

## IV

*(Información)*

## INFORMACIÓN PROCEDENTE DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

## COMISIÓN EUROPEA

## COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

**Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal****(Texto pertinente a efectos del EEE)**

(2011/C 11/01)

## ÍNDICE

1.	Introducción .....	4
1.1.	Objeto y ámbito de aplicación .....	4
1.2.	Principios fundamentales de la evaluación a tenor del artículo 101 .....	7
1.2.1.	Artículo 101, apartado 1 .....	8
1.2.2.	Artículo 101, apartado 3 .....	11
1.3.	Estructura de las presentes Directrices .....	12
2.	Principios generales de la evaluación del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia .....	13
2.1.	Definición y alcance .....	13
2.2.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	15
2.2.1.	Principales problemas de competencia .....	15
2.2.2.	Restricción de la competencia por el objeto .....	16
2.2.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	16
2.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	21
2.3.1.	Mejoras de la eficiencia .....	21
2.3.2.	Carácter indispensable .....	22
2.3.3.	Beneficio para los consumidores .....	22
2.3.4.	No eliminación de la competencia .....	23
2.4.	Ejemplos 1 .....	23
3.	Acuerdos de investigación y desarrollo .....	26
3.1.	Definición .....	26
3.2.	Mercados de referencia .....	26

3.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	28
3.3.1.	Principales problemas de competencia .....	28
3.3.2.	Restricciones de la competencia por su objeto .....	29
3.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	29
3.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	31
3.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	31
3.4.2.	Carácter indispensable .....	31
3.4.3.	Beneficio para los consumidores .....	31
3.4.4.	No eliminación de la competencia .....	31
3.4.5.	Momento de la evaluación .....	31
3.5.	Ejemplos .....	32
4.	Acuerdos de producción .....	35
4.1.	Definición y alcance .....	35
4.2.	Mercados de referencia .....	36
4.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	36
4.3.1.	Principales problemas de competencia .....	36
4.3.2.	Restricciones de la competencia por su objeto .....	36
4.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	37
4.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	39
4.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	39
4.4.2.	Carácter indispensable .....	40
4.4.3.	Beneficio para los consumidores .....	40
4.4.4.	No eliminación de la competencia .....	40
4.5.	Ejemplos .....	40
5.	Acuerdos de compra .....	44
5.1.	Definición .....	44
5.2.	Mercados de referencia .....	44
5.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	45
5.3.1.	Principales problemas de competencia .....	45
5.3.2.	Restricciones de la competencia por su objeto .....	45
5.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	45
5.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	46
5.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	46
5.4.2.	Carácter indispensable .....	47
5.4.3.	Beneficio para los consumidores .....	47
5.4.4.	No eliminación de la competencia .....	47
5.5.	Ejemplos .....	47
6.	Acuerdos de comercialización .....	49
6.1.	Definición .....	49
6.2.	Mercados de referencia .....	49

6.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	50
6.3.1. Principales problemas de competencia .....	50
6.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto .....	50
6.3.3. Efectos restrictivos de la competencia .....	50
6.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	52
6.4.1. Mejoras de eficiencia .....	52
6.4.2. Carácter indispensable .....	52
6.4.3. Beneficio para los consumidores .....	52
6.4.4. No eliminación de la competencia .....	52
6.5. Ejemplos .....	52
7. Acuerdos de estandarización .....	55
7.1. Definición .....	55
7.2. Mercados de referencia .....	56
7.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	56
7.3.1. Principales problemas de competencia .....	56
7.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto .....	58
7.3.3. Efectos restrictivos de la competencia .....	59
7.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	64
7.4.1. Mejoras de eficiencia .....	64
7.4.2. Carácter indispensable .....	65
7.4.3. Beneficio para los consumidores .....	66
7.4.4. No eliminación de la competencia .....	66
7.5. Ejemplos .....	66

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Objeto y ámbito de aplicación

1. Las presentes Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación de conformidad con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (\*) (denominado en lo sucesivo el «artículo 101») de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (denominados en lo sucesivo colectivamente «los acuerdos») relativos a la cooperación horizontal. Una cooperación tiene «naturaleza horizontal» cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales. Además, las presentes Directrices también abarcan los acuerdos de cooperación horizontal entre no competidores, por ejemplo, entre dos empresas activas en los mismos mercados de productos pero en mercados geográficos diferentes sin ser competidores potenciales.
2. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación.
3. Por otra parte, los acuerdos de cooperación horizontal pueden plantear problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos.
4. Aun admitiendo las ventajas económicas que pueden resultar de los acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión debe sin embargo velar por mantener una competencia efectiva. El artículo 101 establece el marco jurídico para una evaluación equilibrada que tenga en cuenta tanto los efectos restrictivos de la competencia como los beneficios para la misma.
5. El objeto de las presentes Directrices es ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales; abarcan los acuerdos de investigación y desarrollo, los acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, los acuerdos de estandarización, incluidos los contratos estándar, y el intercambio de información. Este marco se basa fundamentalmente en criterios jurídicos y económicos que ayudan a analizar los acuerdos de cooperación horizontal y su contexto. Ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación puede producir en los mercados y, por consiguiente, para su evaluación a la luz del artículo 101.
6. Las presentes Directrices se aplican a los tipos más habituales de acuerdos de cooperación horizontal con independencia del nivel de integración que impliquen, con excepción de las operaciones que constituyan una concentración a tenor del artículo 3 del Reglamento(CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas <sup>(1)</sup> («el Reglamento de concentraciones»), como sería el caso, por ejemplo, de las empresas en participación duraderas con todas las funciones de una entidad económica autónoma («empresas en participación con plenas funciones») <sup>(2)</sup>.

(\*) A partir del 1 de diciembre de 2009, el artículo 81 del Tratado CE se sustituye por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). Ambos artículos son, en sustancia, idénticos. A efectos de las presentes Directrices, las referencias al artículo 101 del Tratado se entenderán hechas, cuando proceda, al artículo 81 del Tratado CE. El TFEU también introduce determinados cambios en la terminología, como la sustitución de «Comunidad» por «Unión» y «mercado común» por «mercado interior». En las presentes Directrices se utilizará la terminología del TFEU.

<sup>(1)</sup> DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

<sup>(2)</sup> Véase el artículo 3, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. No obstante, al evaluar si existe una empresa en participación con plenas funciones, la Comisión examina si la empresa en participación es autónoma desde el punto de vista operativo. Esto no significa que tenga autonomía con relación a sus empresas matrices por lo que respecta a la adopción de sus decisiones estratégicas (véase la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales al amparo del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 95 de 16.4.2008, p. 1, puntos 91 a 109 (la «Comunicación consolidada de la Comisión»). Por otra parte, también cabe recordar que si la creación de una empresa en participación a tenor del artículo 3 del Reglamento de concentraciones tiene por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará con arreglo al artículo 101 del TFUE (véase artículo 2, apartado 4 del Reglamento de concentraciones).

7. Dada la enorme diversidad de los tipos de cooperación horizontal y de sus combinaciones, así como de las condiciones de mercado imperantes, es difícil formular respuestas concretas a cada situación posible. No obstante, las presentes Directrices ayudarán a las empresas a evaluar la compatibilidad de todo acuerdo de cooperación con el artículo 101. Estos criterios, sin embargo, no constituyen una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente. Cada caso debe evaluarse en función de sus propios hechos que pueden requerir una aplicación flexible de estas Directrices.
8. Los criterios expuestos en las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación que abarcan tanto los bienes como los servicios (denominados en lo sucesivo colectivamente «productos»). Las presentes Directrices constituyen un complemento del Reglamento (EU) n° [...] de [...] de la Comisión sobre la aplicación del artículo 101, apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo («Reglamento de exención de los acuerdos de I+D») <sup>(1)</sup> y del Reglamento (CE) n° [...] de [...] de la Comisión relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L [...] («Reglamento de exención de los acuerdos de especialización») <sup>(2)</sup>.
9. Si bien estas Directrices contienen ciertas referencias a los carteles, no pretenden ofrecer orientación alguna en cuanto a lo que constituye o no un cartel según lo definido por la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
10. A efectos de las presentes Directrices, se entiende por «competidores» tanto los competidores reales como los potenciales. Se considera que dos empresas son competidoras reales si operan en el mismo mercado de referencia. Se considera que una empresa es competidora potencial de otra si, de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa realice en un corto periodo de tiempo <sup>(3)</sup> las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa. Esta evaluación se debe basar en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado (véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia («Comunicación sobre la definición de mercado») <sup>(4)</sup>).
11. Las presentes Directrices consideran que las compañías que formen parte de una misma «empresa» a tenor del artículo 101, apartado 1, no son competidoras a efectos de las presentes directrices. El artículo 101 solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa <sup>(5)</sup>. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir, las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia.
12. Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir los acuerdos verticales, se rigen en principio por el Reglamento (UE) n 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas («el Reglamento de restricción de categorías de acuerdos verticales y prácticas

<sup>(1)</sup> DO L [...] de [...], p. [...].

<sup>(2)</sup> DO L [...] de [...], p. [...].

<sup>(3)</sup> Lo que constituye un «corto periodo de tiempo» depende de las circunstancias de hecho del asunto, de su contexto jurídico y económico y, en especial, de si la empresa en cuestión es o no parte del acuerdo. En el primer caso, es decir, cuando se analice si una parte de un acuerdo debe ser considerada un competidor potencial de la otra parte, la Comisión considerará por lo general un «corto periodo de tiempo» un periodo más largo que en el segundo caso, es decir, cuando se analice la capacidad de un tercero para ejercer una presión competitiva sobre las partes de un acuerdo. Para considerar que un tercero es un competidor potencial, la entrada en el mercado debería realizarse con suficiente rapidez de tal modo que la amenaza de la entrada potencial ejerza una presión sobre el comportamiento de las partes y de otros participantes en el mercado. Por estas razones, tanto el Reglamento de exención de los acuerdos de I+D como el de los acuerdos de especialización, consideran que un periodo de no más de tres años es un «corto periodo de tiempo».

<sup>(4)</sup> DO C 372 de 9.12.1997, p. 5, punto 24; véase también el XIII Informe de la Comisión sobre la política de competencia, punto 55, y la Decisión de la Comisión en el asunto IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin*, DO L 209 de 8.8.1990, p. 15.

<sup>(5)</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-73/95, *Viho*, Rec. 1996, p. I-5457, considerando 51. El ejercicio de influencia decisiva por la empresa matriz sobre la conducta de una filial puede presuponerse en caso de filiales al 100 %; véase, por ejemplo, el asunto 107/82, *AEG*, Rec. 1983, p. 3151, considerando 50; el asunto C-286/98 P, *Stora*, Rec. 2000, p. I-9925, considerando 29; o el asunto C-97/08 P, *Akzo*, Rec. 2009, p. I-8237, considerandos 60 y ss.

concertadas»<sup>(1)</sup> y por las Directrices sobre restricciones verticales<sup>(2)</sup>. No obstante, puesto que los acuerdos verticales, por ejemplo, los de distribución, son concluidos entre competidores, los efectos del acuerdo sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales. Por lo tanto, los acuerdos verticales entre competidores se incluyen en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices<sup>(3)</sup>. Cuando también sea necesario evaluar tales acuerdos conforme al Reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales y a las Directrices sobre restricciones verticales, se indicará específicamente en el capítulo pertinente de las presentes Directrices. Si no existe tal indicación, solo se aplicarán las presentes Directrices a los acuerdos verticales entre competidores.

13. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden combinar diferentes etapas de la cooperación, por ejemplo la investigación y desarrollo (I+D) y la producción y/o comercialización de sus resultados. Por lo general tales acuerdos también están cubiertos por estas Directrices. Al utilizar las presentes Directrices para analizar esta cooperación integrada, todos los capítulos correspondientes a las distintas partes de la cooperación serán, por lo general, pertinentes. Sin embargo, cuando los capítulos pertinentes de estas Directrices contengan mensajes graduados, relativos, por ejemplo, a las salvaguardias regulatorias, o a si una determinada conducta se considerará una restricción de la competencia por su objeto o por su efecto, lo establecido en el capítulo correspondiente a la parte de una cooperación integrada que pueda considerarse su «centro de gravedad» regirá para toda la cooperación<sup>(4)</sup>.
14. Hay dos factores especialmente pertinentes de cara a determinar el centro de gravedad de una cooperación integrada: en primer lugar, el punto de partida de la cooperación y, en segundo lugar, el grado de integración de las distintas funciones que se combinan. Por ejemplo, el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que abarque tanto la I+D conjunta como la producción conjunta de los resultados será por lo general la I+D conjunta, ya que solo habrá producción conjunta si la I+D conjunta tiene éxito. Esto implica que los resultados de la I+D conjunta son decisivos para la posterior producción conjunta. La evaluación del centro de gravedad cambiará si las partes se hubieran dedicado a la producción conjunta en cualquier caso, es decir, con independencia de la I+D conjunta, o si el acuerdo prevé una integración total en el área de la producción y una integración solo parcial de algunas actividades de I+D. En este caso, el centro de gravedad será la producción conjunta.
15. El artículo 101 solo se aplica a los acuerdos de cooperación horizontal que puedan afectar al comercio entre Estados miembros. Por lo tanto, los principios relativos a la aplicabilidad del artículo 101 establecidos en las presentes Directrices se basan en la presunción de que un acuerdo de cooperación horizontal puede afectar al comercio entre los Estados miembros de forma apreciable.
16. La evaluación con arreglo al artículo 101 tal como se describe en las presentes Directrices no será óbice para la posible aplicación paralela del artículo 102 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal<sup>(5)</sup>.
17. Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la interpretación que el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puedan dar a la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal.

<sup>(1)</sup> DO L 102 de 23.4.2010, p. 1.

<sup>(2)</sup> DO C 130 de 19.5.2010, p. 1.

<sup>(3)</sup> Esto no se aplica cuando los competidores concluyan un acuerdo vertical no recíproco y: i) el proveedor sea un fabricante y distribuidor de bienes, mientras que el comprador es un distribuidor y no una empresa competidora en la fabricación, o ii) el proveedor sea un prestador de servicios en varios niveles comerciales, mientras que el comprador suministra sus bienes o servicios al nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales. Este tipo de acuerdos se evalúa exclusivamente con arreglo al Reglamento de exención por categorías y a las Directrices sobre restricciones verticales (véase el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales).

<sup>(4)</sup> Cabe destacar que esta prueba solo se aplica a la relación de los distintos capítulos de las presentes Directrices y no a la relación entre los distintos Reglamentos de exención por categorías. El alcance de un reglamento de exención por categorías se determina en sus propias disposiciones.

<sup>(5)</sup> Véase el asunto T-51/89, *Tetra Pak I*, Rec. 1990, p. II-309, considerandos 25 y ss., y las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO C 45 de 24.2.2009, p. 7 («Orientaciones sobre el artículo 102»).

18. Las presentes Directrices sustituyen a las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal<sup>(1)</sup> y no se aplicarán cuando rijan normas sectoriales específicas como puede ser el caso de ciertos acuerdos relativos a la agricultura<sup>(2)</sup>, el transporte<sup>(3)</sup> o los seguros<sup>(4)</sup>. La Comisión continuará controlando el funcionamiento de los Reglamentos de exención por categorías sobre acuerdos de I+D y de especialización así como las presentes Directrices, basándose en información del mercado facilitada por los interesados y por las autoridades nacionales de competencia, y podrá revisarlas en función de la evolución de los acontecimientos y de las perspectivas.
19. Las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del artículo 83, apartado 3 del Tratado<sup>(5)</sup> («las Directrices Generales») contienen orientaciones generales para la interpretación del artículo 101. Por lo tanto, las presentes Directrices deben entenderse en conjunción con las Directrices Generales.

## 1.2. Principios fundamentales de la evaluación a tenor del artículo 101

20. La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales<sup>(6)</sup> restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia<sup>(7)</sup>. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3<sup>(8)</sup>. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho.
21. El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares.
22. En ciertos casos, las autoridades públicas incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación. No obstante, las

(1) DO C 3 de 6.1.2001, p. 2. Las presentes Directrices no contienen un capítulo separado referente a los acuerdos sobre medio ambiente como ocurría en las Directrices Horizontales de 2001. La determinación de los estándares, que era el objeto principal del antiguo capítulo relativo a los acuerdos sobre medio ambiente, se contempla con mayor propiedad en el capítulo de las presentes Directrices referente a la estandarización. Por lo general, en función de los problemas de competencia que planteen los acuerdos sobre medio ambiente, se deberán evaluar con arreglo al capítulo pertinente de las presentes Directrices, a saber, el relativo a los acuerdos de I+D, de producción, de comercialización o de estandarización.

(2) Reglamento (CE) n° 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006 sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, DO L 214 de 4.8.2006, p. 7.

(3) Reglamento (CE) n° 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009 por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, DO L 61 de 5.3.2009, p. 1; Reglamento (CE) n° 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009 sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios), DO L 79 de 25.3.2009, p. 1; Reglamento (CE) n° 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 100 de 20.4.2000, p. 24; Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo, DO C 245 de 26.9.2008, p. 2.

(4) Reglamento (UE) n° 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, DO L 83 de 31.3.2010, p. 1.

(5) DO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

(6) El artículo 101, apartado 1, prohíbe tanto los efectos contrarios a la competencia reales como los potenciales; véase, por ejemplo, el asunto C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, p. I-3111, considerando 77, y el asunto C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rec. 2006, p. I-11125, considerando 50.

(7) Véanse los asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*, Rec. 2009, p. I-9291, considerando 95.

(8) Véase el asunto T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Rec. 2003, p. II-4653, considerando 107; asunto T-112/99, *Métropole télévision (M6) y otros*, Rec. 2001, p. II-2459, considerando 74; asunto T-328/03, O2, Rec. 2006, p. II-1231, considerandos 69 y ss., en los que el Tribunal de Primera Instancia (denominado en la actualidad el Tribunal General) sostuvo que la ponderación de los aspectos de una restricción que sean favorables o contrarios a la competencia solo puede realizarse en el marco preciso del artículo 101, apartado 3.

empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva<sup>(1)</sup>. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101<sup>(2)</sup>. Únicamente deja de aplicarse el artículo 101 cuando la legislación nacional requiere conducta anticompetitiva de las empresas o si con posterioridad establece un marco legal que excluye toda conducta competitiva de las empresas<sup>(3)</sup>. En tal situación, la restricción de la competencia no es atribuible, como requiere tácitamente el artículo 101, a la conducta autónoma de las empresas y éstas están amparadas frente a las consecuencias de una infracción de dicho artículo o si las autoridades públicas ejercen una presión irresistible sobre ellas para que lo hagan<sup>(4)</sup>. Cada asunto debe evaluarse en su contexto fáctico según los principios generales establecidos en las presentes Directivas.

#### 1.2.1 Artículo 101, apartado 1

23. El artículo 101, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1<sup>(5)</sup>.

##### i) Restricciones de la competencia por el objeto

24. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1<sup>(6)</sup>. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado<sup>(7)</sup>.

25. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis<sup>(8)</sup>. Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto.

##### ii) Efectos restrictivos de la competencia

26. Cuando un acuerdo de cooperación horizontal no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos de la competencia sensibles. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo tiene que tener al menos efectos anticompetitivos probables.
27. Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes<sup>(9)</sup>, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una de las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos.

(1) Véase la sentencia de 14 de octubre de 2010 en el asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, considerando 82, pendiente de publicación en la Recopilación y la jurisprudencia que en ella se cita

(2) Véase el asunto C-198/01, *CIF*, Rec. 2003, p. I-8055, considerandos 56 a 58; asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *Carne de vacuno*, Rec. 2006, p. II-4987, considerando 92; asunto T-7/92, *Asia Motor France II*, Rec. 1993, p. II-669, considerando 71; y asunto T-148/89, *Tréfilunion*, Rec. 1995, p. II-1063, considerando 118.

(3) Véase el asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, considerandos 80 y 81. Esta posibilidad se ha interpretado en sentido estricto; véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 209/78 R y otros, *Van Landewyck*, Rec. 1980, p. 3125, considerandos 130 a 134; asuntos acumulados 240/82 y otros, *Stichting Sigaretenindustrie*, Rec. 1985, p. 3831, considerandos 27 a 29; y asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Rec. 1997, p. I-6265, considerandos 33 y ss.

(4) Al menos hasta que se adopte una decisión de no aplicar la legislación nacional y hasta que dicha decisión sea definitiva; véase el asunto C-198/01, *CIF*, considerandos 54 y ss.

(5) A efectos de las presentes Directrices, la expresión «restricción de la competencia» abarca tanto la eliminación como el falseamiento de la competencia.

(6) Véase, por ejemplo, el asunto C-209/07, *BIDS*, Rec. 2008, p. I-8637, considerando 17.

(7) Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*, considerando 55; el asunto C-209/07, *BIDS*, considerando 16; el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rec. 2009, p. I-4529, considerandos 29 y ss y el asunto C-7/95 P, *John Deere*, considerando 77.

(8) Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*, considerando 58; el asunto C-209/07, *BIDS*, considerandos 15 y ss.

(9) Véase el asunto C-7/95 P, *John Deere*, considerando 88; y el asunto C-238/05, *Asnef-Equifax*, considerando 51.

28. Es probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en el mercado de referencia cuando puede esperarse con un razonable grado de probabilidad que, debido al acuerdo, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o su variedad. Esto dependerá de varios factores tales como la naturaleza y contenido del acuerdo, hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo.
29. Para evaluar si un acuerdo de cooperación horizontal tiene efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe compararse con el contexto jurídico y económico real en que se daría la competencia sin el acuerdo con todas sus presuntas restricciones (es decir, sin el acuerdo existente (si ya se aplica) o previsto (si todavía no se ejecuta) en el momento de la evaluación). Por lo tanto para probar los efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales, es necesario tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros, en especial la competencia real o potencial que habría existido si no hubiera acuerdo. Esta comparación no tiene en cuenta las eventuales mejoras de eficiencia generadas por el acuerdo, pues estas solo se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3.
30. Por lo tanto, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que, con arreglo a factores objetivos, no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, debido, por ejemplo, a las limitadas capacidades técnicas de las partes, no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos graves <sup>(1)</sup>.
31. Las Directrices Generales ofrecen una orientación general por lo que se refiere al concepto de restricciones de la competencia por el efecto. Las presentes Directrices disponen orientación adicional específica para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal.

