació addicional sobre el motiu d'interès públic pel qual es justifica que l'import de les sancions pugui tenir les destinacions esmentades.

Ateses les consideracions anteriors, l'ACCO recomana **la revisió dels articles 56 a 85, ambdós inclosos, de l'Avantprojecte a fi de flexibilitzar el règim sancionador.**

## 5. CONCLUSIONS

**Primera.** L'Avantprojecte conté una regulació de l'exercici de l'activitat comercial a Catalunya altament restrictiva en termes de competència i no dóna resposta satisfactòria a les urgents necessitats de flexibilització del règim al qual es troba sotmesa l'activitat comercial.

**Segona.** L'Avantprojecte no respecta els principis d'una bona regulació econòmica afavoridora de la competència, ja que presenta problemes de: (i) complexitat i d'intervencionisme excessiu en aspectes que han de romandre en l'autonomia dels operadors; (ii) dificultat de verificació del seu compliment; (iii) concepció poc actualitzada de l'activitat comercial; (iv) manca d'atenció a les pressions competitives que el comerç electrònic exerceix sobre el comerç de caire tradicional; (v) discriminació entre operadors per raó de la seva pertinença o no a grups empresarials; (vi) creació de noves càrregues administratives; (vii) remissions excessives i injustificades al desenvolupament reglamentari i, finalment (viii) contingut innecessari.

Aquestes categories de problemes es poden trobar en aspectes concrets de l'Avantprojecte de llei, com ara les previsions relatives als serveis assimilats a l'activitat comercial; la creació d'un nou cens d'empreses; l'establiment d'un fons de sortida per incentivar el relleu en l'activitat comercial; l'establiment de requisits d'homologació, formació professional i experiència prèvia; la regulació de l'exercici de determinades modalitats de venda (venda fora de l'establiment, venda no sedentària, venda en el domicili privat de l'operador o del consumidor, etc), o la mateixa regulació de la inspecció i procediment sancionador en el desenvolupament de l'activitat comercial.

**Tercera.** L'Avantprojecte de llei estableix una regulació de les activitats promocionals greument restrictiva en termes de política de competència. Aquesta regulació suposa (i) un perjudici per als consumidors ja que es dificulten, condicionen i, fins i tot, s'impossibiliten expressament actuacions promocionals de les quals aquests se'n podrien beneficiar, (ii) un perjudici per als mateixos comerciants, doncs s'elimina aquest factor de diferenciació respecte de la resta d'oferta del mercat, (iii) una homogeneïtzació artificial del mercat, que repercuteix negativament sobre les condicions de competència en el mateix.

**Quarta.** Similars valoracions es poden efectuar respecte el règim dels horaris comercials contingut a l'Avantprojecte, el qual imposa serioses restriccions a l'exercici de l'activitat comercial. En aquest sentit, l'ACCO es posiciona a favor de la llibertat en matèria d'horaris comercials, ja que la limitació horària suposa tant un perjudici per al consumidor, en tant que el seu benestar augmentaria si poguessin adquirir els productes sense limitacions horàries, com per al comerciant, que no es pot adaptar a les necessitats canviants dels consumidors ni competir amb determinada tipologia de comerç (*on line* bàsicament).

**Cinquena.** Respecte la prohibició de la venda a pèrdua, l'ACCO considera la regulació que conté l'Avantprojecte presenta característiques pro competitives. Quan la venda a pèrdua no va acompanyada d'alguna de les condicions establertes a la normativa de competència deslleial o no es vincula a un abús de posició de domini, implica un avantatge per al consumidor, ja que pot adquirir els productes en condicions més beneficioses. Atès que aquesta regulació sectorial de la venda a pèrdua és una restricció a la competència no justificada cal eliminar-la i deixar els supòsits de venda a pèrdua únicament sotmesos a les previsions de LDC i la LCD.



**Sisena.** En conseqüència, l'ACCO recomana:

- Definir legalment els serveis assimilats a l'activitat de comerç i establir-ne el règim menys restrictiu possible d'acord amb les prescripcions de la Directiva de Serveis.
- Modificar els articles 7 i 8 de l'Avantprojecte en el sentit d'establir el principi de llibertat d'accés i exercici en l'activitat comercial.
- Suprimir els articles 9 i 10 de l'Avantprojecte, de manera que s'elimini els cens d'empreses dedicades a l'activitat comercial i a la prestació de serveis assimilats a l'activitat comercial.
- Suprimir, de l'article 11 de l'Avantprojecte, el Fons de sortida per incentivar el relleu en l'activitat comercial.
- Suprimir l'article 12.2 de l'Avantprojecte de manera que no sigui possible establir requisits d'homologació, qualificació tècnica o experiència per a l'exercici de l'activitat comercial.
- Suprimir l'article 17.2 de l'Avantprojecte a fi que resti en l'àmbit d'autonomia dels operadors les condicions per a l'exposició i venda al públic de les mercaderies.
- Modificar els articles 18 i 19 de l'Avantprojecte de manera que l'activitat comercial fora de l'establiment, així com la venda no sedentària, es regulin de forma més pro competitiva.
- Modificar integralment els articles 23 a 30, ambdós inclosos, de l'Avantprojecte a fi que es flexibilitzi la regulació de les activitats promocionals.
- Modificar els articles 31.2, 32 i 33 de l'Avantprojecte a fi de flexibilitzar la regulació de l'exercici de l'activitat comercial destinada a col·lectius determinats i la regulació de l'activitat comercial en domicili privat.
- Suprimir els articles 35, 36 i 37 de l'Avantprojecte de manera que s'elimini la prohibició del trencament d'estocs i de la venda a pèrdua.
- Modificar integralment els articles 39 a 41, ambdós inclosos, de l'Avantprojecte i es flexibilitzi la regulació dels horaris comercials.
- Revisar els articles 56 a 85, ambdós inclosos, de l'Avantprojecte, a fi de flexibilitzar el règim sancionador.

Barcelona, 10 de març de 2015.