#### ***Naturaleza y contenido del acuerdo***

32. La naturaleza y el contenido de un acuerdo guardan relación con elementos tales como el ámbito y el objetivo de la cooperación, la competencia entre las partes y el alcance de la combinación de sus actividades. Esos elementos determinan los tipos de posibles problemas de competencia que pueden derivarse de un acuerdo de cooperación horizontal.
33. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede:
- ser exclusivo en el sentido de que limita la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros como operadores económicos independientes o como partes de otros acuerdos competidores;
  - obligar a las partes a aportar unos activos tales que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente; o
  - afectar a los intereses financieros de las partes de tal manera que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente. Tanto los intereses financieros en el acuerdo como los intereses financieros en otras partes del acuerdo son pertinentes para la evaluación.
34. Estos acuerdos pueden producir la pérdida de competencia entre las partes del acuerdo. Los competidores también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante del acuerdo y, por lo tanto, puede resultarles rentable aumentar sus precios. La reducción de esa presión competitiva puede dar lugar a incrementos de precios en el mercado de referencia. Factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia

<sup>(1)</sup> Véase también el punto 18 de las Directrices Generales.

35. Un acuerdo de cooperación horizontal puede también:
- llevar a la divulgación de información estratégica, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación;
  - lograr unos costes comunes considerables (es decir, la proporción de costes variables comunes a las partes), de tal modo que las partes puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción.
36. El alcanzar costes comunes considerables mediante un acuerdo de cooperación horizontal puede permitir a las partes únicamente coordinar con mayor facilidad los precios de mercado y la producción, siempre que las partes tengan poder de mercado y que existan unas características de mercado que conduzcan a semejante coordinación, si el ámbito de cooperación representa una parte elevada de los costes variables de las partes en un determinado mercado y si las partes combinan en gran medida sus actividades en el ámbito de la cooperación. Así puede ocurrir, por ejemplo, si fabrican o compran conjuntamente un bien intermedio importante o si fabrican o distribuyen conjuntamente una parte considerable de su producción total de un producto final.
37. Por consiguiente, un acuerdo horizontal puede disminuir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que las empresas coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio, pero puede también hacer la coordinación más fácil, más estable o más efectiva para las partes que ya se coordinaban antes, reforzando la coordinación o permitiéndoles alcanzar precios aún más elevados.
38. Algunos acuerdos de cooperación horizontal, por ejemplo los de producción y estandarización, también pueden plantear problemas de exclusión contraria a la competencia.

#### ***Poder de mercado y otras características del mercado***

39. Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia.
40. En los mercados con costes fijos elevados, las empresas deben fijar precios por encima de los costes variables de producción a fin de obtener una rentabilidad competitiva de su inversión. El hecho de que las empresas fijen precios por encima de sus costes variables no es por tanto en sí mismo señal de que la competencia en el mercado no funciona bien y de que las empresas tienen un poder de mercado que les permite fijar precios por encima del nivel competitivo. Cuando la presión competitiva no es suficiente para mantener los precios, la producción, la innovación y la calidad y variedad de productos a niveles competitivos, las empresas tienen poder de mercado a efectos del artículo 101, apartado 1.
41. La creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una mayor capacitación, previsión o innovación. Puede también serlo de una disminución de la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de las partes y terceros, por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores aumentando sus costes y limitando su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo.
42. El poder de mercado es cuestión de grado. El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe una infracción con arreglo al artículo 101, apartado 1, en el caso de acuerdos que restringen la competencia por el efecto, es inferior al grado que se requiere para determinar que existe una posición dominante a efectos del artículo 102, que exige un considerable grado de poder de mercado.
43. El punto de partida del análisis del poder de mercado es la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación. Para llevar a cabo este análisis, es necesario definir los mercados de referencia utilizando el método descrito en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia. Cuando entren en juego tipos específicos de mercados, como los de compra o tecnología, se podrá encontrar orientación adicional en las presentes Directrices.

44. Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis. El significado de la expresión «pequeña cuota de mercado conjunta» depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes Directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible a tenor del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) <sup>(1)</sup>, («la Comunicación *de minimis*»). Si solo hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado <sup>(2)</sup>. Dada la diversidad de los acuerdos de cooperación horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, es imposible definir un umbral general de cuota de mercado a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos.
45. En función de la posición de las partes en un mercado y del índice de concentración de este, será necesario tener en cuenta también otros factores como la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada, la probabilidad de que se produzcan otras entradas en el mercado y el poder de negociación de los compradores/proveedores.
46. Por lo general, al analizar la competencia, la Comisión utiliza las cuotas de mercado existentes <sup>(3)</sup>. Sin embargo, cabe razonablemente tener también en cuenta ciertos acontecimientos futuros, por ejemplo, en vista de la salida, entrada o expansión en el mercado de referencia. Pueden utilizarse datos históricos si las cuotas de mercado son volátiles, por ejemplo cuando el mercado se caracteriza por grandes pedidos desiguales. Los cambios de las cuotas de mercado históricas pueden proporcionar información útil sobre la dinámica de la competencia y la probable importancia futura de los diversos competidores, por ejemplo, indicando si las empresas han ganado o perdido cuota de mercado. En cualquier caso, la Comisión interpreta las cuotas de mercado a la luz de las condiciones de mercado probables, por ejemplo, si el mercado es de carácter muy dinámico y si la estructura del mercado es inestable debido a la innovación o al crecimiento.
47. Por lo general, cuando la entrada en un mercado sea bastante fácil se entenderá que un acuerdo de cooperación horizontal no produce efectos restrictivos de la competencia. Para considerar que la entrada ejerce una presión competitiva suficiente sobre las partes de un acuerdo, hay que demostrar que es probable, oportuna y suficiente para disuadir o impedir cualquier efecto restrictivo potencial del acuerdo de cooperación horizontal. La existencia de acuerdos puede afectar al análisis de la entrada. La terminación probable o posible de un acuerdo de cooperación horizontal puede influir en la probabilidad de la entrada.

#### 1.2.2. Artículo 101, apartado 3

48. La evaluación de las restricciones de la competencia por objeto y por efecto con arreglo al artículo 101, apartado 1, tan solo constituye uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el artículo 101, apartado 3, es la evaluación de los efectos positivos para la competencia que puedan tener los acuerdos restrictivos. Las Directrices Generales exponen el enfoque general utilizado a la hora de aplicar el artículo 101, apartado 3. Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado <sup>(4)</sup>, la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> DO C 368 de 22.12.2001, p. 13.

<sup>(2)</sup> Si hay más de dos partes, entonces la cuota colectiva de todos los competidores cooperadores tiene que ser significativamente superior a la cuota individual del mayor competidor participante.

<sup>(3)</sup> En cuanto al cálculo de cuotas de mercado, véase también la Comunicación sobre la definición de mercado, puntos 54 y 55.

<sup>(4)</sup> DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

<sup>(5)</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-506/06 P, etc., *GlaxoSmithKline* y otros considerandos 93 a 95.

49. La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:
- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;
  - las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;
  - debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo, a efectos de las presentes Directrices, el concepto de «consumidores» abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo <sup>(1)</sup>; y que
  - el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
50. En el ámbito de los acuerdos de cooperación horizontal existen reglamentos de exención por categorías basados en el artículo 101, apartado 3, relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo <sup>(2)</sup> y a los de especialización <sup>(3)</sup> (incluida la producción conjunta). Estos Reglamentos de exención por categorías parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser fuente de eficiencias sustanciales en los acuerdos de investigación y desarrollo y de especialización. Esta situación también puede presentarse en otros tipos de acuerdos de cooperación horizontal. Por consiguiente, el análisis de las eficiencias de un acuerdo individual de conformidad con el artículo 101, apartado 3, trata en gran parte de identificar los conocimientos técnicos y los activos complementarios que cada una de las partes aporta al acuerdo y de evaluar si las eficiencias resultantes son tales que se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.
51. La complementariedad puede surgir de los acuerdos de cooperación horizontal de diferentes maneras. Un acuerdo de investigación y desarrollo puede combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores más económicamente y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de esos productos. Un acuerdo de producción puede permitir a las partes realizar economías de escala o de alcance que no podrían lograr individualmente.
52. Los acuerdos de cooperación horizontal que no implican la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios tienen menos probabilidades de generar mejoras de eficiencia que beneficien a los consumidores. Estos acuerdos pueden reducir la duplicación de ciertos costes, por ejemplo porque se pueden eliminar ciertos costes fijos. Sin embargo, por lo general es menos probable que este ahorro de costes fijos dé lugar a beneficios para los consumidores que el ahorro de, por ejemplo, costes variables o marginales.
53. Las Directrices Generales ofrecen más orientación relativa a la aplicación por parte de la Comisión de los criterios del artículo 101, apartado 3.

### 1.3. Estructura de las presentes Directrices

54. El capítulo 2 establece en primer lugar algunos principios generales para la evaluación del intercambio de información, que se aplican también a todos los tipos de acuerdos de cooperación horizontal que suponen un intercambio de información. Los capítulos subsiguientes se refieren a los distintos tipos de acuerdos de cooperación horizontal. Cada capítulo aplica al tipo específico de cooperación correspondiente el marco analítico descrito en el punto 1.2, así como los principios generales relativos al intercambio de información.

<sup>(1)</sup> El punto 84 de las Directrices Generales, contiene más detalles sobre el concepto de consumidor.

<sup>(2)</sup> Reglamento de exención de los acuerdos de I+D.

<sup>(3)</sup> Reglamento de exención de los acuerdos de especialización.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA EVALUACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA

### 2.1. Definición y alcance

55. La finalidad de este capítulo es servir de orientación a la hora de evaluar el intercambio de información desde el punto de vista de la competencia. El intercambio de información puede revestir diferentes formas. En primer lugar, los competidores pueden compartir datos de forma directa. En segundo lugar, se pueden compartir los datos de forma indirecta a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial) o de un tercero, como una organización de investigación de mercado o a través de los proveedores de las empresas o de los minoristas.
56. El intercambio de información tiene lugar en diversos contextos. Hay acuerdos, decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas en virtud de los cuales se intercambia información, cuya función económica principal es el intercambio de la información propiamente dicho. Por otra parte, el intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (por ejemplo, las partes de un acuerdo de producción comparten cierta información sobre costes). La evaluación de este último tipo de intercambio de información debería llevarse a cabo en el contexto de una evaluación del respectivo acuerdo de cooperación horizontal.
57. El intercambio de información es una característica común a muchos mercados competitivos que puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia. Puede solucionar problemas de asimetrías de la información<sup>(1)</sup>, incrementando así la eficiencia de los mercados. Además, las empresas mejoran a menudo su eficiencia interna a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás. El intercambio de información también puede ayudar a las empresas a ahorrar costes reduciendo sus existencias, haciendo posible una entrega más rápida de los productos perecederos a los clientes o resolviendo la inestabilidad de la demanda. Asimismo, los intercambios de información pueden beneficiar directamente a los consumidores reduciendo sus costes de búsqueda y mejorando sus posibilidades de elección.
58. Sin embargo, el intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores<sup>(2)</sup>. El resultado del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia depende de las características del mercado en el que tenga lugar (tales como la concentración, la transparencia, la estabilidad, la simetría, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado de referencia haciendo que sea más propicio a la coordinación.
59. Por otra parte, la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel.

#### *Práctica concertada*

60. El artículo 101 solo puede aplicarse al intercambio de información si este establece o forma parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas. La existencia de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas no prejuzga si el acuerdo, práctica concertada o decisión de asociación de empresas suponen una restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de práctica concertada se refiere a una forma de coordinación entre las empresas mediante la cual estas, sin haber llegado nunca a la realización de un acuerdo propiamente dicho, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas<sup>(3)</sup>. Los criterios de la coordinación y de la cooperación necesarias para determinar la existencia de una práctica concertada no exigen que se haya elaborado un plan real sino que deben entenderse habida cuenta del concepto inherente a las disposiciones del Tratado en materia de

<sup>(1)</sup> La teoría económica de la información asimétrica se ocupa del estudio de las decisiones que se toman en las transacciones y en las que una parte cuenta con más información que la otra.

<sup>(2)</sup> Véase el asunto C-7/95 P, *John Deere*, considerando 88.

<sup>(3)</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, considerando 26; los asuntos acumulados C-89/85 y otros, *Wood Pulp*, Rec. 1993, p. 1307, considerando 63.

competencia, según las cuales cada empresa debe determinar independientemente la política que se propone adoptar en el mercado interior y las condiciones que se propone ofrecer a sus clientes <sup>(1)</sup>.

61. Esto no excluye el derecho de las empresas a adaptarse juiciosamente a la conducta visible o prevista de sus competidores. Sin embargo, prohíbe cualquier contacto directo o indirecto entre los competidores, cuyo objeto o efecto sea crear unas condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones competitivas normales del mercado en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios ofrecidos, el tamaño y número de las empresas, y el volumen de dicho mercado <sup>(2)</sup>. Esto se opone rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto bien influir en la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, bien desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado, facilitando así un resultado colusorio en el mercado <sup>(3)</sup>. Por lo tanto, el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica <sup>(4)</sup> en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación, porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir.
62. Una situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta(n) también puede constituir una práctica concertada <sup>(5)</sup>. Estas revelaciones pueden ocurrir, por ejemplo, a través de contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones etc. En este caso carece de importancia si solo es una empresa la que unilateralmente informa a sus competidores de su comportamiento previsto en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan recíprocamente de sus respectivas deliberaciones e intenciones. Cuando es una única empresa la que revela a sus competidores información estratégica referente a su futura política comercial, se reduce para todos los competidores implicados la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado y se incrementa el riesgo de disminución de la competencia y de comportamiento colusorio <sup>(6)</sup>. Por ejemplo, es probable que la simple asistencia a una reunión <sup>(7)</sup> en la que una empresa revela sus planes de precios a sus competidores se incluya en el ámbito de aplicación del artículo 101, incluso aunque no haya un acuerdo explícito de subir los precios <sup>(8)</sup>. Cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos <sup>(9)</sup>.
63. Un anuncio de una empresa hecho de forma unilateral y verdaderamente pública, por ejemplo a través de un periódico, no suele constituir una práctica concertada a tenor del artículo 101, apartado 1 <sup>(10)</sup>. Sin embargo, en función de los hechos subyacentes a cada asunto, no puede excluirse la conclusión de que existe una práctica concertada, por ejemplo cuando el citado anuncio vaya seguido por anuncios públicos de otros competidores, especialmente porque las respuestas estratégicas de los competidores a los respectivos anuncios públicos (consistentes, por ejemplo, en reajustes de sus propios anuncios anteriores en respuesta a los anuncios de los competidores) podrían resultar ser una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación.

<sup>(1)</sup> Véase el asunto C-7/95, *John Deere*, considerando 86.

<sup>(2)</sup> Véase el asunto C-7/95 P, *John Deere*, considerando 87.

<sup>(3)</sup> Véanse los asuntos acumulados 40/73 y otros, *Suiker Unie*, Rec. 1975, p. 1663, considerando 173 y ss.

<sup>(4)</sup> La incertidumbre estratégica aparece en el mercado debido a que hay una variedad de posibles resultados colusorios y a que las empresas no pueden observar perfectamente las actividades pasadas y presentes de sus competidores y de los nuevos operadores.

<sup>(5)</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados T-25/95 y otros., *Cimenteries CB*, Rec. 2000, p. II-491, considerando 1849: «(...) el concepto de práctica concertada exige efectivamente la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad (...). Este requisito se cumple cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o, al menos, con su beneplácito, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado».

<sup>(6)</sup> Véanse las conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rec. 2009, p. I-4529, considerando 54.

<sup>(7)</sup> Véase el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, considerando 59: «Una interpretación distinta equivaldría, esencialmente, a considerar que un único intercambio de información entre competidores no puede conducir en ningún caso a una concertación contraria a las normas sobre competencia establecidas por el Tratado. Ahora bien, no cabe excluir, por la estructura del mercado, que una única toma de contacto, como la controvertida en el litigio principal, pueda bastar, en principio, para que las empresas interesadas concierten su comportamiento en el mercado y lleguen, de este modo, a una cooperación práctica, sustrayéndose a la competencia y a los riesgos que ésta implica».

<sup>(8)</sup> Véanse los asuntos acumulados T-202/98 y otros., *Tate & Lyle/Comisión*, Rec. 2001, p. II-2035, considerando 54.

<sup>(9)</sup> Véase el asunto C-199/92 P, *Hüls*, Rec. 1999, p. I-4287, considerando 162; asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, p. I-4125, considerando 121.

<sup>(10)</sup> No se incluyen los casos en que estos anuncios contienen invitaciones a coludir.

## 2.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

### 2.2.1. Principales problemas de competencia <sup>(1)</sup>

64. Una vez establecida la existencia de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas, es necesario considerar los principales problemas de competencia derivados de los intercambios de información.

#### **Resultado colusorio**

65. Al aumentar de forma artificial la transparencia en el mercado, el intercambio de información estratégica puede facilitar la coordinación (es decir, la alineación) del comportamiento competitivo de las empresas y dar lugar a efectos restrictivos de la competencia. Esto puede ocurrir por distintas vías:
66. Una de ellas consiste en que, a través del intercambio de información, las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, que puede llevar a un resultado colusorio en el mercado. El intercambio de información puede crear expectativas recíprocamente concordantes relativas a las incertidumbres existentes en el mercado. Sobre esa base las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación de su comportamiento competitivo, incluso sin un acuerdo explícito sobre la coordinación. Es muy probable que el intercambio de información sobre sus intenciones de conducta en el futuro permita a las empresas llegar a dicho entendimiento común.
67. Otra vía por la que el intercambio de información puede producir efectos restrictivos de la competencia consiste en incrementar la estabilidad interna de un resultado colusorio en el mercado. Concretamente, esto se puede hacer facilitando que las empresas implicadas controlen las desviaciones. Es decir, el intercambio de información puede hacer que el mercado sea suficientemente transparente para permitir a las empresas que intervienen en el resultado colusorio controlar de manera suficiente si otras empresas se están desviando del resultado colusorio, y así saber cuándo tomar represalias. Este mecanismo de supervisión puede consistir tanto en intercambiar datos actuales como datos antiguos. Esto puede o bien permitir que las empresas lleguen a un resultado colusorio en mercados en los que de lo contrario no lo hubieran conseguido, o bien aumentar la estabilidad de un resultado colusorio ya presente en el mercado (véase el Ejemplo 3, punto 107).
68. Una tercera vía por la que el intercambio de información puede llevar a efectos restrictivos de la competencia es aumentando la estabilidad externa de un resultado colusorio en el mercado. Los intercambios de información que hacen que el mercado sea suficientemente transparente pueden permitir a las empresas participantes en el resultado colusorio controlar dónde y cuándo intentan introducirse en el mercado otras empresas, lo que hace posible que aquéllas se centren en éstas. Esto también puede encajar con los problemas de exclusión contraria a la competencia que se exponen en los puntos 69 a 71. Este mecanismo de supervisión puede consistir tanto en intercambiar datos actuales como datos antiguos.

#### **Exclusión contraria a la competencia**

69. Además de facilitar la colusión, un intercambio de información puede también dar lugar a una exclusión contraria a la competencia <sup>(2)</sup>.
70. Un intercambio exclusivo de información puede dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mismo mercado en el que se produce el intercambio. Esto puede ocurrir cuando el intercambio de información comercial confidencial sitúa a los competidores no participantes en el sistema de intercambio en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que sí participan. Este tipo de exclusión solo es posible si la información intercambiada es muy estratégica para la competencia y abarca una parte importante del mercado de referencia.
71. No cabe descartar que el intercambio de información pueda llevar también a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado. Por ejemplo, al obtener suficiente poder de mercado mediante un intercambio de información, las partes, por ejemplo, empresas integradas verticalmente, que intercambian la información en un mercado ascendente pueden subir el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, podrían incrementar los costes de sus rivales en sentido descendente, lo que podría dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mercado descendente.

<sup>(1)</sup> La utilización de la expresión «principales problemas de competencia» significa que la siguiente descripción de problemas de competencia no es excluyente ni exhaustiva.

<sup>(2)</sup> Por lo que respecta a los problemas de exclusión que pueden resultar de los acuerdos verticales, véanse los puntos 100 y ss de las Directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota a pie de página 9.

### 2.2.2. Restricción de la competencia por el objeto

72. Culaquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto. Al evaluar si un intercambio de información constituye una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión <sup>(1)</sup>. Para ello tendrá en cuenta si el intercambio de información, por su propia naturaleza, puede dar lugar a una restricción de la competencia <sup>(2)</sup>.
73. Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio <sup>(3)</sup>. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios (véase el Ejemplo 1, punto 105). Además, es menos probable que este tipo de intercambio de información sobre futuras intenciones se haga por razones favorables a la competencia que el intercambio de datos reales.
74. Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1 <sup>(4)</sup> <sup>(5)</sup>. Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente carteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen carteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo.

### 2.2.3. Efectos restrictivos de la competencia

75. Los efectos probables sobre la competencia de un intercambio de información deben analizarse individualmente ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto. La evaluación de los efectos restrictivos de la competencia debe comparar los efectos probables del intercambio de información con la situación competitiva que existiría sin ese intercambio concreto de información <sup>(6)</sup>. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada.
76. Ciertas condiciones de mercado pueden hacer que sea más fácil alcanzar o mantener la coordinación interna o externamente <sup>(7)</sup>. Los intercambios de información en estos mercados pueden tener efectos

<sup>(1)</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-501/06 P, y otros, *GlaxoSmithKline*, considerando 58; asunto C-209/07, *BIDS*, considerandos 15 y ss.

<sup>(2)</sup> Véanse también las Directrices Generales, punto 22.

<sup>(3)</sup> La información sobre cantidades previstas en el futuro puede incluir, por ejemplo, las ventas previstas en el futuro, las cuotas de mercado, los territorios y las ventas a grupos concretos de consumidores.

<sup>(4)</sup> El concepto de «precios previstos en el futuro» se ilustra en el Ejemplo 1. En situaciones específicas en que las empresas se comprometen plenamente a vender en el futuro a los precios que han anunciado previamente al público (es decir, no pueden revisarlos), estos anuncios públicos sobre precios o cantidades individuales previstos en el futuro no se considerarán intenciones y, por lo tanto, no se concluirá por lo general que restrinjen la competencia por el objeto. Esto puede ocurrir, por ejemplo, debido a las interacciones repetidas y al tipo específico de relación que las empresas pueden tener con sus clientes, por ejemplo, porque es esencial que los clientes conozcan por adelantado los precios futuros o porque ya puedan hacer pedidos por adelantado a estos precios. Esto se debe a que en estas situaciones el intercambio de información sería un medio más oneroso de alcanzar un resultado colusorio en el mercado que el intercambio de información sobre intenciones futuras y sería más probable que se hiciera por razones beneficiosas para la competencia. Sin embargo, esto no implica que en general el compromiso de precios con los clientes sea necesariamente favorable a la competencia. Al contrario, podría limitar la posibilidad de desviarse de un resultado colusorio y, por lo tanto, hacerlo más estable.

<sup>(5)</sup> Sin perjuicio de que los anuncios públicos de precios previstos en el futuro puedan dar lugar a eficiencias y de que las partes de este intercambio puedan basarse en el artículo 101, considerando 3.

<sup>(6)</sup> Véase el asunto C-7/95, *John Deere/Comisión*, considerando 76.

<sup>(7)</sup> El intercambio de información puede restringir la competencia de la misma manera que una concentración si da lugar a una coordinación más eficaz, más estable o más probable en el mercado; véase el asunto C-413/06 P, *Sony*, Rec. 2008, p. I-4951, considerando 123, en el que el Tribunal de Justicia respaldó los criterios del Tribunal General en el asunto T-342/99, *Airtours*, Rec. 2002, p. II-2585, considerando 62.

más restrictivos que en los mercados con condiciones diferentes. Sin embargo, incluso cuando las condiciones del mercado son tales que pueda ser difícil mantener la coordinación antes del intercambio, éste puede cambiar las condiciones del mercado de tal manera que la coordinación llega a ser posible después del intercambio, por ejemplo, aumentando la transparencia en el mercado, reduciendo su complejidad, limitando la inestabilidad o compensando la asimetría. Por esta razón es importante evaluar los efectos restrictivos del intercambio de información tanto en el contexto de las condiciones iniciales del mercado, como de la forma en que el intercambio de información modifica estas condiciones. Esto incluirá una evaluación de las características específicas del sistema, de su finalidad, de las condiciones de acceso y participación. También será necesario examinar la frecuencia de la información intercambiada, el tipo de información intercambiada, por ejemplo, su periodicidad, si es pública o confidencial, global o detallada, histórica o actual y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación <sup>(1)</sup>. Los siguientes elementos son pertinentes para esta evaluación.

#### i) Características del mercado

77. Es más probable que las empresas alcancen un resultado colusorio cuando los mercados son suficientemente transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos. En mercados de ese tipo, las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controlar y castigar con éxito las desviaciones. Sin embargo, el intercambio de información puede también permitir que las empresas alcancen un resultado colusorio en otras situaciones de mercado en las que no podrían lograrlo sin el intercambio. De este modo, el intercambio de información puede facilitar un resultado colusorio aumentando la transparencia en el mercado, reduciendo su complejidad, limitando la inestabilidad o compensando la asimetría. En este contexto, el modo en que un intercambio de información puede afectar a la competencia no solo depende de las características iniciales del mercado en que se produce (por ejemplo la concentración, la transparencia, la estabilidad, la complejidad, etc.), sino también de cómo el tipo de información intercambiada puede cambiar esas características <sup>(2)</sup>.
78. Los resultados colusorios son más probables en los mercados transparentes. La transparencia puede facilitar el resultado colusorio permitiendo a las empresas llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación o aumentando la estabilidad interna y externa del resultado colusorio. El intercambio de información puede aumentar la transparencia y limitar con ello las incertidumbres sobre las variables estratégicas de la competencia (por ejemplo, precios, producción, demanda, costes etc.). Cuanto más bajo sea el nivel preexistente de transparencia en el mercado, más valor podrá tener un intercambio de información de cara a lograr un resultado colusorio. Es menos probable que tenga efectos restrictivos sobre la competencia un intercambio de información que contribuye poco a la transparencia en un mercado que un intercambio de información que aumente perceptiblemente la transparencia. Por lo tanto, lo que determinará la probabilidad de que el intercambio de información tenga efectos restrictivos sobre la competencia es la combinación del nivel preexistente de transparencia y del modo en que el intercambio de información modifica este nivel. El grado preexistente de transparencia depende, entre otras cosas, del número de participantes en el mercado y de la naturaleza de las transacciones, que pueden ir de las transacciones públicas a las negociaciones bilaterales confidenciales entre compradores y vendedores. Al evaluar el cambio del nivel de transparencia en el mercado, el elemento clave estriba en identificar hasta qué punto la información disponible puede ser utilizada por las empresas para determinar las acciones de sus competidores.
79. Los oligopolios restringidos pueden facilitar un resultado colusorio en el mercado pues es más fácil que un pequeño número de empresas llegue a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controle las desviaciones. Del mismo modo, es más probable mantener un resultado colusorio con un número menor de empresas. Con más empresas involucradas en la coordinación, los beneficios de la desviación son mayores porque puede conseguirse una cuota de mercado mayor subcotizando los precios. Al mismo tiempo, los beneficios del resultado colusorio son menores porque cuando hay más empresas la proporción de los beneficios del resultado colusorio disminuye. Es más probable que los intercambios de información causen efectos restrictivos de la competencia cuando se trate de oligopolios restringidos que si se trata de oligopolios menos restringidos y no es probable que dichos intercambios causen estos efectos restrictivos de la competencia en los mercados muy fragmentados. Sin embargo, al incrementar la transparencia o modificar el entorno del mercado de otra manera hacia un mercado más susceptible de ser coordinado, los intercambios de información pueden facilitar la coordinación y la supervisión entre un número de empresas mayor del que sería posible sin los intercambios.

<sup>(1)</sup> Asunto C-238/05, *Asnef-Equifax*, considerando 54.

<sup>(2)</sup> Téngase en cuenta que lo expuesto en los puntos 78 a 85 no constituye una lista completa de las características pertinentes. Pueden existir otras características en el mercado que sean importantes para establecer determinados intercambios de información.

80. Puede resultar difícil para las empresas llegar a un resultado colusorio en un entorno de mercado complejo. Sin embargo, hasta cierto punto, el intercambio de información puede simplificar este entorno. Por lo general, en un entorno de mercado complejo, se necesita un mayor intercambio de información para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controlar las desviaciones. Por ejemplo, es más fácil establecer un resultado colusorio para el precio de un único producto homogéneo, que para muchos precios en un mercado con muchos productos diferentes. Sin embargo, es posible que, para eludir las dificultades de llegar a un resultado colusorio para un gran número de precios, las empresas puedan intercambiar información para establecer normas simples de fijación de precios (por ejemplo, umbrales de precios).
81. Es más probable llegar a un resultado colusorio si las condiciones de la oferta y la demanda son relativamente estables <sup>(1)</sup>. En un marco inestable puede ser difícil que una empresa sepa si sus ventas perdidas se deben a un bajo nivel global de la demanda o a que un competidor oferta unos precios particularmente bajos, y por lo tanto es difícil mantener un resultado colusorio. En este contexto, la demanda volátil, el importante crecimiento interno de algunas empresas en el mercado, o la entrada frecuente de nuevas empresas, pueden indicar que la situación actual no es suficientemente estable para que la coordinación sea probable <sup>(2)</sup>. En algunas situaciones, el intercambio de información puede tener como fin incrementar la estabilidad en el mercado, facilitando así un resultado colusorio en el mercado. Además, en los mercados en los que la innovación es importante, la coordinación puede resultar más difícil puesto que las innovaciones particularmente importantes pueden permitir que una empresa consiga una ventaja importante sobre sus rivales. Para que un resultado colusorio sea sostenible, las reacciones de terceros, tales como los competidores actuales y futuros que no participan en la coordinación, así como de los clientes, no deben poder comprometer los frutos esperados del resultado colusorio. En este contexto, la existencia de obstáculos a la entrada hace más probable que un resultado colusorio en el mercado sea viable y sostenible.
82. Un resultado colusorio es más probable cuando el mercado presenta estructuras simétricas. Cuando las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc., es más probable que lleguen a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación ya que sus incentivos coinciden más. Sin embargo, en ciertos casos el intercambio de información también puede permitir la existencia de un resultado colusorio si el mercado presenta estructuras más heterogéneas. El intercambio de información puede hacer, en ciertas situaciones, que las empresas sean conscientes de sus diferencias y ayudarles a concebir medios para adecuarse a su heterogeneidad en el contexto de la coordinación.
83. La estabilidad de un resultado colusorio también depende del descuento de los beneficios futuros por parte de las empresas. Cuanto más valor concedan las empresas a los beneficios actuales que pueden obtener subcotizando los precios en comparación con los que obtendrían gracias al resultado colusorio, menos probable es que puedan llegar a un resultado colusorio.
84. Del mismo modo, el resultado colusorio es más probable entre empresas que continuarán operando durante mucho tiempo en el mismo mercado ya que estarán más comprometidas con la coordinación. Si una empresa sabe que interactuará con otras durante mucho tiempo, tendrá más incentivos para alcanzar el resultado colusorio porque el flujo de beneficios futuros del resultado colusorio valdrá más la pena que el beneficio que podría obtener a corto plazo si se desviara, es decir, antes de que las otras empresas descubran la desviación y tomen medidas de represalia.
85. En conjunto, para que un resultado colusorio sea sostenible, la amenaza de una represalia suficientemente creíble y rápida debe ser probable. Los resultados colusorios no se sostienen en los mercados en los que las consecuencias de la desviación no son suficientemente severas para convencer a las empresas participantes en la coordinación de que les interesa adherirse a las condiciones de esta. Por ejemplo, en mercados caracterizados por pedidos poco frecuentes de grandes volúmenes, puede ser difícil establecer un mecanismo disuasorio suficientemente severo, puesto que el beneficio de la desviación en el momento adecuado puede ser grande, seguro e inmediato, mientras que las pérdidas resultantes del castigo pueden ser pequeñas y dudosas, y no se materializan hasta que transcurre un cierto tiempo. La credibilidad del mecanismo de disuasión también depende de que las otras empresas participantes en la coordinación tengan un incentivo en aplicar represalias, que viene determinado por

<sup>(1)</sup> Véase asunto T-35/92, *John Deere/Comisión*, Rec. 1994, p. II-957, considerando 78.

<sup>(2)</sup> Véase la Decisión de la Comisión los asuntos IV/31.370 y 31.446, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, DO L 68 de 13.3.1992, p. 19, considerando 51, y el asunto T-35/92, *John Deere/Comisión*, considerando 78. No es necesario crear una absoluta estabilidad ni tampoco excluir una competencia intensa.

sus pérdidas a corto plazo resultantes de desencadenar una guerra de precios en comparación con su beneficio potencial a largo plazo en caso de que induzcan un regreso al resultado colusorio. Por ejemplo, la capacidad de las empresas para tomar represalias puede reforzarse si también existen interrelaciones comerciales verticales que puedan utilizar como amenaza de sanción en caso de desviación.

## ii) Características de la información intercambiada

### **Información estratégica**

86. El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado, tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otros tipos de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. Sin embargo, si las empresas compiten en I+D, son los datos tecnológicos los que pueden ser más estratégicos para la competencia. La utilidad estratégica de los datos depende también de su agregación, su antigüedad, el contexto del mercado y la frecuencia del intercambio.

### **Cobertura del mercado**

87. Para que un intercambio de información tenga probablemente efectos restrictivos de la competencia apreciables, las empresas implicadas en el intercambio tienen que cubrir una parte suficientemente amplia del mercado de referencia. De lo contrario, los competidores que no participan en el intercambio de información podrían limitar cualquier comportamiento anticompetitivo de las empresas implicadas. Por ejemplo, si fijaran los precios por debajo del nivel del precio coordinado, las empresas no participantes en el sistema de intercambio de información podrían amenazar la estabilidad externa de un resultado colusorio.
88. No se puede definir de forma abstracta qué constituye «una parte suficientemente amplia del mercado» y esto dependerá de los hechos concretos de cada caso y del tipo de intercambio de información en cuestión. Sin embargo, cuando un intercambio de información se realiza en el contexto de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal y no va más allá de lo necesario para su aplicación, la cobertura del mercado por debajo de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el correspondiente capítulo de estas Directrices, en el Reglamento de exención por categorías <sup>(1)</sup> o en la Comunicación *de minimis* aplicable al tipo de acuerdo en cuestión, no tendrá por lo general un alcance suficientemente amplio para dar lugar a efectos restrictivos de la competencia.

### **Datos agregados/individualizados**

89. Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tienen muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa. La recogida y publicación de datos de mercado agregados (por ejemplo, datos de ventas, de capacidades, de costes de entradas y componentes) obtenidos por una organización comercial o por una empresa de información sobre el mercado pueden beneficiar tanto a los proveedores como a los consumidores al darles una idea más fehaciente de la situación económica del sector. Esa recogida y publicación de datos puede permitir a quienes participan en el mercado una mejor toma de decisiones individuales para adaptar más eficientemente su estrategia a las condiciones del mercado. En términos más generales, a menos de que ocurra en un oligopolio muy restringido, el intercambio de datos agregados es poco probable que tenga efectos restrictivos de la competencia. Por el contrario, el intercambio de datos individualizados facilita un entendimiento común en el mercado y unas estrategias sancionadoras que permitan a las empresas integrantes de la coordinación señalar a las empresas que se desvían o se incorporan al mercado. Sin embargo, no cabe excluir que el intercambio de datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en mercados con características

<sup>(1)</sup> Los intercambios de información en el contexto de un acuerdo de I+D, siempre que no excedan lo necesario para la aplicación del acuerdo, pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del 25 % establecida en el Reglamento de excepciones de I+D. En el Reglamento de excepciones sobre acuerdos de especialización, la salvaguardia regulatoria aplicable es del 20 %.

específicas. Concretamente, los miembros de un oligopolio muy restringido y estable que intercambie datos agregados que detecten precios inferiores a un determinado nivel podrían asumir automáticamente que alguien se ha desviado del resultado colusorio y adoptar represalias en todo el mercado. Dicho de otro modo, para mantener la estabilidad de una colusión no siempre es necesario que las empresas sepan quién se ha desviado, puede bastar con saber que «alguien» lo ha hecho.

#### **Antigüedad de los datos**

90. No es probable que el intercambio de datos históricos dé lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o faciliten un entendimiento común en el mercado <sup>(1)</sup>. Además, no es probable que el intercambio de datos históricos facilite el seguimiento de las desviaciones ya que cuanto más antiguos sean los datos, menos útiles serán para detectar a tiempo las desviaciones y, por lo tanto, como amenaza verosímil de represalia rápida <sup>(2)</sup>. No existe un umbral predefinido a partir del cual los datos pasan a ser históricos, es decir lo suficientemente antiguos para no suponer un riesgo para la competencia. El que los datos sean verdaderamente históricos depende de las características específicas del mercado de referencia y, en particular, de la frecuencia de las renegociaciones de precios en el sector. Por ejemplo, los datos pueden considerarse históricos si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los contratos en el sector cuando estos sean indicativos de renegociaciones de precios. Además, el umbral a partir del cual los datos pasan a ser históricos depende también del tipo de datos, su agregación, la frecuencia del intercambio y las características del mercado de referencia (es decir, su estabilidad y transparencia).

#### **Frecuencia del intercambio de información**

91. Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común en el mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En mercados más inestables pueden ser necesarios unos intercambios de información más frecuentes con objeto de facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. En los mercados con contratos a largo plazo (que son indicativos de una escasa frecuencia de las renegociaciones de precios), un intercambio de información menos frecuente podría bastar para alcanzar un resultado colusorio, lo que no bastaría en mercados con contratos a corto plazo indicativos de frecuentes renegociaciones de precios <sup>(3)</sup>. No obstante, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio, también depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos <sup>(4)</sup>.

#### **Datos públicos/no públicos**

92. Por lo general no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituyan una infracción del artículo 101 <sup>(5)</sup>. La «información verdaderamente pública» es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente (en términos de costes de acceso). Para que la información sea verdaderamente pública, su obtención no debe ser más costosa para los compradores y las empresas no participantes en el sistema de intercambio que para las empresas que intercambian la información. Por este motivo, los competidores no optarán en general por intercambiar datos que pueden obtener en el mercado con la misma facilidad y, por lo tanto, es poco probable que en la práctica se produzcan intercambios de datos verdaderamente públicos. Por el contrario, aunque los datos intercambiados entre competidores sean lo que se suele denominar «de dominio público», no serán verdaderamente públicos si los costes de la obtención de los datos

<sup>(1)</sup> La recopilación de datos históricos puede utilizarse también para transmitir la contribución de una asociación del sector a una remodelación de la política pública.

<sup>(2)</sup> Por ejemplo, en casos anteriores, la Comisión ha considerado que el intercambio de datos de antigüedad superior a un año era histórico y no restringía la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, mientras que la información de menor antigüedad se ha considerado reciente; Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, considerando 50; Decisión de la Comisión, en el asunto IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, DO L 1 de 3.1.1998, p. 10, considerando 17.

<sup>(3)</sup> No obstante, los contactos infrecuentes pueden reducir la probabilidad de aplicar represalias con la suficiente prontitud.

<sup>(4)</sup> Sin embargo, dependiendo de la estructura del mercado y del contexto general del intercambio, no se puede excluir que un intercambio aislado pueda bastar para que las empresas participantes en él concierten su comportamiento en el mercado (es decir, lleguen a un entendimiento común de los términos de la coordinación) y lleguen, de este modo, a una cooperación práctica, sustrayéndose a la competencia y a los riesgos que ésta implica; véase el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, considerando 59.

<sup>(5)</sup> Asuntos acumulados T-191/98, y otros., *Atlantic Container Line (TACA)*, Rec. 2003, p. II-3275, considerando 1154. Puede que esto no sea así si el intercambio sirve de base para un cartel.

disuaden a otras empresas y a los consumidores de conseguirlos <sup>(1)</sup>. La posibilidad de obtener la información en el mercado, por ejemplo, de los clientes, no significa necesariamente que esa información consista en datos comerciales fácilmente accesibles para los competidores <sup>(2)</sup>.

93. Incluso aunque los datos estén disponibles al público (por ejemplo, información publicada por los reguladores), la existencia de un intercambio de información adicional por los competidores puede restringir la competencia si disminuye aún más la incertidumbre estratégica en el mercado. En este caso, es la información adicional la que es vital para inclinar el equilibrio de mercado hacia un resultado colusorio.

#### **Intercambio público/no público de información**

94. Un «intercambio de información» es verdaderamente público si hace que los datos intercambiados sean igualmente accesibles (en términos de costes de acceso) para todos los competidores y compradores <sup>(3)</sup>. El hecho de que la información se intercambie en público puede disminuir la probabilidad de un resultado colusorio en el mercado siempre que las empresas no participantes en el intercambio de información, los competidores potenciales y los compradores estén en condiciones de limitar el posible efecto restrictivo de la competencia <sup>(4)</sup>. No obstante, no se puede excluir totalmente que incluso los intercambios de información verdaderamente públicos puedan facilitar un resultado colusorio en el mercado.

### **2.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

#### **2.3.1. Mejoras de la eficiencia <sup>(5)</sup>**

95. El intercambio de información puede dar lugar a mejoras de la eficiencia. La información sobre los costes de los competidores puede hacer que las empresas sean más eficientes si toman como referencia de su rendimiento las buenas prácticas del sector y elaboran sistemas internos de incentivos en esa línea.
96. Por otra parte, en ciertas situaciones el intercambio de información puede ayudar a las empresas a orientar la producción hacia mercados con una elevada demanda (por ejemplo, información sobre la demanda) o hacia empresas con costes bajos (por ejemplo, información sobre costes). La probabilidad de obtener estos tipos de eficiencias depende de las características del mercado como, por ejemplo, si las empresas compiten en precios o cantidades, y de la naturaleza de las incertidumbres en el mercado. Algunas formas de intercambios de información en este contexto pueden permitir un ahorro de costes sustancial si, por ejemplo, reducen las existencias innecesarias o hacen posible una entrega más rápida de productos perecederos en las zonas con una elevada demanda y su reducción en las zonas de baja demanda (véase el Ejemplo 6, punto 110).
97. También el intercambio de datos sobre clientes entre empresas que operan en mercados con información asimétrica sobre aquellos puede dar lugar a eficiencias. Por ejemplo, el seguimiento de la conducta anterior de los clientes en términos de accidentes o de impago de deudas supone un incentivo para que los clientes limiten su exposición al riesgo. También permite detectar a los consumidores que suponen un menor riesgo y deben beneficiarse de precios más bajos. En este contexto, el intercambio de información también puede reducir la cautividad de clientes, induciendo así una mayor competencia. Esto se debe a que, por lo general, la información es específica de una relación y los consumidores perderían el beneficio de esta información si cambiaran a otra empresa. Se encuentran ejemplos de este tipo de eficiencias en los sectores bancario y de seguros, que se caracterizan por intercambios frecuentes de información sobre impagos de clientes y características del riesgo.

<sup>(1)</sup> Además, el hecho de que las partes del intercambio hayan comunicado los datos al público previamente (p. ej. a través de un diario o de su sitio de Internet), no implica que un intercambio posterior que no sea público no infrinja el artículo 101.

<sup>(2)</sup> Véanse los asuntos acumulados T-202/98 y otros., *Tate & Lyle/Comisión*, considerando 60.

<sup>(3)</sup> Esto no impide que se ofrezca una base de datos a un precio inferior a unos consumidores que han aportado datos a la misma, ya que, por lo general, al hacerlo ellos también habrán incurrido en costes.

<sup>(4)</sup> La evaluación de los obstáculos a la entrada y del poder de negociación compensatorio en el mercado serían pertinentes para determinar si las partes ajenas al sistema de intercambio de información pudieran comprometer los resultados esperados de la coordinación. Sin embargo, la transparencia cada vez mayor ante los consumidores puede disminuir o aumentar el alcance de un resultado colusorio porque con una mayor transparencia ante los consumidores, como la elasticidad de los precios de la demanda es mayor, la rentabilidad de la desviación es más alta pero la represalia es también más severa.

<sup>(5)</sup> La siguiente exposición de las mejoras potenciales de la eficiencia resultantes del intercambio de información no es excluyente ni exhaustiva.

98. En algunos casos, el intercambio de datos sobre cuotas de mercado puede resultar beneficioso tanto para las empresas como para los clientes ya que permite a las primeras anunciarlas a los segundos como indicio de calidad de los productos. Cuando la información sobre la calidad del producto es imperfecta, los consumidores suelen utilizar medios indirectos para obtener información sobre las calidades relativas de productos, tales como precios y cuotas de mercado (por ejemplo, los consumidores utilizan las listas de ventas para elegir su próximo libro).
99. El intercambio de información verdaderamente pública también puede beneficiar a los consumidores ayudándoles a tomar una decisión más informada (y reduciendo sus costes de búsqueda). Es muy probable que los consumidores se beneficien así de los intercambios públicos de datos actuales, que son los más pertinentes para sus decisiones de compra. Del mismo modo, el intercambio de información pública sobre precios actuales de los insumos puede reducir los costes de búsqueda para las empresas, lo que por lo general beneficiará a los consumidores mediante unos precios finales menores. Es menos probable que esos tipos de beneficios directos para los consumidores sean generados por intercambios relativos a las intenciones futuras de precios porque es probable que las empresas que anuncian sus intenciones de precios los revisen antes de que los consumidores puedan comprar realmente basándose en esta información. Por lo general, los consumidores no pueden basarse en las intenciones futuras de las empresas cuando hacen sus planes de compra. Sin embargo, hasta cierto punto, las empresas pueden verse obligadas a no cambiar los precios futuros anunciadas antes de aplicarlas cuando, por ejemplo, interactúen repetidamente con los clientes y estos confíen en su conocimiento anticipado de los precios o, por ejemplo, cuando los clientes puedan hacer pedidos por adelantado. En esas situaciones, el intercambio de información relativa al futuro puede mejorar la planificación de gastos de los clientes.
100. Es más probable que genere mejoras de eficiencia el intercambio de datos actuales y antiguos que el intercambio de información sobre las intenciones futuras. Sin embargo, en determinadas circunstancias el hecho de anunciar las intenciones futuras también podría dar lugar a mejoras de eficiencia. Por ejemplo, las empresas que conocieran de antemano quién ganará una carrera de I+D podrían evitar una duplicación de actividades costosas y un malgasto de recursos que no se pueden recuperar<sup>(1)</sup>.

### 2.3.2. *Carácter indispensable*

101. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un intercambio de información no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Para tener carácter indispensable, las partes deberán probar que el objeto de los datos, la agregación, la antigüedad, la confidencialidad y la frecuencia, así como la cobertura, del intercambio son de una índole tal que entraña el mínimo de riesgos indispensables para generar las mejoras de eficiencia alegadas. Por otra parte, el intercambio no debería incluir información que trascienda las variables pertinentes para alcanzar las mejoras de eficiencia. Por ejemplo, a efectos de comparación de prácticas, un intercambio de datos individualizados no sería por lo general imprescindible porque la información agregada en, pongamos por caso, cierto tipo de clasificación industrial también podría generar las mejoras de eficiencia alegadas al tiempo que entrañaría un riesgo menor de llevar a un resultado colusorio (véase el Ejemplo 4, punto 108). Por último, suele ser poco probable que el intercambio de datos individualizados sobre intenciones futuras sea imprescindible, especialmente si se refiere a precios y cantidades.
102. Del mismo modo, también es más probable que los intercambios de información que forman parte de acuerdos de cooperación horizontal cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, si no van más allá de lo que es imprescindible para implementar la finalidad económica del acuerdo (por ejemplo, compartir la tecnología necesaria para un acuerdo de I+D o los datos sobre costes en el contexto de un acuerdo de producción).

### 2.3.3. *Beneficio para los consumidores*

103. Las mejoras de eficiencia obtenidas por las restricciones indispensables deben transmitirse a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un intercambio de información. Cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

<sup>(1)</sup> Estas eficiencias deben compararse con los posibles efectos negativos de, por ejemplo, la limitación de la competencia en el mercado que estimula la innovación.

#### 2.3.4. No eliminación de la competencia

104. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no pueden cumplirse si las empresas implicadas en el intercambio de información tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

#### 2.4. Ejemplos

105. Intercambio de precios futuros previstos como restricción de la competencia por el objeto

##### Ejemplo 1

**Situación:** Una asociación de empresas de autocares del país X difunde información individualizada sobre los precios futuros previstos solo a sus empresas miembros. La información contiene varios elementos, tales como el precio previsto y la ruta a la que se aplica el precio, las posibles restricciones a este precio, tales como qué consumidores pueden comprarlo, si se exige el pago por anticipado o una estancia mínima, el periodo durante el cual pueden venderse los billetes a ese precio (primer y último día de venta de billetes), y el tiempo durante el cual puede utilizarse para el viaje el billete a ese precio (primera y última fecha de viaje).

**Análisis:** Este intercambio de información, que tiene su origen en una decisión de una asociación de empresas, se refiere a las intenciones de los competidores en materia de precios. Este intercambio de información es una herramienta muy eficaz para alcanzar un resultado colusorio y, por lo tanto, restringe la competencia por el objeto. Esto se debe a que las empresas pueden cambiar libremente en cualquier momento los precios anunciados dentro de la asociación si se enteran de que sus competidores se proponen aplicar unos precios más altos. Esto permite a las empresas alcanzar un mayor nivel común de precios sin incurrir en el coste que supondría perder cuota de mercado. Por ejemplo, la empresa de autocares A puede anunciar hoy un incremento de precios en la ruta de la ciudad 1 a la ciudad 2 para los viajes a partir del mes siguiente. Como esta información es accesible a las demás empresas de autocares, la empresa A puede esperar a ver la reacción de sus competidores a este anuncio de precios. Si un competidor en la misma ruta, digamos la empresa B, iguala el incremento de precios, entonces el anuncio de A no se modificaría y probablemente entraría en vigor a continuación. Sin embargo, si la empresa B no iguala el incremento de precios, la empresa A aún podría revisar su precio. Este ajuste continuaría hasta que las empresas convergieran a un nivel de precios anticompetitivo cada vez mayor. Es improbable que este intercambio de información cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3. El intercambio de información se limita únicamente a los competidores, es decir, los clientes de las empresas de autocares no se benefician de él directamente.

106. Intercambio de precios corrientes con mejoras de eficiencia suficientes para los consumidores

##### Ejemplo 2

**Situación:** Una oficina nacional de turismo, junto con las empresas de autocares del pequeño país X, acepta difundir información sobre los precios corrientes de billetes de autocar a través de un sitio Internet accesible al público (a diferencia del ejemplo 1, punto 105, los consumidores ya pueden comprar billetes con los precios y condiciones objeto del intercambio, por lo que no son precios futuros previstos sino precios corrientes de servicios presentes y futuros). La información contiene varios elementos, tales como la tarifa y la ruta a los que se aplica el precio, las posibles restricciones a esta tarifa, tales como qué consumidores pueden comprarla, si se exige el pago por anticipado o una estancia mínima, y el tiempo durante el cual puede utilizarse para el viaje el billete a esa tarifa (primera y última fecha de viaje). El viaje en autocar en el país X no pertenece al mismo mercado de referencia que el viaje por avión y por tren. Se presume que el mercado de referencia está concentrado, es estable y no es relativamente complejo y que los precios son transparentes a partir del momento en que se intercambia la información.

**Análisis:** Este intercambio de información no constituye una restricción de la competencia por el objeto. Las empresas intercambian datos sobre precios corrientes en vez de precios futuros previstos puesto que ya están vendiendo realmente billetes a estos precios (al contrario de la situación del Ejemplo 1, punto, 105). Por lo tanto, es menos probable que este intercambio de información constituya un mecanismo eficaz que sirva de punto focal para la coordinación. Sin embargo, dada la estructura del mercado y la naturaleza estratégica de los datos, es probable que este intercambio de información constituya un mecanismo eficaz para controlar las desviaciones de un resultado colusorio, que se produciría probablemente en esta situación de mercado. Por lo tanto, este intercambio

de información podría generar efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, en la medida en que algunos de dichos efectos pueden resultar de la posibilidad de controlar las desviaciones, es probable que las mejoras de eficiencia que se derivan del intercambio de información se transmitan a los consumidores en una medida tal que compense tanto la probabilidad como la magnitud de los efectos restrictivos de la competencia. Contrariamente al Ejemplo 1, el intercambio de información es público y los consumidores pueden realmente comprar billetes con los precios y condiciones objeto del intercambio. Por lo tanto, es probable que este intercambio de información beneficie directamente a los consumidores al reducir sus costes de búsqueda y mejorar las posibilidades de elección, lo que también fomenta la competencia de precios. Por lo tanto, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 107. Precios corrientes deducidos de la información intercambiada

##### Ejemplo 3

**Situación:** Los hoteles de lujo de la capital del país A operan en un oligopolio restringido, no complejo y estable, con unas estructuras de costes considerablemente homogéneas que constituye un mercado de referencia separado del de los otros hoteles. Intercambian directamente información individual sobre tasas de ocupación e ingresos reales. En este caso, la información intercambiada permite a las partes deducir directamente cuáles son sus precios corrientes reales.

**Análisis:** A menos que sea una forma enmascarada de intercambiar información sobre intenciones futuras, este intercambio de información no constituiría una restricción de la competencia por el objeto porque los hoteles intercambian datos actuales y no información sobre cantidades o precios futuros previstos. Sin embargo, el intercambio de información daría lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, porque sería probable que el hecho de conocer los verdaderos precios corrientes del competidor facilitara la coordinación (es decir, alineación) del comportamiento competitivo de las empresas. Muy probablemente, se utilizaría para controlar las desviaciones del resultado colusorio. El intercambio de información incrementa la transparencia en el mercado ya que, si bien los hoteles suelen publicar sus listas de precios, también ofrecen diversos descuentos sobre la lista de precios como fruto de negociaciones o de reservas con antelación o para grupos, etc. Por lo tanto, la información adicional que no se intercambia públicamente entre los hoteles es confidencial desde el punto de vista comercial, es decir, estratégicamente útil. Es probable que este intercambio facilite un resultado colusorio en el mercado porque las partes implicadas constituyen un oligopolio restringido, no complejo y estable, que participa en una relación competitiva a largo plazo (interacciones repetidas). Por otra parte, las estructuras de costes de los hoteles son en gran medida homogéneas. Finalmente, ni los consumidores ni la entrada en el mercado pueden forzar el comportamiento anticompetitivo de los operadores en liza pues los consumidores tienen poco poder de negociación y los obstáculos a la entrada son importantes. No es probable que en este caso las partes puedan demostrar mejora alguna de la eficiencia resultante del intercambio de información que beneficie a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Por lo tanto no es probable que puedan cumplirse las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 108. Beneficios resultantes de la comparación – incumplimiento de los criterios del artículo 101, apartado 3

##### Ejemplo 4

**Situación:** Tres grandes empresas con una cuota de mercado combinada del 80 % en un mercado estable, no complejo, concentrado y con importantes obstáculos a la entrada, intercambian directamente entre sí, de forma no pública y frecuente, información sobre una proporción sustancial de sus costes individuales. Las empresas afirman que este intercambio tiene el objeto de comparar sus resultados con los de sus competidores, con lo que pretenden llegar a ser más eficaces.

**Análisis:** Este intercambio de información no constituye en principio una restricción de la competencia por el objeto. Por lo tanto, hay que evaluar sus efectos en el mercado. A causa de la estructura del mercado, del hecho de que la información intercambiada tiene relación en gran medida con los costes variables de las empresas, de la presentación individualizada de los datos y de su amplia cobertura del mercado de referencia, es probable que el intercambio de información

facilite un resultado colusorio, produciendo efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. No es probable que se cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3, porque hay medios menos restrictivos de lograr las mejoras de eficiencia alegadas, por ejemplo, mediante un tercero que recopile los datos, los haga anónimos y los agregue en alguna forma de clasificación sectorial. Finalmente, en este caso, dado que las partes forman un oligopolio muy restringido, no complejo y estable, incluso el intercambio de datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en el mercado. No obstante, esto sería muy improbable si este intercambio de información tuviese lugar en un mercado no transparente, fragmentado, inestable y complejo.

#### 109. Información verdaderamente pública

##### Ejemplo 5

**Situación:** Las cuatro empresas propietarias de todas las gasolineras del país grande A se comunican por teléfono los precios corrientes de la gasolina. Alegan que este intercambio de información no puede tener efectos restrictivos de la competencia porque la información es pública ya que figura en grandes paneles informativos situados en cada gasolinera.

**Análisis:** Los datos sobre precios intercambiados por teléfono no son verdaderamente públicos ya que, para obtener esta misma información por otro medio, sería necesario incurrir en costes sustanciales de tiempo y transporte. Habría que recorrer frecuentemente largas distancias para recopilar los precios anunciados en los paneles de las estaciones de servicio diseminadas por todo el país. Los costes de esta actividad son potencialmente altos, de tal modo que la información solo podría obtenerse en la práctica mediante el intercambio de información. Por otra parte, el intercambio es sistemático y abarca todo el mercado de referencia, que es un oligopolio restringido, no complejo y estable. Por lo tanto es probable que cree un clima de certidumbre recíproca en cuanto a la política de fijación de precios de los competidores y por ello es probable que facilite un resultado colusorio. Así pues, es probable que este intercambio de información dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

#### 110. Mejor satisfacción de la demanda como mejora de la eficiencia

##### Ejemplo 6

**Situación:** El mercado de referencia cuenta con cinco productores de zumo fresco de zanahoria embotellado. La demanda de este producto es muy inestable y varía según las localidades en distintos momentos. El zumo tiene que venderse y consumirse en el plazo de un día a partir de la fecha de producción. Los productores acuerdan crear una empresa independiente de estudio del mercado que recoja diariamente información actualizada sobre el zumo no vendido en cada punto de venta, para publicarla la siguiente semana en su sitio Internet en una forma agregada por punto de venta. Las estadísticas publicadas permiten a los productores y minoristas realizar previsiones de la demanda y colocar mejor el producto. Antes de implantar el intercambio de informaciones, los minoristas perdían grandes cantidades de zumo, por lo que redujeron la cantidad de zumo comprada a los productores, es decir, el mercado no funcionaba eficientemente. Por lo tanto, en algunos periodos y zonas era frecuente que la demanda quedara insatisfecha. El sistema de intercambio de información, que permitía pronosticar mejor el exceso o escasez de la oferta, redujo perceptiblemente los casos de insatisfacción de la demanda de los clientes y aumentó la cantidad vendida en el mercado.

**Análisis:** Aunque el mercado está bastante concentrado y los datos intercambiados son recientes y estratégicos, no es muy probable que este intercambio facilite un resultado colusorio ya que es improbable que este se produzca en un mercado tan inestable. Aun cuando el intercambio genera un cierto riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia, es probable que las mejoras de eficiencia resultantes del incremento del suministro en los lugares con gran demanda y de su disminución en los que la demanda es menor, compensen los efectos restrictivos potenciales. La información se intercambia de forma pública y agregada, lo que entraña unos riesgos anticompetitivos menores que si se comunicara de forma no pública e individualizada. Por consiguiente, el intercambio de información no va más allá de lo que es necesario para corregir la deficiencia del mercado. Así pues, es probable que este intercambio de información cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

### 3. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

#### 3.1. Definición

111. Los acuerdos de I+D pueden variar, tanto en su forma como en su ámbito de aplicación. Pueden prever la subcontratación de algunas actividades de I+D, la mejora en común de las tecnologías existentes o una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos. Pueden tomar la forma de acuerdos de cooperación o de empresas controladas conjuntamente. Este capítulo se aplica a todas las formas de acuerdos de I+D, incluidos los acuerdos accesorios de fabricación o comercialización de los resultados de la I+D.

#### 3.2. Mercados de referencia

112. Para definir el mercado de referencia al evaluar los efectos de un acuerdo de I+D es fundamental determinar los productos, las tecnologías o las actividades de I+D que ejercerán la mayor presión competitiva sobre las partes. Entre las distintas situaciones posibles, se encuentran, en un extremo, las innovaciones que pueden desembocar en un producto (o una tecnología) que va a competir en un mercado de productos (o de tecnologías) existente. Este es el caso de las actividades de I+D orientadas a mejoras o ligeras modificaciones como, por ejemplo, nuevos modelos de un producto. En esta situación, los efectos potenciales afectan al mercado de los productos existentes. En el otro extremo se sitúan las innovaciones que pueden desembocar en un producto muy novedoso que creará su propio mercado (por ejemplo, una nueva vacuna para una enfermedad incurable hasta entonces). No obstante, muchos casos se hallan entre estos dos extremos: se trata de situaciones en las cuales las actividades de innovación pueden desembocar en la puesta a punto de productos (o tecnologías) que sustituirán, a largo plazo, a productos (o tecnologías) existentes (por ejemplo, los discos compactos, que sustituyeron a los discos de vinilo). El análisis profundo de estas situaciones podría exigir un estudio de ambas cosas, es decir los mercados existentes y el impacto de los acuerdos sobre la innovación.

##### *Mercados de productos existentes*

113. Si la cooperación se refiere a actividades de I+D orientadas hacia la mejora de productos existentes, esos últimos, incluidos sus productos sustitutivos aproximados, constituyen el mercado de referencia afectado por la cooperación <sup>(1)</sup>.
114. Si las actividades de I+D tienen por objeto modificar profundamente un producto existente, o incluso lanzar un nuevo producto que sustituya productos existentes, la sustitución del producto existente puede ser imperfecta o solo producirse a largo plazo. Puede concluirse que los antiguos y los posibles nuevos productos no pertenecen al mismo mercado de referencia <sup>(2)</sup>. El mercado de los productos existentes puede sin embargo verse afectado si la puesta en común de las actividades de I+D puede implicar una coordinación del comportamiento de las partes como proveedores de productos existentes, por ejemplo debido al intercambio de información confidencial desde el punto de vista de la competencia relativa al mercado de productos existentes.
115. Si la I+D se refiere a un componente importante de un producto final, el mercado de referencia para la evaluación no solo será el mercado de este componente, sino también el mercado del producto final existente. Por ejemplo, si unos fabricantes de automóviles cooperan para la I+D de un nuevo tipo de motor, el mercado del automóvil puede resultar afectado por esta cooperación. Sin embargo, a efectos de la evaluación, el mercado de los productos finales solo será mercado de referencia si el componente a que se refiere la I+D es técnica o económicamente un componente esencial de estos productos finales y si las partes del acuerdo de I+D tienen poder de mercado por lo que respecta a estos productos finales.

##### *Mercados de tecnologías existentes*

116. La cooperación en I+D puede referirse no solo a productos sino también a tecnologías. Cuando se comercializan derechos de propiedad intelectual independientemente de los productos a los que corresponden, también debe definirse el mercado tecnológico de referencia. Los mercados de tecnologías incluyen los derechos de propiedad intelectual que se conceden bajo licencia así como las tecnologías alternativas similares, es decir, otras tecnologías que los clientes podrían utilizar como alternativa.

<sup>(1)</sup> Para la definición de mercado, véase la Comunicación sobre la definición de mercado.

<sup>(2)</sup> Véanse también las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, DO C 101 de 27.4.2004, p. 2 («Directrices sobre transferencia de tecnología»), punto 33.

117. El método para definir los mercados de tecnologías se inspira en los mismos principios que el de la definición del mercado de productos<sup>(1)</sup>. Empezando por la tecnología comercializada por las partes, hay que determinar las otras tecnologías a las que los clientes podrían cambiar como respuesta a un aumento pequeño pero constante de los precios relativos. Una vez determinadas las tecnologías, las cuotas de mercado se pueden calcular dividiendo los ingresos por licencias generados por las partes por los ingresos totales de las licencias de todos los licenciadores.
118. La posición de las partes en el mercado de las tecnologías existentes es un criterio de evaluación pertinente cuando la cooperación en I+D pretenda mejorar radicalmente una tecnología existente o poner a punto una nueva tecnología destinada a sustituir una tecnología existente. Sin embargo, la cuota de mercado de las partes solo puede tomarse como punto de partida del análisis. En los mercados de tecnologías, debe ponerse especial énfasis en la competencia potencial. Si empresas que actualmente no dan licencias sobre su tecnología pueden entrar en el mercado de la tecnología, podrían limitar la capacidad de las partes para subir rentablemente los precios de su tecnología. Este aspecto del análisis también puede tenerse directamente en cuenta al calcular las cuotas de mercado basándolas en las ventas de los productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores del producto (véanse los puntos 123 a 126).

#### ***Competencia en la innovación (actividades de I+D)***

119. La cooperación en I+D puede no afectar - o no solo - a la competencia en los mercados existentes, sino también en los mercados de la innovación y de los productos nuevos. Tal es el caso cuando la cooperación en I+D se refiere al desarrollo de nuevos productos o nuevas tecnologías que pueden - si se trata de productos o tecnologías nacientes - llegar a sustituir a los productos o tecnologías existentes o que están destinados a un nuevo uso y, por lo tanto, no sustituirán a productos o tecnologías existentes sino que crearán una demanda completamente nueva. Los efectos sobre la competencia en el ámbito de la innovación son importantes en este tipo de situaciones, pero puede suceder que su evaluación sea insuficiente si el análisis se limita a la competencia real o potencial en los mercados de productos o tecnologías existentes. A este respecto, cabe distinguir dos situaciones, en función de la naturaleza del proceso de innovación en un sector de actividad determinado.
120. En la primera situación, existente por ejemplo en la industria farmacéutica, el proceso de innovación está estructurado de tal manera que es posible determinar en una fase inicial los polos competidores de I+D. Se entiende por polos competidores de I+D las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como los sustitutos de esta I+D, es decir la I+D dirigida a desarrollar productos o tecnologías sustitutivos de los que son objeto de la cooperación en cuestión y que sigan un calendario similar. En este caso, puede analizarse si tras el acuerdo quedará suficiente número de polos de I+D. El análisis se inicia por las actividades de I+D de las partes. Es necesario a continuación definir unos polos competidores de I+D verosímiles. Para medir la verosimilitud de los polos competidores deben tenerse en cuenta los aspectos siguientes: la naturaleza, el alcance y la importancia de otras posibles actividades de I+D, su acceso a los recursos financieros y humanos, a los conocimientos técnicos y a las patentes, otros activos específicos, su calendario y su capacidad de explotar los posibles resultados. Un polo de I+D no es un competidor verosímil si no se puede considerar que es un sustituto aproximado de la actividad de I+D de las partes desde el punto de vista, por ejemplo, del acceso a los recursos o de su calendario.
121. Además del efecto directo en la innovación propiamente dicha, la cooperación puede también afectar a un nuevo mercado de productos. A menudo será difícil analizar los efectos en ese mercado directamente ya que, por su propia naturaleza, no existe todavía. Por ello, el análisis de estos mercados estará a menudo incorporado implícitamente en el análisis de la competencia en la innovación. Sin embargo, puede ser necesario considerar directamente los efectos en dicho mercado de los aspectos del acuerdo que van más allá de la fase de I+D. Un acuerdo de I+D que incluya la producción y comercialización conjuntas en el mercado del producto nuevo puede, por ejemplo, evaluarse diferentemente que un acuerdo puro de I+D.
122. En la segunda situación, las actividades de innovación en un sector no están estructuradas de manera suficientemente clara para permitir la definición de polos de I+D. En este caso, salvo que existan circunstancias excepcionales, la Comisión no pretenderá evaluar los efectos sobre la innovación de una cooperación concreta en I+D y limitará su evaluación a los mercados de productos o tecnologías relacionados con la cooperación en cuestión.

<sup>(1)</sup> Véase la Comunicación sobre la definición de mercado; véase también las Directrices sobre transferencia de tecnología, puntos 19 y ss.

### **Cálculo de las cuotas de mercado**

123. El cálculo de las cuotas de mercado, tanto a efectos del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D como de las presentes Directrices, debe reflejar la distinción entre los mercados existentes y la competencia en la innovación. Al principio de una cooperación en I+D, el punto de referencia es el mercado de productos que pueden mejorarse, substituirse o reemplazarse por los productos en preparación. Si el acuerdo de I+D solo se propone mejorar o perfeccionar productos existentes, este mercado incluye los productos directamente afectados por la I+D. Así, las cuotas de mercado pueden calcularse sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes.
124. Si la I+D se propone substituir un producto existente, el nuevo producto, si tiene éxito, será un sustituto de los productos existentes. Para valorar la posición competitiva de las partes, es de nuevo posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Por consiguiente, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D basa la exención de esos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia respecto de los productos susceptibles de ser mejorados, substituidos o reemplazados por los productos considerados en el contrato» <sup>(1)</sup>. Para entrar en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esta cuota de mercado no puede exceder del 25 % <sup>(2)</sup>.
125. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Sin embargo, con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones, sobre uso gratuito de licencias cruzadas, etc. Un planteamiento alternativo consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de bienes o servicios que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores de productos. Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que está patentada <sup>(3)</sup>. En este mercado la cuota tampoco puede exceder del 25 % (con independencia del método de cálculo utilizado) para poder acogerse a los beneficios del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.
126. Si la I+D se propone crear un producto que suscite una demanda completamente nueva, no pueden calcularse las cuotas de mercado en función de las ventas. Solo es posible un análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia en la innovación. Por lo tanto, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D trata estos acuerdos como si fueran acuerdos entre no competidores y los exime con independencia de la cuota de mercado mientras dure la investigación y el desarrollo conjuntos y durante un periodo adicional de siete años a partir de la primera comercialización del producto <sup>(4)</sup>. Sin embargo, si el acuerdo elimina la competencia efectiva en la innovación se le puede privar del beneficio de la exención por categorías <sup>(5)</sup>. Transcurrido el periodo de siete años, pueden calcularse las cuotas de mercado en función del valor de las ventas y se aplica el umbral de cuota de mercado del 25 % <sup>(6)</sup>.

### **3.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

#### *3.3.1. Principales problemas de competencia*

127. La cooperación en I+D puede restringir la competencia de diferentes maneras. Primero, puede reducir o retrasar la innovación, haciendo que llegue al mercado un número de productos menor o de peor calidad que los que llegarían en caso contrario. En segundo lugar, en los mercados de productos o de tecnología la cooperación en I+D puede reducir perceptiblemente la competencia entre las partes ajenas al acuerdo o puede hacer que la coordinación anticompetitiva en estos mercados sea probable, dando así lugar a precios mayores. Solo puede surgir un problema de exclusión del mercado en el marco de una cooperación en la que participe al menos un operador con un poder de mercado significativo (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante) en una tecnología clave y que dé lugar a una explotación exclusiva de los resultados.

<sup>(1)</sup> Artículo 1, apartado 1, letra u) del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos R&D.

<sup>(2)</sup> Artículo 4, apartado 2, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

<sup>(3)</sup> Véanse también las Directrices sobre transferencia de tecnología, punto 23.

<sup>(4)</sup> Artículo 4, apartado 1, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

<sup>(5)</sup> Véanse los considerandos 19, 20 y 21 del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

<sup>(6)</sup> Artículo 4, apartado 3, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

### 3.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto

128. Los acuerdos de I+D constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren verdaderamente a la I+D conjunta, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, mediante el empleo, por ejemplo, de prácticas prohibidas como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados. Sin embargo, un acuerdo de I+D que incluya la explotación conjunta de los posibles resultados futuros no restringe necesariamente la competencia.

### 3.3.3. Efectos restrictivos de la competencia

129. La mayoría de los acuerdos de I+D no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Este es el caso, en primer lugar, de muchos acuerdos de cooperación en I+D en una fase más bien inicial, muy distante de la explotación de sus posibles resultados.
130. Por otra parte, la cooperación en I+D entre no competidores no suele dar lugar a efectos restrictivos de la competencia <sup>(1)</sup>. Las relaciones de competencia entre las partes deben analizarse en el contexto de los mercados existentes afectados y/o de la innovación. Si, basándose en factores objetivos, las partes no pueden realizar independientemente la I+D necesaria debido, por ejemplo, a las capacidades técnicas limitadas de las partes, el acuerdo de I+D no tendrá por lo general ningún efecto restrictivo de la competencia. Esta observación puede aplicarse, por ejemplo, a las empresas que ponen en común conocimientos, tecnologías y otros recursos complementarios. La cuestión de la competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista. Por ejemplo, las partes no podrían considerarse competidoras potenciales por el mero hecho de que la cooperación les permita realizar las actividades de I+D. La cuestión determinante consiste en saber si cada parte dispone independientemente de los medios necesarios en términos de activos físicos, conocimientos técnicos u otros recursos.
131. La externalización de la I+D previamente cautiva es una forma específica de cooperación en I+D. En esa situación, suelen realizar la I+D empresas especializadas, institutos de investigación o centros académicos que no se dedican a la explotación de los resultados. Por lo general, este tipo de acuerdos se combinan con una transferencia de conocimientos técnicos y/o una cláusula de suministro exclusivo aplicable a los eventuales resultados, que, debido a la naturaleza complementaria de las partes que cooperan en estas situaciones, no producen efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.
132. La cooperación en I+D que no incluye la explotación conjunta de los posibles resultados mediante la concesión de licencias, la producción y/o la comercialización, no suele producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Estos acuerdos puros de I+D solo pueden plantear un problema de competencia si ésta se reduce sensiblemente en cuanto a la innovación, dejando únicamente un número limitado de polos competidores de I+D verosímiles.
133. Solo es probable que los acuerdos de I+D den lugar a efectos restrictivos de la competencia si las partes de la cooperación tienen poder de mercado en los mercados existentes y/o se reduce sensiblemente la competencia en cuanto a la innovación.
134. No hay ningún umbral absoluto por encima del cual quepa suponer que un acuerdo de I+D crea o mantiene poder de mercado y por lo tanto es probable que dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, los acuerdos de I+D entre competidores están amparados por la exención por categorías siempre que su cuota de mercado combinada no exceda del 25 % y que se cumplan las demás condiciones de aplicación del Reglamento de exención por categorías de la I+D.
135. Los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de la I+D debido a que la cuota de mercado combinada de las partes excede del 25 % no necesariamente dan lugar a efectos restrictivos de la competencia. Sin embargo, cuanto más fuerte es la posición

<sup>(1)</sup> Una cooperación en I+D entre no competidores puede, sin embargo, producir efectos de exclusión de conformidad con el artículo 101, apartado 1, si se refiere a una explotación exclusiva de los resultados y si se concluye entre empresas, de las cuales una tiene un grado significativo de poder de mercado (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante), respecto de una tecnología clave.

combinada de las partes en los mercados existentes y/o más se restringe la competencia en la innovación, más probable es que el acuerdo de I+D pueda causar efectos restrictivos de la competencia <sup>(1)</sup>.

136. Si la I+D se destina a mejorar o perfeccionar productos o tecnologías existentes, los posibles efectos derivados se refieren al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. No obstante, los efectos sobre los precios, la producción o la innovación en los mercados existentes solo son probables si las partes tienen conjuntamente una posición de fuerza, si la entrada en estos mercados es difícil y si las actividades de innovación alternativas son escasas. Además si las actividades de I+D solo afectan a un producto intermedio relativamente secundario, incluido en la composición de un producto final, los efectos sobre la competencia en este producto final serán, suponiendo que los haya, muy limitados.
137. Por regla general, debe distinguirse entre los acuerdos puros de I+D y una cooperación más amplia que abarque distintas fases de la explotación de los resultados (es decir, concesión de licencias, producción y comercialización). Según se ha indicado en el punto 132, los acuerdos puros de I+D solamente producirán efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, en contadas ocasiones. Esto se aplica muy especialmente a las actividades de I+D destinadas a mejorar ligeramente los productos o tecnologías existentes. Si, en dicho caso, la cooperación en I+D contempla una explotación conjunta limitada a la concesión de licencias a terceros, no es probable que se produzcan efectos restrictivos tales como la exclusión del mercado. En cambio, si la cooperación se extiende a la producción o comercialización conjunta de los productos o tecnologías a los que se incorporarán estas ligeras mejoras, deberá ser objeto de un examen más pormenorizado. Es más probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción en los mercados existentes si en esta situación intervienen competidores potentes.
138. Si las actividades de investigación y desarrollo se consagran a la puesta a punto de un producto (o de una tecnología) totalmente nuevo que originará su propio mercado, es bastante poco probable que produzcan efectos sobre los precios y la producción en los mercados existentes. El análisis debe centrarse en las restricciones que pueden afectar a la innovación y que se refieren, por ejemplo, a la calidad y diversidad de los posibles futuros productos o tecnologías o también a la rapidez de la innovación. Estos efectos restrictivos pueden producirse cuando dos o varias de las escasas empresas que desarrollan este nuevo producto comienzan a cooperar en una fase en la que cada una de ellas está a punto de lanzar este producto por su cuenta. Dichos efectos son normalmente resultado directo del acuerdo entre las partes. Incluso un acuerdo puro de I+D puede restringir la innovación. Sin embargo, por lo general es improbable que la cooperación en I+D referente a productos enteramente nuevos dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a menos que solo exista un número limitado de polos alternativos de I+D verosímiles. Este principio sigue siendo válido en gran medida cuando la cooperación abarca la explotación conjunta de los resultados o incluso su comercialización conjunta. En estos casos el problema de la explotación conjunta solo puede producir efectos restrictivos de la competencia cuando entra en juego la exclusión del acceso a tecnologías fundamentales. No obstante, estos problemas no se plantearán si las partes conceden licencias que permitan a los terceros competir de manera efectiva.
139. Muchos acuerdos de I+D se encuentran en algún lugar a medio camino entre las dos situaciones descritas en los puntos 137 y 138. Por lo tanto, pueden producir efectos en la innovación y tener repercusiones en los mercados existentes. Así pues, puede ser útil estudiar tanto el mercado existente como el efecto sobre la innovación para medir las posiciones combinadas de las partes, el grado de concentración de los mercados, el número de empresas e innovadores y las condiciones de entrada en los mercados. En algunos casos puede haber efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción, la innovación, la calidad del producto o de la variedad de mercados existentes y en forma de impacto negativo en la innovación mediante la ralentización del desarrollo. Por ejemplo, si competidores importantes en un mercado de tecnologías existente cooperan con el fin de poner a punto una nueva tecnología susceptible de sustituir, a largo plazo, productos existentes, esta cooperación producirá probablemente efectos restrictivos si las partes tienen un poder de mercado significativo en el mercado existente (lo que les incitará a explotarlo) y si también tienen una posición de fuerza en las actividades de investigación y desarrollo. Es posible que se registren efectos similares si la principal empresa de un mercado existente coopera con un competidor mucho más pequeño, o incluso con un competidor potencial que está a punto de hacer su aparición en el mercado con un nuevo producto o una nueva tecnología que puede amenazar la posición de la empresa existente.

<sup>(1)</sup> Sin perjuicio del análisis de las posibles mejoras de eficiencia, con inclusión de aquellas que existen normalmente en la I+D cofinanciada con fondos públicos.

140. Los acuerdos también pueden quedar fuera del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D independientemente del poder del mercado de las partes. Así sucede, por ejemplo, con los acuerdos que restringen indebidamente el acceso de una parte a los resultados de la cooperación en I+D <sup>(1)</sup>. El Reglamento de exención por categorías establece una excepción a esta norma general cuando se trata de institutos de investigación, centros académicos o empresas especializadas que prestan la I+D como servicio y que no participan en la explotación industrial de sus resultados <sup>(2)</sup>. No obstante, los acuerdos fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos I&D y que establecen derechos de acceso exclusivos a efectos de explotación, cuando entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, pueden cumplir los criterios de exención formulados en el apartado 3 de dicho artículo, en particular, cuando estos derechos de acceso exclusivos son económicamente indispensables en función del mercado, los riesgos y las considerables inversiones necesarias para poder explotar los resultados de la investigación y el desarrollo.

### 3.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

#### 3.4.1. Mejoras de eficiencia

141. Muchos acuerdos de I+D, con o sin explotación conjunta de los posibles resultados, obtienen mejoras de eficiencia mediante la combinación de conocimientos y activos complementarios, dando así lugar a productos mejorados o nuevos y al desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez. Los acuerdos de I+D también pueden dar lugar a una mayor difusión del conocimiento, que puede generar una mayor innovación. Los acuerdos de I+D también pueden dar lugar a reducciones de costes.

#### 3.4.2. Carácter indispensable

142. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de I+D no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. En particular, las restricciones enumeradas en el artículo 5 del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D pueden reducir la probabilidad de concluir que se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3, tras una evaluación individual. Por lo tanto será necesario por lo general que las partes de un acuerdo de I+D muestren que esas restricciones son indispensables para la cooperación.

#### 3.4.3. Beneficio para los consumidores

143. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de I+D. Por ejemplo, la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados debe compensar cualesquiera incrementos de precios u otros efectos restrictivos de la competencia. En general es más probable que un acuerdo de I+D logre aumentos de eficiencia que beneficien a los consumidores si da lugar a la combinación de conocimientos y activos complementarios. Las partes de un acuerdo pueden, por ejemplo, tener distintas capacidades de investigación. Si, por otra parte, las cualificaciones y los activos de las partes son muy similares, el efecto más importante del acuerdo de I+D puede ser la eliminación parcial o total de la I+D de una o varias partes. Esto eliminará costes (fijos) para las partes del acuerdo pero será improbable que dé lugar a beneficios que repercutan en el consumidor. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes menos probable será que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 3.4.4. No eliminación de la competencia

144. No se cumplirán los criterios del artículo 101, apartado 3, si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos (o tecnologías) en cuestión.

#### 3.4.5. Momento de la evaluación

145. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el artículo 101, apartado 3, se efectúa en el contexto real en el que se producen y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de cambios importantes en los hechos. La excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se aplica siempre que se cumplan las cuatro condiciones de esta disposición

<sup>(1)</sup> Véase el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

<sup>(2)</sup> Véase el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

y deja de aplicarse cuando ya no sea así. Al aplicar el artículo 101, apartado 3, de conformidad con esos principios es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 101 no puede aplicarse sin tener en cuenta esas inversiones anteriores. Así, el riesgo a que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo pueden llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del artículo 101, apartado 1, o a que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, durante el periodo de tiempo necesario para recuperar la inversión. En caso de que la inversión resultante de la inversión se beneficie de cualquier tipo de exclusividad concedida a las partes en virtud de normas específicas de protección de derechos de propiedad intelectual, será poco probable en general que el periodo de recuperación de tal inversión exceda del periodo de exclusividad establecido con arreglo a dichas normas.

146. En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado el acuerdo restrictivo, no puede restablecerse la situación anterior. En tales casos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de I+D en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga abandonar los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que finalice su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 101, por ejemplo porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de I+D, el acuerdo de las partes de abandonar sus propios proyectos seguirá siendo compatible con el artículo 101, aun cuando posteriormente fracasen los proyectos de terceros. No obstante, la prohibición del artículo 101 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la I+D conjunta, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 101 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si este, debido a la posterior evolución del mercado, produce efectos restrictivos de la competencia y (ya) no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad.

### 3.5. Ejemplos

147. Impacto de la I+D conjunta en mercados de la innovación/nuevo mercado de productos

#### Ejemplo 1

**Situación:** Las empresas A y B son las dos principales empresas en el mercado de la fabricación de componentes electrónicos existentes de la Unión. Ambas tienen una cuota de mercado del 30 %. Cada una de ellas ha realizado cuantiosas inversiones en las actividades de I+D necesarias para fabricar componentes electrónicos miniaturizados y ha desarrollado unos primeros prototipos. En un momento dado, acuerdan aunar sus actividades de I+D mediante la creación de una empresa en participación que complete dichas actividades y fabrique los componentes, que se venderán a las matrices para que éstas los comercialicen por separado. El resto del mercado está formado por pequeñas empresas que carecen de los recursos suficientes para llevar a cabo las inversiones necesarias.

**Análisis:** Si bien es probable que compitan con los componentes existentes en algunas áreas, los componentes electrónicos miniaturizados son esencialmente una nueva tecnología y hay que analizar los polos de la investigación orientados hacia ese mercado futuro. Si la empresa en participación sigue adelante, solo habrá un camino para la tecnología de fabricación necesaria, mientras que parece probable que A y B puedan introducirse en el mercado individualmente con productos distintos. Así pues, el acuerdo reduce la variedad de productos. También es probable que la producción conjunta limite directamente la competencia entre las partes de los acuerdos y las lleve a acordar niveles de producción o de calidad u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia. Esto limitará la competencia aunque las partes comercialicen independientemente los productos. Por ejemplo, las partes podrán limitar la producción de la empresa en participación en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si hubieran decidido su producción individualmente. Asimismo, la empresa en participación también podrá aplicar a las partes un precio de transferencia más elevado, aumentando así los costes de los insumos de las partes, lo que puede dar lugar a unos precios mayores en sentido descendente. La cuota de mercado combinada de

las partes en el mercado en sentido descendente existente es grande y el resto de este mercado está fragmentado. Es probable que esta situación llegue a acentuarse aún más en el nuevo mercado descendente del producto puesto que los competidores más pequeños no pueden invertir en los nuevos componentes. Por lo tanto es muy probable que la producción conjunta restrinja la competencia. Además, en el futuro es probable que el mercado de los componentes electrónicos miniaturizados evolucione hasta ser un duopolio con un alto grado de costes comunes y un posible intercambio de información comercial confidencial entre las partes. Por lo tanto, también puede haber un grave riesgo de coordinación contraria a la competencia que desemboque en un resultado colusorio en este mercado. Así pues, es probable que el acuerdo de I+D dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Si bien el acuerdo puede dar lugar a mejoras de eficiencia consistentes en la mayor rapidez de desarrollo de una nueva tecnología, por otro lado las partes no se enfrentarán a ninguna competencia a nivel de I+D, por lo que sus incentivos para desarrollar rápidamente la nueva tecnología pueden reducirse seriamente. A pesar de que algunos de estos problemas podrían resolverse si las partes se comprometiesen a conceder a terceros en condiciones razonables licencias de los conocimientos técnicos esenciales para la fabricación de componentes miniaturizados, parece poco probable que esto solucionase todos los problemas y cumplierse las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### Ejemplo 2

**Situación:** Una pequeña empresa A dedicada a la investigación que carece de organización propia de comercialización ha descubierto y patentado una sustancia farmacéutica basada en una nueva tecnología que revolucionará el tratamiento de una enfermedad. La empresa A celebra un acuerdo de I+D con la empresa B, gran fabricante de productos farmacéuticos que hasta el momento se han empleado en el tratamiento de esa misma enfermedad. La empresa B no tiene ninguna experiencia ni programa de I+D similares y no podría adquirir esa experiencia en el plazo adecuado. Por lo que se refiere a los productos ya existentes, la empresa B posee una cuota de mercado aproximada del 75 % en todos los Estados miembros, pero las patentes expirarán a lo largo de los cinco próximos años. Existen otros dos polos de investigación con otras empresas que se encuentran más o menos en la misma fase de desarrollo empleando la misma nueva tecnología básica. La empresa B realizará una inversión considerable y aportará conocimientos técnicos para el desarrollo del producto, así como acceso futuro al mercado. Se concede a la empresa B una licencia para la producción y distribución exclusivas del producto resultante durante la vigencia de la licencia. Se espera que el producto pueda estar en el mercado en un plazo de cinco a siete años.

**Análisis:** Es probable que el producto pertenezca a un nuevo mercado de referencia. Las partes aportan a la cooperación recursos y conocimientos complementarios, con lo que aumenta de forma sustancial la probabilidad de que el producto se comercialice. Aunque es probable que la empresa B tenga un considerable poder de mercado en el mercado existente, este poder disminuirá dentro de poco. El acuerdo no supondrá una pérdida de I+D por parte de B, pues no tiene ninguna experiencia en este ámbito de investigación, y es probable que la existencia de otros polos de investigación elimine cualquier incentivo para reducir las actividades de I+D. Es probable que los derechos de explotación durante el periodo restante de vigencia de la licencia sean necesarios para que la empresa B lleve a cabo las inversiones considerables que se necesitan y la empresa A carece de recursos de comercialización propios. Así pues, no es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Incluso si los hubiera, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 148. Riesgo de exclusión

#### Ejemplo 3

**Situación:** Una pequeña empresa A dedicada a la investigación que carece de organización propia de comercialización ha descubierto y patentado una nueva tecnología que revolucionará el mercado de cierto producto para el cual hay un productor (empresa B) monopolístico en todo el mundo pues ningún competidor puede competir con la tecnología actual de B. Existen otros dos polos de investigación con otras empresas que se encuentran más o menos en la misma fase de desarrollo

empleando la misma nueva tecnología básica. La empresa B realizará una inversión considerable y aportará conocimientos técnicos para el desarrollo del producto, así como acceso futuro al mercado. Se concede a la empresa B una licencia para el uso de la tecnología durante la vigencia de la licencia y dicha empresa se compromete a financiar solamente el desarrollo de la tecnología de la empresa A.

**Análisis:** Es probable que el producto pertenezca a un nuevo mercado de referencia. Las partes aportan a la cooperación recursos y conocimientos complementarios, con lo que aumenta de forma sustancial la probabilidad de que el producto se comercialice. Sin embargo, es probable que el hecho de que la empresa B se comprometa con la nueva tecnología de la empresa A pueda dar lugar a que los dos polos de investigación competidores abandonen sus proyectos pues puede ser difícil recibir financiación permanente si pierden el cliente potencial más probable para su tecnología. En esta situación, ningún competidor potencial podrá enfrentarse a la posición de monopolio de B en el futuro. Así, es probable que se considere que el efecto de exclusión del acuerdo produce efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Para beneficiarse del artículo 101, apartado 3, las partes tendrán que mostrar que la exclusividad concedida es imprescindible para lanzar la nueva tecnología al mercado.

#### Ejemplo 4

**Situación:** La empresa A tiene poder de mercado en el mercado al que pertenece su fármaco líder de ventas. Una pequeña empresa B que realiza I+D farmacéutica y produce un Ingrediente Farmacéutico Activo (IFA) ha descubierto y presentado una solicitud de patente para un nuevo procedimiento, que permite producir el IFA del fármaco líder de ventas de la empresa A de forma más económica, y sigue desarrollando el procedimiento para la producción industrial. La patente del compuesto (IFA) del fármaco líder de ventas caduca dentro de algo menos de tres años; posteriormente subsistirán varias patentes de procedimientos relativos al fármaco. La empresa B considera que el nuevo procedimiento que ha desarrollado no infringiría las patentes de procedimiento de la empresa A existentes y permitiría producir una versión lícita del fármaco en cuestión cuando la patente del IFA haya caducado. La empresa B podría fabricar su propio producto y/o conceder una licencia sobre el procedimiento a los terceros interesados, por ejemplo a productores de genéricos o a la empresa A. Antes de concluir su investigación y desarrollo en este campo, la empresa B firma un acuerdo con la empresa A por el que esta hace una contribución financiera al proyecto de I+D ejecutado por la empresa B, siempre que B adquiriera un permiso exclusivo para todas las patentes de la empresa B relacionadas con el proyecto de I+D. Existen otros dos polos independientes de investigación para desarrollar un procedimiento lícito para la producción del fármaco líder de ventas, pero todavía no está claro que lleguen a la fase de producción industrial.

**Análisis:** El procedimiento cubierto por la solicitud de patente de la empresa B no permite fabricar un nuevo producto. Se limita a mejorar un procedimiento de producción existente. La empresa A tiene poder de mercado en el mercado existente al que pertenece el fármaco líder de ventas. Aunque este poder de mercado disminuyera perceptiblemente con la entrada de hecho en el mercado de competidores genéricos, la licencia exclusiva impide a terceros disponer del procedimiento desarrollado por la empresa B y, de este modo, puede demorar la introducción del genérico (debido especialmente a que el producto aún está protegido por varias patentes de procedimiento) y, por lo tanto, restringe la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Como las empresas A y B son competidores potenciales, el Reglamento de exención por categorías de I+D no se aplica porque la cuota de mercado de la empresa A en el mercado del fármaco líder de ventas es superior al 25 %. Los ahorros de costes basados en el nuevo procedimiento de producción para la empresa A no son suficientes para compensar la restricción de la competencia. En cualquier caso, una licencia exclusiva no es imprescindible para lograr los ahorros en el procedimiento de producción. Por lo tanto, es improbable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 149. Impacto de la cooperación en I+D en mercados dinámicos de productos y tecnologías y en el medio ambiente

#### Ejemplo 5

**Situación:** Dos empresas de ingeniería que producen componentes de vehículos acuerdan crear una empresa en participación para combinar sus actividades de I+D con objeto de mejorar la producción

y el rendimiento de un componente existente. La producción de este componente tendría también un efecto positivo para el medio ambiente. Los vehículos consumirían menos combustible y, por lo tanto, emitirían menos CO<sub>2</sub>. Las empresas aúnan sus actuales divisiones de concesión de licencias de tecnología en este ámbito, si bien continuarán fabricando y vendiendo los componentes por separado. Las dos empresas poseen en el mercado de fabricantes de equipos originales («OEM») de la Unión unas cuotas de mercado del 15 % y el 20 %. En este mercado existen otros dos grandes competidores, además de varios programas internos de investigación llevados a cabo por grandes fabricantes de automóviles. En el mercado mundial de concesión de licencias de tecnología para estos productos, las partes poseen cuotas del 20 % y el 25 %, en términos de ingresos generados, y existen otras dos tecnologías importantes. Por lo general, el ciclo de vida del producto para este componente es de dos a tres años. En cada uno de los cinco últimos años una de las empresas principales ha introducido una nueva versión o una mejora.

**Análisis:** Habida cuenta de que ninguna de las actividades de I+D de estas empresas está destinada a la fabricación de un producto completamente nuevo, los mercados de referencia son los de componentes ya existentes y los de concesión de licencias de la tecnología pertinente. La cuota de mercado combinada de las partes tanto en el mercado OEM (35 %) como, en especial, en el mercado tecnológico (45 %) es muy alta. Sin embargo, las partes seguirán fabricando y vendiendo por separado los componentes. Además, hay varias tecnologías competidoras que son objeto de mejoras periódicas. Por otra parte, los fabricantes de vehículos, que actualmente no conceden licencias de su tecnología, también pueden introducirse en este mercado con lo que restringirán la capacidad de las partes para elevar los precios. En el supuesto de que la empresa en participación restrinja la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, es probable que cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3. Para evaluar la empresa en participación con arreglo al artículo 101, apartado 3, sería necesario tener en cuenta que los consumidores se beneficiarán de un menor consumo de combustible.

#### 4. ACUERDOS DE PRODUCCIÓN

##### 4.1. Definición y alcance

150. Los acuerdos de producción pueden variar en forma y alcance. Pueden prever que solo una de las partes o dos o más partes realicen la producción. Las empresas pueden producir conjuntamente mediante una empresa en participación, es decir, una empresa controlada conjuntamente que opera una o varias instalaciones de producción, o mediante una forma menos rígida de cooperación para la producción tal como los acuerdos de subcontratación en los que una parte (el «contratista») encarga a otra (el «subcontratista») la producción de un bien.
151. Hay diversos tipos de acuerdos de subcontratación. Los acuerdos horizontales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en el mismo mercado de producto con independencia de si son competidores reales o potenciales. Los acuerdos verticales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en niveles diferentes del mercado.
152. Los acuerdos horizontales de subcontratación abarcan los acuerdos de especialización unilaterales y recíprocos así como los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción. Los acuerdos unilaterales de especialización son acuerdos entre dos partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales una de ellas acuerda cesar total o parcialmente la producción de ciertos bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte, que acepta producir y suministrar esos productos. Los acuerdos de especialización recíproca, son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a cesar o abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a suministrárselos. En el caso de los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción el contratista encarga al subcontratista la producción de un bien, mientras que el contratista no cesa o no limita al mismo tiempo su propia producción del bien.
153. Las presentes Directrices se aplican a todas las formas de acuerdos de producción conjunta y a los acuerdos horizontales de subcontratación. Si se cumplen ciertas condiciones, los acuerdos de producción conjunta así como los acuerdos de especialización unilaterales y recíprocos pueden acogerse al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización.

154. Los acuerdos verticales de subcontratación no están cubiertos por las presentes Directrices. Entran en el ámbito de aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales y, siempre que se cumplan determinadas condiciones, pueden acogerse al Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales. Además, pueden entrar en el ámbito de aplicación de la Comunicación de la Comisión de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (comunicación de subcontratas) <sup>(1)</sup>.

#### 4.2. Mercados de referencia

155. Para evaluar la relación de competencia entre las partes que cooperan, hay que definir en primer lugar el mercado o mercados de referencia afectados directamente por la cooperación para la producción, es decir, los mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo de producción.
156. Un acuerdo de producción también puede tener efectos indirectos en mercados adyacentes del mercado afectado directamente por la cooperación, por ejemplo en mercados ascendentes o descendentes (los llamados «mercados afectados indirectamente») <sup>(2)</sup>. Es probable que los mercados afectados indirectamente sean mercados de referencia si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en el mercado afectado indirectamente.

#### 4.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

##### 4.3.1. Principales problemas de competencia

157. Los acuerdos de producción pueden dar lugar a una limitación directa de la competencia entre las partes. Los acuerdos de producción, y en especial las empresas en participación para la producción, pueden llevar a las partes a alinear directamente los niveles y la calidad de la producción, el precio al que la empresa en participación vende sus productos u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia. Esto puede restringir la competencia incluso si las partes comercializan los productos independientemente.
158. Los acuerdos de producción también pueden dar lugar a que las partes coordinen su comportamiento competitivo como proveedores, lo que llevaría a precios más altos y a una menor producción, innovación, calidad o variedad de productos, es decir, a un resultado colusorio. Esto puede suceder, siempre que las partes tengan poder de mercado y que existan características de mercado conducentes a dicha coordinación, especialmente cuando el acuerdo de producción incrementa los costes comunes de las partes (es decir, la proporción de los costes variables que las partes tienen en común) en un grado tal que les permita llegar a un resultado colusorio, o si el acuerdo entraña un intercambio de información comercial confidencial que pueda llevar a un resultado colusorio.
159. Los acuerdos de producción pueden además llevar a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado (por ejemplo, el mercado en sentido descendente que se basa en insumos procedentes del mercado en el que está vigente el acuerdo de producción). Por ejemplo, al lograr un poder de mercado suficiente, las partes que se dedican a la producción conjunta en un nivel superior del mercado pueden subir el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, pueden utilizar la producción conjunta para aumentar los costes de sus rivales en sentido descendente y, en último término, expulsarlos del mercado. Esto a su vez aumentará el poder del mercado de las partes en sentido descendente, lo que podrá permitirles mantener unos precios superiores al nivel competitivo o perjudicar a los clientes de algún otro modo. Estos problemas de competencia pueden materializarse independientemente de que las partes del acuerdo sean competidoras en el mercado en el que tiene lugar la cooperación. Sin embargo, para que esta clase de exclusión produzca efectos contrarios a la competencia, al menos una de las partes debe tener una posición de mercado sólida en el mercado donde se evalúan los riesgos de exclusión.

##### 4.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto

160. Generalmente, los acuerdos que implican fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado o los clientes restringen la competencia por el objeto. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de producción, esto no se aplica cuando:

<sup>(1)</sup> DO C 1 de 3.1.1979, p. 2.

<sup>(2)</sup> Según se menciona también en el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones.

- las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), a condición de que no se eliminen los otros parámetros de la competencia, o
- un acuerdo de producción que también contempla la distribución conjunta de los productos fabricados conjuntamente, prevé la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, y solo de estos, siempre que esta restricción sea necesaria para la producción conjunta, es decir, que de lo contrario las partes carecerían desde el principio de un incentivo para concluir el acuerdo de producción.

161. En estos dos casos es necesario evaluar si es probable que el acuerdo dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. En ambos supuestos, el acuerdo relativo a la producción o los precios no será evaluado separadamente, sino a la luz de los efectos globales de la totalidad del acuerdo de producción sobre el mercado.

#### 4.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

162. La probabilidad de que los posibles problemas de competencia que pueden plantear los acuerdos de producción llegue a materializarse en un caso determinado depende de las características del mercado en que se aplica el acuerdo, de la naturaleza de la cooperación y de su cobertura del mercado, así como del producto afectado. Estas variables determinan los efectos probables de un acuerdo de producción sobre la competencia y, por ende, la aplicabilidad del artículo 101, apartado 1.
163. La probabilidad de que un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos de la competencia depende de la situación que existiría a falta del acuerdo con todas sus supuestas restricciones. Por lo tanto, no es probable que los acuerdos de producción entre empresas que compiten en los mercados en los que se registra la cooperación tengan efectos restrictivos de la competencia si la cooperación da lugar a un nuevo mercado, es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo bien o servicio que, de lo contrario, basándose en factores objetivos, no podrían haber lanzado debido, por ejemplo, a sus capacidades técnicas.
164. En ciertos sectores en los que la producción es la principal actividad económica, incluso un simple acuerdo de producción puede por sí mismo eliminar aspectos claves de la competencia, limitando así directamente la competencia entre las partes de los acuerdos.
165. De forma alternativa, un acuerdo de producción puede dar lugar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia si aumenta el poder del mercado de las empresas o sus costes comunes y/o si conlleva el intercambio de información comercial confidencial. Por otra parte, no es probable que se produzca una limitación directa de la competencia entre las partes, un resultado colusorio o una exclusión contraria a la competencia si las partes del acuerdo no tienen poder de mercado en el mercado en que se evalúan los principales problemas de competencia. El poder de mercado es lo único que les puede permitir mantener rentablemente los precios por encima del nivel competitivo, o mantener rentablemente la producción, la calidad del producto o su variedad por debajo de lo que exigiría la competencia.
166. Cuando una empresa con poder de mercado coopera con un posible nuevo operador, por ejemplo, con un proveedor del mismo producto en un mercado adyacente, ya sea geográfico o de producto, el acuerdo puede aumentar potencialmente el poder de mercado de la primera. Esto puede llevar a efectos restrictivos de la competencia si la competencia real en el mercado de la primera empresa ya es escasa y la amenaza de una entrada es una fuente importante de presión competitiva.
167. Los acuerdos de producción que también implican funciones de comercialización, tales como la distribución y/o mercadotecnia conjuntas, entrañan un mayor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia que los meros acuerdos de producción conjunta. No obstante, la comercialización conjunta acerca la cooperación al consumidor y generalmente implica la fijación conjunta de precios y ventas, es decir, unas prácticas que conllevan los mayores riesgos para la competencia. Sin embargo, por lo general los acuerdos de distribución conjunta de productos fabricados conjuntamente tienen menos probabilidades de restringir la competencia que los acuerdos que solo se refieren a la distribución conjunta. Asimismo, un acuerdo de distribución conjunta que es necesario para celebrar inicialmente el acuerdo de producción conjunta tiene menos probabilidades de restringir la competencia que si no es necesario para la producción conjunta.

***Poder de mercado***

168. No es probable que un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos de la competencia si las partes del acuerdo no tienen poder de mercado en el mercado en el que se evalúa una restricción de la competencia. El punto de partida para el análisis del poder de mercado es la cuota de mercado de las partes. A continuación, se analizará por lo general el coeficiente de concentración y el número de operadores así como otros factores dinámicos tales como el acceso potencial al mercado y la evolución de las cuotas de mercado.
169. Es improbable que las empresas tengan poder de mercado por debajo de cierto nivel de cuota de mercado. Por lo tanto, los acuerdos de especialización unilaterales o recíprocos y los acuerdos de producción conjunta que incluyan algunas funciones de comercialización integradas tales como la distribución conjunta, están amparados por el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización si se concluyen entre partes cuya cuota de mercado conjunta no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia, siempre que se cumplan las demás condiciones para la aplicación del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización. Además, por lo que respecta a los acuerdos horizontales de subcontratación con vistas a aumentar la producción, en la mayor parte de los casos es improbable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo no supera el 20 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 20 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
170. Sin embargo, si la cuota de mercado conjunta de las partes excede del 20 %, hay que analizar los efectos restrictivos pues el acuerdo no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización ni en la salvaguardia regulatoria de los acuerdos de subcontratación horizontales con vistas a la expansión de la producción contemplados en establecida en el considerando las frases tercera y cuarta del punto 169. Una cuota de mercado moderadamente más elevada que la permitida en el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización o en la salvaguardia regulatoria no implica necesariamente un mercado altamente concentrado, que constituye un factor importante de la evaluación. Una cuota de mercado conjunta de las partes ligeramente superior al 20 % puede existir en un mercado con una concentración moderada. En general, la probabilidad de que un acuerdo de producción ocasione efectos restrictivos de la competencia en un mercado concentrado es mayor que en un mercado que no lo está. Del mismo modo, un acuerdo de producción en un mercado concentrado puede aumentar el riesgo de resultado colusorio incluso si las partes solo tienen una cuota de mercado conjunta moderada.
171. Aun cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo y la concentración del mercado sean elevadas, los riesgos de efectos restrictivos de la competencia pueden seguir siendo bajos si el mercado es dinámico, es decir, si el acceso al mercado y las posiciones en el mismo cambian frecuentemente.
172. Al analizar si las partes de un acuerdo de producción tienen poder de mercado, es importante tener en cuenta el número y la intensidad de las relaciones (por ejemplo, otros acuerdos de cooperación) entre los competidores presentes en el mercado.
173. Factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia.

***Limitación directa de la competencia entre las partes***

174. La competencia entre las partes de un acuerdo de producción puede limitarse directamente de diferentes maneras. Las partes de una empresa en participación de producción pueden, por ejemplo, limitar la producción de dicha empresa en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente. Si el acuerdo de producción determina las principales características, esto puede eliminar también las dimensiones clave de la competencia entre las partes y, en último término, dar lugar a efectos restrictivos de la competencia. Otro ejemplo sería el de una empresa en participación que aplique a las partes un precio de transferencia elevado, aumentando así los costes de entrada para las partes, lo que puede dar lugar a unos precios más altos en sentido descendente. Puede que resulte rentable para los competidores aumentar sus precios como respuesta, lo que contribuirá a incrementar los precios en el mercado de referencia.

**Resultado colusorio**

175. La probabilidad de un resultado colusorio depende del poder de mercado de las partes así como de las características del mercado de referencia. Un resultado colusorio puede ser fruto, en particular pero no únicamente, de unos costes comunes o de un intercambio de información propiciado por el acuerdo de producción.
176. Es probable que un acuerdo de producción entre partes que tengan poder de mercado produzca efectos restrictivos de la competencia si aumenta sus costes comunes (es decir, la proporción de los costes variables que las partes tienen en común) a un nivel tal que les permita incurrir en un resultado colusorio. Los costes pertinentes son los costes variables del producto con el que compiten las partes del acuerdo de producción.
177. Es más probable que un acuerdo de producción lleve a un resultado colusorio si antes del acuerdo las partes ya tenían en común una proporción elevada de los costes variables, pues el incremento adicional (es decir, los costes de producción del bien objeto del acuerdo) puede inclinar la balanza hacia un resultado colusorio. Por el contrario, si el incremento es amplio, el riesgo de resultado colusorio puede ser elevado incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes fuera bajo.
178. Los costes comunes aumentan el riesgo de resultado colusorio solamente cuando los costes de producción representan una proporción importante de los costes variables afectados. Este no es el caso, por ejemplo, cuando la cooperación se refiere a productos cuya comercialización es costosa. Un ejemplo serían los productos nuevos o heterogéneos cuya comercialización es costosa o con altos costes de transporte.
179. Otra situación en la que los costes comunes pueden llevar a un resultado colusorio se presenta cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente. Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente. Esto debilitaría la competencia descendente y probablemente llevaría a unos precios finales más altos. El beneficio se trasladaría de la fase descendente a la ascendente para compartirlo a continuación en cooperación mediante la empresa en participación.
180. Del mismo modo, los costes comunes incrementan los riesgos para la competencia derivados de un acuerdo horizontal de subcontratación cuando el insumo que el contratista compra al subcontratista supone una gran proporción de los costes variables del producto final con el que compiten las partes.
181. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo. Un acuerdo de producción puede generar efectos restrictivos de la competencia si implica un intercambio de información comercial estratégica que pueda llevar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia. La probabilidad de que el intercambio de información en el contexto de un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos de la competencia debe evaluarse según la orientación que figura en el capítulo 2.
182. Si el intercambio de información no va más allá del intercambio de datos necesarios para la producción conjunta de los bienes objeto del acuerdo de producción, incluso aunque el intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, las probabilidades de que el acuerdo cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, serán mayores que si el intercambio va más allá de lo necesario para la producción conjunta. En este caso es probable que las mejoras de eficiencia derivadas de la producción conjunta compensen los efectos restrictivos producidos por la coordinación de la conducta de las partes. Inversamente, en el contexto de un acuerdo de producción es menos probable que el intercambio de datos que no son necesarios para la producción conjunta, por ejemplo el intercambio de información sobre precios y ventas, cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

**4.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3****4.4.1. Mejoras de eficiencia**

183. Los acuerdos de producción pueden ser beneficiosos para la competencia si procuran mejoras de eficiencia en forma de ahorro de costes o de mejores tecnologías de producción. Mediante la producción conjunta, las empresas pueden ahorrar costes que de lo contrario deberían soportar dos veces.

Asimismo, pueden producir a menor coste si la cooperación les permite aumentar la producción en caso de que los costes marginales disminuyan con la producción, es decir, mediante economías de escala. La producción conjunta también puede ayudar a que las empresas mejoren la calidad del producto si aúnan sus capacitaciones y conocimientos técnicos complementarios. La cooperación puede además hacer posible que las empresas aumenten su gama de productos de una manera tal que no habrían podido permitirse o lograr si aquella no hubiera existido. Si bien la producción conjunta posibilita a las partes aumentar el número de tipos diferentes de productos, también les puede proporcionar un ahorro de costes mediante economías de alcance.

#### 4.4.2. *Carácter indispensable*

184. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de producción no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Por ejemplo, por lo general no se considerarán indispensables las restricciones de la conducta competitiva de las partes por lo que se refiere a la producción fuera de la cooperación impuestas en un acuerdo de producción. Del mismo modo, no se considerará que la fijación conjunta de precios es indispensable si el acuerdo de producción tampoco implica la comercialización conjunta.

#### 4.4.3. *Beneficio para los consumidores*

185. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en forma de precios menores o de mejor calidad o variedad del producto en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de los criterios del artículo 101, apartado 3. Si las partes del acuerdo de producción logran un ahorro de sus costes variables es más probable que los transmitan a los consumidores que si reducen sus costes fijos. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 4.4.4. *No eliminación de la competencia*

186. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si se ofrece a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

### 4.5. Ejemplos

187. Costes comunes y resultados colusorios

#### Ejemplo 1

**Situación:** Dos proveedores, las empresas A y B, de un producto X deciden cerrar sus antiguas instalaciones de producción existentes y construir una instalación de producción mayor, moderna y más eficaz dirigida por una empresa en participación, que tendrá una capacidad superior a la capacidad total de las viejas plantas de A y B. Los competidores, que utilizan sus instalaciones a plena capacidad, no planean ninguna inversión semejante. A y B tienen unas cuotas de mercado del 20 % y el 25 % respectivamente. Sus productos son los sustitutos más aproximados en un segmento específico del mercado, que está concentrado. El mercado es transparente y está bastante estancado, no hay ninguna entrada y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo de los años. Los costes de producción constituyen una parte principal de los costes variables de A y B correspondientes a X. La comercialización es una actividad económica menor en términos de costes y de importancia estratégica en comparación con la producción: los costes de comercialización son bajos ya que el producto es homogéneo y está asentado, y el transporte no es un elemento clave de la competencia.

**Análisis:** Si A y B compartieran todos o la mayoría de sus costes variables, este acuerdo de producción podría llevar a una limitación directa de la competencia entre ellas. Puede llevar a las partes a limitar la producción de la empresa en participación en comparación con lo que las partes hubieran introducido en el mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente. Teniendo en cuenta las limitaciones de capacidad de los competidores, esta reducción de la producción podría dar lugar a precios más altos.

Incluso si A y B no compartieran la mayoría de sus costes variables, sino solo una parte significativa, este acuerdo de producción podría dar lugar a un resultado colusorio entre A y B que eliminaría indirectamente la competencia entre las dos partes. La probabilidad de que esto suceda no solo depende de los costes comunes (que en este caso son elevados) sino también de las características del mercado de referencia como por ejemplo, la transparencia, la estabilidad y el nivel de concentración.

En cualquiera de las dos situaciones contempladas anteriormente, con la configuración de mercado de este ejemplo, es probable que la empresa en participación de producción de A y B dé lugar en el mercado de X a efectos restrictivos en la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

La sustitución de dos antiguas instalaciones de producción más pequeñas por una mayor, moderna y más eficaz puede llevar a la empresa en participación a aumentar la producción a precios más bajos en beneficio de los consumidores. No obstante, el acuerdo de producción solo podrá cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3, si las partes proporcionan pruebas justificadas de que las mejoras de eficiencia beneficiarán a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 188. Relaciones entre competidores y resultados colusorios

##### Ejemplo 2

**Situación:** Dos proveedores, las empresas A y B, forman una empresa en participación de producción del producto Y. En el mercado de Y, la cuota de mercado tanto de A como de B es del 15 %. Hay otros 3 operadores en el mercado: C con una cuota de mercado del 30 %, D con un 25 % y E con el 15 %. B ya posee una planta de producción conjunta con la empresa D.

**Análisis:** El mercado se caracteriza por la presencia de muy pocos operadores y unas estructuras bastante simétricas. La cooperación entre A y B añadirá una relación adicional en el mercado, aumentando de hecho la concentración en él, pues también vinculará a D con A y B. Es probable que esta cooperación aumente el riesgo de resultado colusorio y con ello la probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Los criterios del artículo 101, apartado 3, solo podrán cumplirse si existen mejoras de eficiencia importantes que se trasladan a los consumidores de tal forma que podría pesar superar la importancia de los efectos restrictivos de la competencia.

#### 189. Exclusión contraria a la competencia en un mercado descendente

##### Ejemplo 3

**Situación:** Las empresas A y B crean una empresa en participación para la producción íntegra del producto intermedio X. Los costes de producción de X suponen un 70 % de los costes variables del producto final Y con el que A y B compiten en sentido descendente. Tanto A como B tienen una cuota del 20 % en el mercado de Y, el acceso al mismo es limitado y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo de los años. Además de abarcar su propia demanda de X, tanto A como B tienen una cuota de mercado del 40 % en el mercado comercial de X. Hay importantes obstáculos a la entrada en el mercado de X y los productores existentes están operando prácticamente a su capacidad máxima. En el mercado de Y hay otros dos proveedores importantes, cada uno con una cuota de mercado del 15 %, y varios competidores más pequeños. Este acuerdo genera economías de escala.

**Análisis:** En virtud de la empresa en participación de producción, A y B podrán controlar en gran parte los suministros del insumo esencial X a sus competidores en el mercado de Y. Esto dará a A y a B la capacidad de aumentar los costes de sus rivales incrementando artificialmente el precio de X o reduciendo la producción. Esto puede excluir a los competidores de A y B en el mercado de Y. Debido a la probable exclusión contraria a la competencia en sentido descendente, es probable que este acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Es improbable que las economías de escala generadas por la empresa en participación de producción compensen los efectos restrictivos de la competencia y por lo tanto lo más probable es que este acuerdo no cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

## 190. Acuerdo de especialización como reparto del mercado

## Ejemplo 4

**Situación:** Las empresas A y B fabrican ambos los dos productos X e Y. La cuota de mercado que A posee del producto X es del 30 % y la del producto Y es del 10 %. La cuota de mercado que B posee del producto X es del 10 % y la del producto Y es del 30 %. Para obtener economías de escala celebran un acuerdo recíproco de especialización conforme al cual A solamente producirá X y B únicamente Y. No realizan suministros cruzados del producto entre ellos, de tal modo que A solo vende X y B vende únicamente Y. Las partes alegan que con esta especialización ahorran costes gracias a las economías de escala y que, al centrarse solamente en un producto, mejorarán sus tecnologías de producción, lo que redundará en una mejor calidad de los productos.

**Análisis:** Por lo que se refiere a sus efectos sobre la competencia en el mercado, este acuerdo de especialización es casi un cartel especialmente grave por el que las partes se reparten el mercado. Así pues, este acuerdo restringe la competencia por el objeto. Como las eficiencias alegadas, consistentes en economías de escala y mejora de la tecnología de producción, dependen únicamente del reparto del mercado, es improbable que compensen los efectos restrictivos, y por lo tanto el acuerdo no cumplirá los criterios del artículo 101, apartado 3. En cualquier caso, si A o B creen que es más eficaz centrarse solamente en un producto, pueden limitarse a tomar la decisión unilateral de producir solo X o Y sin acordar al mismo tiempo que la otra empresa se centre en fabricar el otro producto.

El análisis sería diferente si A y B se suministraran recíprocamente el producto en el que se centran de tal modo que ambas siguieran vendiendo X e Y. En tal caso A y B aún podrían competir en el precio en ambos mercados, especialmente si los costes de producción (que pasan a ser comunes debido al acuerdo de producción) no constituyeran una parte importante de los costes variables de sus productos. En este contexto, los costes pertinentes son los de comercialización. Por lo tanto, no sería probable que el acuerdo de especialización restringiera la competencia si X e Y fueran en buena medida productos heterogéneos cuyos costes de comercialización y distribución representaran una proporción elevada de los costes totales (por ejemplo, el 65-70 % o más). En ese supuesto, los riesgos de resultado colusorio no serían altos y los criterios del artículo 101, apartado 3, podrían cumplirse, siempre que las mejoras de eficiencia beneficiaran a los consumidores en una medida que compensara los efectos restrictivos de la competencia producidos por el acuerdo.

## 191. Competidores potenciales

## Ejemplo 5

**Situación:** La empresa A fabrica el producto final X y la empresa B el producto final Y. X e Y constituyen dos mercados de producto separados, en los que A y B tienen respectivamente un fuerte poder de mercado. Ambas empresas utilizan Z como insumo para su producción de X e Y, y ambas producen Z solamente para una utilización interna. X es un producto de bajo valor añadido para el cual Z es un insumo esencial (X es una transformación bastante sencilla de Z). Y es un producto de alto valor añadido, para el cual Z es uno de los múltiples insumos (Z representa una pequeña parte de los costes variables de Y). A y B acuerdan producir conjuntamente Z, lo que genera unas economías de escala modestas.

**Análisis:** A y B no son competidores reales por lo que se refiere a X, Y o Z. Sin embargo, puesto que X es una transformación sencilla del insumo Z, es probable que B pudiera acceder fácilmente al mercado de X, compitiendo por lo tanto con la posición de A en ese mercado. El acuerdo de producción conjunta de Z podría reducir los incentivos de B para acceder a ese mercado pues la producción conjunta podría utilizarse para pagos marginales y limitar la probabilidad de que B venda el producto X (pues es probable que A controle la cantidad de Z comprada por B a la empresa en participación). Sin embargo, la probabilidad de que B entre en el mercado de X a falta del acuerdo depende de la rentabilidad que espere obtener de su entrada. Como X es un producto de escaso valor añadido, la entrada podría no ser rentable por lo que la entrada de B sería poco probable si no existiera el acuerdo. Dado que A y B ya tienen poder de mercado, es probable que el

acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, si el acuerdo disminuye realmente la probabilidad de que B se introduzca en el mercado de A, es decir, en el mercado del producto X.

#### 192. Intercambio de información en un acuerdo de producción

##### Ejemplo 6

**Situación:** Las empresas A y B, que tienen un elevado poder de mercado, deciden producir conjuntamente para ser más eficaces. En el marco de este acuerdo intercambian secretamente información sobre sus precios futuros. El acuerdo no contempla la distribución conjunta.

**Análisis:** Este intercambio de información hace que el resultado colusorio sea probable y por lo tanto es probable que restrinja la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. No es probable que cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, porque el intercambio de información sobre los precios futuros de las partes no es imprescindible para producir conjuntamente y lograr el ahorro de costes correspondientes.

#### 193. Acuerdo de intercambio e intercambio de información

##### Ejemplo 7

**Situación:** Las empresas A y B producen Z, un producto químico básico homogéneo que se fabrica según una norma europea que no permite ninguna variación del mismo. Los costes de producción son un factor significativo del coste de Z. A tiene una cuota de mercado del 20 % y B del 25 % en el mercado de la Unión de Z. Hay otros cuatro fabricantes en este mercado, con unas cuotas de mercado respectivas del 20 %, 15 %, 10 % y 10 %. La instalación de producción de A está situada en el Estado miembro X en el norte de Europa mientras que la instalación de producción de B está situada en el Estado miembro Y en el sur de Europa. Aunque la mayoría de los clientes de A están situados en el norte de Europa, también tiene varios clientes en el sur de Europa. Lo mismo le sucede a B, que tiene varios clientes en Europa del norte. Actualmente, A suministra a sus clientes del sur de Europa el Z fabricado en su instalación sita en X y lo transporta al norte de Europa en camión. A su vez, B suministra a sus clientes del norte de Europa el Z producido en Y, y lo transporta al sur de Europa también por camión. Los costes de transporte son muy altos, pero no tan altos como para que las entregas de A en el sur de Europa y las de B en el norte de Europa no sean rentables. Los costes de transporte de X al sur de Europa son más bajos que los de Y al norte del continente.

A y B deciden que sería más eficaz que A dejara de transportar Z desde X al sur de Europa y que B dejara de hacerlo desde Y al norte de Europa pero, al mismo tiempo, insisten en conservar sus clientes. Para ello, A y B se proponen firmar un acuerdo de intercambio que les permita comprar una cantidad anual acordada de Z de la planta de la otra parte con objeto de vender Z a sus clientes situados más cerca de dicha planta. Para calcular un precio de compra que no beneficie a una parte más que a la otra y que tenga debidamente en cuenta los diferentes costes de producción de las partes y los diversos ahorros en costes de transporte, y para asegurarse de que ambas partes puedan obtener un margen apropiado, acuerdan comunicarse recíprocamente sus costes principales correspondientes a Z (es decir, los costes de producción y de transporte).

**Análisis:** El hecho de que A y B, que son competidoras, intercambien ciertas partes de la producción no plantea en sí mismo problemas de competencia. Sin embargo, el acuerdo de intercambio previsto entre A y B contempla el intercambio de los costes de producción y de transporte de ambas partes por lo que se refiere a Z. Además, A y B tienen una sólida posición conjunta en el mercado bastante concentrado de un producto básico homogéneo. Por lo tanto, debido al amplio intercambio de información sobre un parámetro clave de la competencia por lo que se refiere a Z, es probable que el acuerdo de intercambio entre A y B produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, pues puede llevar a un resultado colusorio. Aunque el acuerdo dará lugar a mejoras significativas de la eficiencia en forma de ahorro de costes para las partes, las restricciones de la competencia resultantes del acuerdo no son imprescindibles para su consecución.

Las partes pueden lograr un ahorro de costes similares si acuerdan una fórmula de precios que no conlleve la revelación de sus costes de producción y transporte. Por lo tanto, en su forma actual el acuerdo de intercambio no cumple los criterios del artículo 101, apartado 3.

## 5. ACUERDOS DE COMPRA

### 5.1. Definición

194. Este capítulo trata de los acuerdos relativos a la compra conjunta de productos. La compra conjunta puede ser realizada por una empresa controlada conjuntamente, por una empresa en la que muchas otras empresas tengan participaciones minoritarias, mediante un arreglo contractual o incluso mediante formas menos rígidas de cooperación (denominados colectivamente, «arreglos de compra conjunta»). Los arreglos de compra conjunta suelen tener la finalidad de crear un poder de negociación que puede dar lugar a unos precios más bajos o unos productos o servicios de mayor calidad para los consumidores. No obstante, en ciertas circunstancias, el poder de negociación también puede plantear problemas de competencia.
195. Los arreglos de compra conjunta pueden entrañar tanto acuerdos horizontales como verticales. En estos casos es necesario un análisis en dos fases. Primero, hay que evaluar los acuerdos horizontales entre las empresas que realizan compras conjuntas con arreglo a los principios descritos en las presentes Directrices. Si esta evaluación lleva a la conclusión de que el arreglo de compra conjunta no suscita problemas de competencia, será necesaria otra evaluación para examinar los acuerdos verticales celebrados posteriormente. Esta última evaluación seguirá las normas del Reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales y las Directrices sobre restricciones verticales.
196. Una forma habitual de arreglos de compra conjunta es una «alianza», es decir una asociación de empresas formada por un grupo de minoristas para la compra conjunta de productos. Los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la alianza o las decisiones adoptadas por la alianza tienen que evaluarse primero como acuerdo de cooperación horizontal con arreglo a las presentes Directrices. Solo procede evaluar los acuerdos verticales subsiguientes, entre la alianza y uno de sus miembros y entre la alianza y los proveedores, en caso de que la primera evaluación no revele ningún problema de competencia. Estos acuerdos están cubiertos, si se cumplen ciertas condiciones, por el Reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales. No se presume que los acuerdos verticales no cubiertos por ese Reglamento de exención por categorías sean ilegales sino que deben examinarse individualmente.

### 5.2. Mercados de referencia

197. Dos son los mercados que pueden verse afectados por los arreglos de compra conjunta. En primer lugar, el mercado o mercados directamente afectados por el arreglo de compra conjunta, es decir, el mercado o mercados de compra de referencia. En segundo lugar, los mercados de venta, es decir, el mercado o mercados descendentes en los que las partes del arreglo de compra conjunta operan como vendedores.
198. La definición de mercados de compra de referencia se ajusta a los principios que figuran en la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado y se basa en el concepto de posibilidad de sustitución, con el fin de definir las presiones competitivas. La única diferencia con relación a la definición de los «mercados de venta» es que la posibilidad de sustitución debe definirse desde el punto de vista de la oferta, y no de la demanda. Es decir: Dicho de otro modo, las alternativas de los proveedores son esenciales a la hora de definir las presiones competitivas que se ejercen sobre los compradores. Estas podrían analizarse, por ejemplo, examinando la reacción de los proveedores frente a una pequeña, aunque no transitoria, disminución de los precios. Una vez definido el mercado, la cuota que en él se posea será igual al porcentaje que las compras de las partes interesadas representan con relación a las ventas totales del producto o productos comprados en el mercado en cuestión.
199. Si las partes compiten, además, en uno o varios mercados de venta, tales mercados también serán pertinentes para la evaluación. Hay que definir los mercados de venta aplicando la metodología descrita en la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia.

### 5.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

#### 5.3.1. Principales problemas de competencia

200. Los arreglos de compra conjunta pueden producir en el mercado de la compra y/o en el mercado descendente de la venta efectos restrictivos de la competencia tales como precios mayores, reducción de la producción, calidad, innovación o variedad del producto, reparto del mercado o exclusión de otros posibles compradores contraria a la competencia.
201. Si los competidores en sentido descendente compran una parte importante de sus productos conjuntamente, sus incentivos para competir con los precios en el mercado de la venta pueden reducirse considerablemente. En caso de que las partes tengan un grado considerable de poder de mercado (que no necesariamente tiene que ser equivalente a una posición dominante) en el mercado de la venta, es probable que los menores precios de compra logrados gracias al arreglo de compra conjunta no beneficien a los consumidores.
202. Si las partes tienen un grado considerable de poder de mercado en el mercado de la compra (poder de negociación) existe un riesgo de que puedan obligar a los proveedores a reducir la gama o la calidad de los productos que producen, lo que puede producir efectos restrictivos de la competencia tales como un descenso de la calidad, un recorte de las actividades de innovación o, en último término, un suministro por debajo del nivel óptimo.
203. El poder de negociación de las partes del arreglo de compra conjunta podría utilizarse para excluir a los compradores competidores, limitando su acceso a proveedores eficientes. Esto es más probable si hay un número limitado de proveedores y si existen obstáculos a la entrada en el mercado del suministro ascendente.
204. Sin embargo, por lo general es menos probable que los arreglos de compra conjunta planteen problemas de competencia si las partes carecen de poder de mercado en el mercado o mercados de venta.

#### 5.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto

205. Los arreglos de compra conjunta constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren realmente a compras conjuntas, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, es decir, para incurrir en actividades que por lo general están prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados.
206. Los acuerdos que entrañan la fijación de precios de compra pueden tener por objeto restringir la competencia a tenor del artículo 101(a1), párrafo 1 <sup>(1)</sup>. Sin embargo, esto no es así cuando las partes de un arreglo de compra conjunta acuerdan los precios de compra que dicho acuerdo puede pagar a sus proveedores por los productos objeto del contrato de suministro. En este caso se debe evaluar si el acuerdo produce probablemente efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. En ambas situaciones el acuerdo sobre precios de compra no se evaluará por separado, sino a la luz de los efectos globales del acuerdo de compra sobre el mercado.

#### 5.3.3. Efectos restrictivos de la competencia

207. Los arreglos de compra conjunta que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. El análisis de los efectos restrictivos de la competencia generados por un arreglo de compra conjunta debe incluir los efectos negativos en los mercados tanto de la compra como de la venta.

#### **Poder de mercado**

208. No existe un límite máximo absoluto por encima del cual pueda suponerse que un arreglo de compra conjunta crea poder de mercado y es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. No obstante, en muchos casos, no es probable que exista poder de mercado si las partes del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de compra y además una cuota de mercado conjunta que no excede del 15 % en los mercados de venta. En cualquier caso, si las cuotas de mercado conjuntas de las partes no exceden del 15 % tanto en el mercado de las compras como en el de las ventas, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

<sup>(1)</sup> Véase artículo 101(1)(a); asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *French Beef*, párrafo 83 y ss.; asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, párrafo 37.

209. Una cuota de mercado que supere uno o ambos umbrales no indica automáticamente que sea probable que el arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia. Cuando un arreglo de compra conjunta no esté amparado por esta salvaguardia regulatoria, será necesario evaluar con detalle sus efectos en el mercado abarcando, entre otros, factores tales como la concentración del mercado y el posible poder de negociación de los proveedores fuertes.
210. En ciertas circunstancias, el poder de negociación puede causar efectos restrictivos de la competencia. Es probable que exista un poder de negociación contrario a la competencia si un arreglo de compra conjunta abarca una proporción del volumen total de un mercado de compra suficientemente amplia para poder excluir del acceso al mercado a los compradores competidores. Un alto grado de poder de negociación puede afectar indirectamente a la producción, calidad y variedad de los productos en el mercado de la venta.
211. Al analizar si las partes de un arreglo de compra conjunta tienen poder de negociación, es importante tener en cuenta el número y la intensidad de las relaciones (por ejemplo, otros acuerdos de compra) entre los competidores presentes en el mercado.
212. No obstante, si quienes cooperan son compradores competidores que no operan en el mismo mercado de referencia de las ventas (por ejemplo, minoristas activos en diferentes mercados geográficos que por este motivo no pueden considerarse competidores potenciales), es improbable que el arreglo de compra conjunta tenga efectos restrictivos de la competencia a menos que las partes tengan en los mercados de compra una posición que probablemente puedan utilizar para causar un perjuicio a la posición de competencia de otros operadores en sus respectivos mercados de venta.

#### **Resultado colusorio**

213. Los arreglos de compra conjunta pueden llevar a un resultado colusorio si facilitan la coordinación del comportamiento de las partes en el mercado de la venta, lo que puede suceder si éstas llegan a tener un alto grado de costes comunes gracias a la compra conjunta, siempre que las partes tengan poder de mercado y que existan características de mercado conducentes a la coordinación.
214. Los efectos restrictivos de la competencia son más probables si las partes del arreglo de compra conjunta tienen en común una proporción significativa de sus costes variables en el mercado descendente de referencia. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando minoristas que operan en los mismos mercados al detalle de referencia compran conjuntamente cantidades importantes de los productos que ofrecen a la reventa. Otro tanto puede suceder si fabricantes y vendedores de un producto final que compiten entre sí adquieren conjuntamente una proporción importante de sus insumos.
215. La aplicación de un arreglo de compra conjunta puede requerir el intercambio de información comercial confidencial tal como los precios de compra y los volúmenes. El intercambio de este tipo de información puede facilitar la coordinación por lo que se refiere a los precios de venta y a la producción y llevar por lo tanto a un resultado colusorio en los mercados de la venta. Los efectos indirectos del intercambio de información comercial confidencial pueden, por ejemplo, reducirse al mínimo si los datos son recopilados por un arreglo de compra conjunta que no transmita la información a sus miembros.
216. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo. La probabilidad de que el intercambio de información en el contexto de un arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia debe evaluarse según la orientación que figura en el capítulo 2. Si el intercambio de información no va más allá del intercambio de datos necesarios para la compra conjunta de los productos por las partes del arreglo de compra conjunta, incluso aunque el intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, la probabilidad de que el acuerdo cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, es mayor que si el intercambio va más allá de lo necesario para la compra conjunta.

#### **5.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

##### *5.4.1. Mejoras de eficiencia*

217. Los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras significativas de la eficiencia. En particular, pueden generar ahorros de costes tales como precios de compra más bajos o menores costes de transacción, transporte y almacenamiento, lo que hace posible obtener economías de escala. Además, los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras cualitativas de la eficiencia incitando a los proveedores a innovar y lanzar a los mercados productos nuevos o mejorados.

#### 5.4.2. *Carácter indispensable*

218. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de compra no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. En determinados casos, la obligación de comprar exclusivamente en el marco de la cooperación puede ser indispensable para llegar al volumen necesario para conseguir las economías de escala. No obstante, tal obligación debe evaluarse en el contexto preciso de cada asunto concreto.

#### 5.4.3. *Beneficio para los consumidores*

219. Las mejoras de eficiencia tales como las eficiencias de costes o las cualitativas consistentes en la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados, conseguidas gracias a las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el arreglo de compra conjunta. Por lo tanto, los ahorros de costes u otras eficiencias que solo beneficien a las partes del arreglo de compra conjunta no bastarán. Los ahorros de costes deben beneficiar a los consumidores, es decir, a los clientes de las partes. Por tomar un notable ejemplo, puede ocurrir en forma de precios más bajos en los mercados de venta. No es probable que los precios más bajos de compra que resultan del simple ejercicio del poder de negociación beneficien a los consumidores si los compradores tienen conjuntamente poder de mercado en los mercados de la venta, y por lo tanto no se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes en el mercado de la venta, menor es la probabilidad de que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 5.4.4. *No eliminación de la competencia*

220. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esta evaluación ha de abarcar los mercados de compra y de venta.

### 5.5. Ejemplos

221. Compra conjunta por pequeñas empresas con cuotas de mercado conjuntas moderadas

#### Ejemplo 1

**Situación:** Ciento cincuenta pequeños minoristas celebran un acuerdo para crear una organización de compra conjunta. Están obligados a comprar un volumen mínimo a través de la organización, que supone aproximadamente el 50 % de los costes totales de cada minorista. Los minoristas pueden adquirir una cantidad superior al volumen mínimo a través de la organización y también pueden abastecerse al margen de ella. Poseen una cuota conjunta del 23 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. La empresa A y de la empresa B son sus competidores principales. A tiene una cuota del 25 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, mientras que la cuota de B es del 35 %. No hay obstáculos que impidan que los competidores más pequeños restantes creen también un grupo de compra. Los ciento cincuenta minoristas logran ahorros de costes sustanciales gracias a la compra conjunta a través de la organización de compra.

**Análisis:** Los minoristas tienen en los mercados de la compra y de la venta una posición moderada. Además, la cooperación logra algunas economías de escala. Aunque los minoristas logren un alto grado de costes comunes, no es probable que tengan poder de mercado en el mercado de la venta debido a la posición de mercado de A y B, ambos mayores que la organización de compra conjunta. Por lo tanto, no es probable que los minoristas coordinen su comportamiento y lleguen a un resultado colusorio. Así pues, no es probable que la formación de la organización de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

222. Costes comunes y poder de mercado en el mercado de venta

#### Ejemplo 2

**Situación:** Dos cadenas de supermercados celebran un acuerdo para comprar conjuntamente unos productos que suponen cerca del 80 % de sus costes variables. En los mercados de referencia de la compra de las distintas categorías de productos, las partes tienen unas cuotas de mercado conjuntas que oscilan entre el 25 % y el 40 %. En el mercado de referencia de la venta tienen una cuota de

mercado conjunta del 60 %. Existen otros cuatro minoristas importantes en el mercado, cada uno de los cuales con una cuota de mercado del 10 %. Es poco probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado.

**Análisis:** Es probable que este acuerdo de compra dé a las partes la capacidad de coordinar su comportamiento en el mercado de la venta, lo que llevaría a un resultado colusorio. Las partes tienen poder de mercado en el mercado de la venta y el acuerdo de compra da lugar a un grado considerable de costes comunes. Por otra parte, no es probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado. Si las estructuras de costes de las partes ya son similares antes de celebrar el acuerdo, el incentivo para que coordinen su comportamiento es mayor. Además, si los márgenes de las partes son similares, aumenta aún más el riesgo de resultado colusorio. Este acuerdo también presenta el riesgo de que las partes refrenen la demanda y de que, debido a la consiguiente reducción de cantidades, se produzca un aumento de los precios de venta en el mercado descendente. Por lo tanto, es probable que el acuerdo de compra produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Aunque es muy probable que el acuerdo dé lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros de costes, debido al considerable poder de mercado de las partes en el mercado de venta, no es probable que aquellas beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Así pues, no es probable que el acuerdo de compra cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

#### 223. Partes activas en mercados geográficos distintos

##### Ejemplo 3

**Situación:** Seis grandes minoristas, radicados cada uno en un Estado miembro diferente, forman un grupo de compra para adquirir conjuntamente varios productos de marca a base de harina de trigo duro. Las partes pueden comprar al margen de la cooperación otros productos de marca similares. Por otra parte, cinco de ellos también ofertan productos similares de marcas blancas. Los miembros del grupo de compra tienen una cuota de mercado combinada de aproximadamente el 22 % en el mercado de referencia de la compra, que abarca toda la Unión. En el mercado de la compra hay otros tres grandes operadores de tamaño similar. Cada una de las partes del grupo de compra tiene una cuota de mercado que oscila entre el 20 % y el 30 % en los mercados nacionales de venta en los que operan. Ninguna de ellas opera en un Estado miembro en el que opere otro miembro del grupo. Las partes no son nuevos operadores potenciales en los respectivos mercados de las demás.

**Análisis:** El grupo de compra podrá competir con los otros operadores principales existentes en el mercado de la compra. Los mercados de venta son mucho más pequeños (en volumen de negocios y dimensión geográfica) que el mercado de la compra, de dimensión europea, y en esos mercados algunos miembros del grupo pueden tener poder de mercado. Incluso aunque los miembros del grupo de compra tengan una cuota de mercado conjunta superior al 15 % en el mercado de la compra, no es probable que las partes coordinen su conducta y lleguen a un resultado colusorio en los mercados de la venta puesto que no son competidores reales ni potenciales en los mercados descendentes. En consecuencia, el grupo adquirente no es probable que genere efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

#### 224. Intercambio de información

##### Ejemplo 4

**Situación:** Tres fabricantes competidores A, B y C encargan a una organización independiente de compra conjunta la adquisición del producto intermedio Z, utilizado por las tres partes para su fabricación del producto final X. Los costes de Z no son un factor de coste significativo para la producción de X. La organización de compra conjunta no compite con las partes en el mercado de la venta de X. Toda la información necesaria para las compras (por ejemplo especificaciones de calidad, cantidades, fechas de entrega, precios máximos de compra) solo se comunica a la organización de compra conjunta y no a las demás partes. La organización de compra conjunta acuerda los precios de compra con los proveedores. A, B y C poseen una cuota conjunta del 30 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. Tienen seis competidores en los mercados de la compra y de la venta, dos de los cuales tienen una cuota de mercado del 20 %.

**Análisis:** Puesto que no hay ningún intercambio de información directo entre las partes, no es probable que la comunicación de la información necesaria para las compras a la organización de compra conjunta lleve a un resultado colusorio. Por lo tanto, no es probable que el intercambio de información produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

## 6. ACUERDOS DE COMERCIALIZACIÓN

### 6.1. Definición

225. Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. En el otro extremo se encuentran los acuerdos menos ambiciosos que solo afectan a un elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad.
226. Una categoría importante de estos acuerdos menos ambiciosos es la de los acuerdos de distribución. El Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales y las Directrices sobre restricciones verticales abarcan con carácter general los acuerdos de distribución a menos que las partes del acuerdo sean competidoras reales o potenciales. Si las partes son competidoras, el Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales solo abarca los acuerdos verticales no recíprocos entre competidores, cuando a) el proveedor fabrica y distribuye los productos mientras que el comprador distribuye y no compite en la fabricación, o b) el proveedor es un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministra sus bienes y servicios en el nivel minorista y no presta servicios competidores en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales <sup>(1)</sup>.
227. Si los competidores acuerdan distribuir sus productos de forma recíproca (en particular si lo hacen en mercados geográficos diferentes), puede que, en algunos casos, los acuerdos tengan por objeto o efecto la compartimentación de mercados en beneficio de las partes o que conduzcan a un resultado colusorio. Esto mismo puede ser válido para los acuerdos no recíprocos entre competidores. Por consiguiente, hay que evaluar primero, según los principios establecidos en el presente capítulo, los acuerdos recíprocos y no recíprocos entre competidores. Si esta evaluación permite concluir que la cooperación entre competidores en el área de la distribución sería aceptable en principio, será necesaria otra evaluación para examinar las restricciones verticales contenidas en dichos acuerdos. Esta segunda etapa de la evaluación deberá basarse en los principios establecidos en las Directrices sobre restricciones verticales.
228. Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo la producción o la compra conjuntas. Al analizar los acuerdos de comercialización que combinan diferentes etapas de la cooperación es necesario determinar basándose en los puntos 13 y 14 el centro de gravedad de la cooperación.

### 6.2. Mercados de referencia

229. Para evaluar la relación de competencia entre las partes hay que definir los mercados de productos y geográficos de referencia afectados directamente por la cooperación (es decir, los mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo). Dado que un acuerdo de comercialización en un mercado puede también afectar al comportamiento competitivo de las partes en un mercado adyacente que está estrechamente relacionado con el mercado afectado directamente por la cooperación, hay que definir también el mercado adyacente en caso de que exista. El mercado adyacente puede estar relacionado horizontal o verticalmente con el mercado en el que tiene lugar la cooperación.

<sup>(1)</sup> Artículo 2, apartado 4, del Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales

### 6.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

#### 6.3.1. Principales problemas de competencia

230. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras. Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización.
231. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar la limitación de la producción, puesto que las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá en el mercado, restringiendo así la oferta.
232. En tercer lugar, los acuerdos de comercialización pueden convertirse en un medio para que las partes dividan los mercados o se repartan los pedidos o los clientes, por ejemplo, cuando las instalaciones de producción de las partes están situadas en mercados geográficos diferentes o cuando los acuerdos son recíprocos.
233. Finalmente, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información estratégica relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes –en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios– lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

#### 6.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto

234. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos que se limitan a la venta conjunta suelen tener el objeto de coordinar la política de fijación de precios de fabricantes o prestadores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos tengan por objeto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.
235. Esta evaluación no cambia si el acuerdo no es exclusivo, es decir, si las partes tienen libertad para vender individualmente al margen del acuerdo, siempre que se pueda concluir que este dará lugar a una coordinación global de los precios aplicados por las partes.
236. Otro problema específico de competencia relacionado con los arreglos de distribución entre partes que operan en mercados geográficos diferentes es que pueden servir de instrumento para compartimentar el mercado. Si las partes utilizan un acuerdo recíproco de distribución para distribuir sus productos respectivos con objeto de eliminar la competencia real o potencial entre ellos mediante un reparto deliberado de los mercados o los clientes, es probable que el acuerdo tenga por objeto restringir la competencia. Si el acuerdo no es recíproco, el riesgo de compartimentación es menor. Sin embargo, hay que evaluar si el acuerdo no recíproco constituye la base de un entendimiento mutuo para evitar la entrada en los respectivos mercados.

#### 6.3.3. Efectos restrictivos de la competencia

237. Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.
238. Del mismo modo, no todos los acuerdos de distribución recíproca tienen por objeto restringir la competencia. Sin embargo, en función de las circunstancias de hecho del asunto, algunos acuerdos de distribución recíproca pueden tener efectos restrictivos de la competencia. El aspecto clave a la hora de evaluar un acuerdo de estas características es si dicho acuerdo resulta objetivamente necesario para que cada una de las partes acceda al mercado de la otra. En caso afirmativo, el acuerdo no crea problemas

de competencia de naturaleza horizontal. No obstante, si el acuerdo reduce la independencia decisoria de una de las partes por lo que se refiere al acceso al mercado de otras partes, limitando sus incentivos para su entrada, es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia. Este mismo razonamiento se aplica a los acuerdos no recíprocos, que presentan un menor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia.

239. Por otra parte, el acuerdo de distribución puede tener efectos restrictivos de la competencia si contiene restricciones verticales, tales como restricciones de ventas pasivas, mantenimiento del precio de reventa, etc.

#### ***Poder de mercado***

240. Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
241. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 15 %, no estará amparado por la salvaguardia regulatoria del punto 240 y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta.

#### ***Resultado colusorio***

242. Asimismo, es probable que un acuerdo de comercialización conjunta que no implica la fijación de precios dé lugar a efectos restrictivos de la competencia si incrementa los costes variables comunes de las partes en una medida que pueda llevar a un resultado colusorio. Es probable que esto ocurra en el caso de un acuerdo de comercialización conjunta si ya antes del acuerdo las partes tienen una proporción elevada de sus costes variables en común pues el incremento adicional (es decir, los costes de comercialización del producto objeto del acuerdo) puede desequilibrar la balanza y facilitar el resultado colusorio. Por el contrario, si el incremento es grande el riesgo de resultado colusorio puede ser alto incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes sea bajo.
243. La probabilidad de un resultado colusorio depende del poder de mercado de las partes y de las características del mercado de referencia. Los costes comunes solo pueden aumentar el riesgo de resultado colusorio si las partes tienen poder de mercado y si los costes de comercialización representan una proporción importante de los costes variables correspondientes a los productos afectados. Esto no ocurre, por ejemplo, en el caso de productos homogéneos cuyo mayor factor de coste es la producción. Sin embargo, los costes comunes de comercialización aumentan el riesgo de resultado colusorio si el acuerdo de comercialización se refiere a productos cuya comercialización es costosa, por ejemplo, con costes de distribución o comercialización elevados. Por lo tanto, los acuerdos de publicidad o de promoción conjuntas también pueden producir efectos restrictivos de la competencia si estos costes constituyen un factor de coste importante.
244. La comercialización conjunta implica en general el intercambio de información comercial confidencial relativa, en particular, a la estrategia de comercialización y a los precios. En la mayor parte de los acuerdos de comercialización, es necesario un cierto grado de intercambio de información para aplicar el acuerdo. Por lo tanto, es necesario comprobar si el intercambio de información puede dar lugar a un resultado colusorio por lo que se refiere a las actividades de las partes dentro y fuera de la cooperación. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo.
245. Por ejemplo, el intercambio de información sobre precios entre las partes de un acuerdo conjunto de publicidad puede llevar a un resultado colusorio por lo que se refiere a la venta de los productos anunciados conjuntamente. En cualquier caso, el intercambio de este tipo de información en el contexto de un acuerdo conjunto de publicidad va más allá de lo que sería necesario para aplicar este acuerdo. Los probables efectos restrictivos de la competencia resultantes del intercambio de información en el contexto de los acuerdos de comercialización dependerán de las características del mercado y de los datos compartidos, y deben evaluarse a la luz de la orientación que figura en el capítulo 2.

#### 6.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

##### 6.4.1. Mejoras de eficiencia

246. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias considerables, derivadas de las economías de escala o de alcance, especialmente para los productores más pequeños.
247. Además, las mejoras de eficiencia no deben consistir en un ahorro meramente resultante de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que han de derivarse de la integración de actividades económicas. Por tanto, una reducción de los costes de transporte que no sea más que el resultado del reparto de la clientela sin que se produzca ningún tipo de integración del sistema logístico no puede considerarse una mejora de eficiencia a tenor del artículo 101, apartado 3.
248. Las partes del acuerdo deben demostrar las mejoras de eficiencia. Un elemento importante en este sentido sería una aportación significativa de capital, tecnología u otros activos por las partes. También puede aceptarse el ahorro de costes mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones. No obstante, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, probablemente se trate de un cartel encubierto que no es probable que cumpla los requisitos del artículo 101, apartado 3.

##### 6.4.2. Carácter indispensable

249. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para aquellos acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.

##### 6.4.3. Beneficio para los consumidores

250. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. Esto puede consistir en menores precios o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Cuando las partes tengan una cuota de mercado conjunta inferior al 15 %, es probable que cualesquiera mejoras de eficiencia demostradas resultantes del acuerdo beneficien suficientemente a los consumidores.

##### 6.4.4. No eliminación de la competencia

251. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

#### 6.5. Ejemplos

252. Comercialización conjunta necesaria para acceder a un mercado

##### Ejemplo 1

**Situación:** Cuatro empresas que prestan servicios de lavandería en una gran ciudad cercana a la frontera de otro Estado miembro de la Unión, cada una con una cuota de mercado del 3 % en el mercado general de las lavanderías de esa ciudad, acuerdan crear una entidad de comercialización conjunta para la venta del servicio de lavandería a clientes institucionales (es decir, hoteles, hospitales y oficinas), al tiempo que conservan su independencia y libertad de competir por los clientes particulares locales. Teniendo en cuenta el nuevo segmento de la demanda (los clientes institucionales), establecen una marca común, un precio común y unas condiciones estándar comunes que incluyen, entre otras cosas, un plazo máximo de veinticuatro horas para las entregas y unos horarios de entrega. Crean una central telefónica conjunta a la que los clientes institucionales pueden pedir su

servicio de recogida y/o entrega. Contratan un telefonista (para la central telefónica) y varios conductores. Invierten además en furgonetas para las entregas y en la promoción de la marca para aumentar su visibilidad. El acuerdo no reduce totalmente sus costes individuales de infraestructura (puesto que conservan sus propios locales y aún compiten entre sí por los clientes particulares locales), sino que incrementa sus economías de escala y les permite ofrecer un servicio más completo a otros tipos de clientes, lo que incluye más horas de apertura y el envío a una mayor cobertura geográfica. Para asegurar la viabilidad del proyecto es imprescindible que las cuatro empresas firmen el acuerdo. El mercado está muy fragmentado, sin que ningún competidor individual tenga una cuota de mercado superior al 15 %.

**Análisis:** Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios significa que podría aplicarse el artículo 101, apartado 1. Sin embargo, las partes no hubieran podido acceder al mercado de la prestación de servicios de lavandería a clientes institucionales ni individualmente ni en cooperación con un número de partes inferior a las cuatro que participan actualmente en el acuerdo. De este modo, el acuerdo no suscitaría problemas de competencia, con independencia de la restricción de la fijación de precios, que en este caso puede considerarse imprescindible para la promoción de la marca común y el éxito del proyecto.

#### 253. Acuerdo de comercialización con más partes de las necesarias para acceder a un mercado

##### Ejemplo 2

**Situación:** Igual que la del Ejemplo 1, punto 252, pero con una diferencia principal: para garantizar la viabilidad del proyecto, el acuerdo podía haber sido aplicado solo por tres de las partes (en vez de las cuatro que participan realmente en la cooperación).

**Análisis:** Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios y que podría llevarse a cabo con un menor número de partes, significa que se aplica el artículo 101, apartado 1. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. El acuerdo da lugar a mejoras de eficiencia pues las partes pueden ahora ofrecer mejores servicios a una nueva categoría de clientes a una mayor escala (que no habrían podido prestar individualmente sin el acuerdo). Teniendo en cuenta que la cuota de mercado conjunta de las partes es inferior al 15 %, es probable que cualquier mejora de eficiencia beneficie suficientemente a los consumidores. Hay que considerar además si las restricciones impuestas por el acuerdo son indispensables para lograr las eficiencias y si el acuerdo elimina la competencia. Dado que el objetivo del acuerdo es prestar un servicio más completo (incluido el envío, que no se ofrecía antes) a una categoría adicional de clientes, bajo una marca única y con unas condiciones estándar comunes, la fijación de precios puede considerarse indispensable para la promoción de la marca común y, por lo tanto, para el éxito del proyecto y de las eficiencias resultantes. Además, teniendo en cuenta la fragmentación del mercado, el acuerdo no eliminará la competencia. El hecho de que el acuerdo tenga cuatro partes (en vez de las tres que habrían sido estrictamente necesarias) permite incrementar la capacidad y contribuye a satisfacer simultáneamente la demanda de varios clientes institucionales ateniéndose a las condiciones estándar (es decir, respetar los plazos máximos de entrega). En esta situación, es probable que las mejoras de eficiencia compensen los efectos restrictivos resultantes de la reducción de la competencia entre las partes y es probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 254. Plataforma de Internet conjunta

##### Ejemplo 3

**Situación:** Cierta número de pequeñas tiendas especializadas de un Estado miembro se suman a una plataforma electrónica de Internet para la promoción, venta y entrega de cestas de fruta para regalo. Hay varias plataformas electrónicas de Internet competidoras. Mediante una cuota mensual, comparten los costes de funcionamiento de la plataforma e invierten conjuntamente en la promoción de la marca. A través de la página web, que ofrece una amplia gama de tipos diferentes de cestas para regalo, los clientes encargan (y pagan) el tipo de cesta para regalo que quieren. A

continuación se asigna el pedido a la tienda especializada más cercana a la dirección de la entrega. La tienda corre individualmente con los costes de composición y de entrega de la cesta al cliente. La tienda se queda con el 90 % del precio final, que se fija mediante la plataforma de Internet y se aplica uniformemente a todas las tiendas especializadas participantes, mientras que el 10 % restante se dedica a la promoción común y a los costes de funcionamiento de la plataforma. Aparte del pago de la cuota mensual, no hay ninguna otra restricción para que las tiendas especializadas de todo el territorio nacional se sumen a la plataforma. Por otra parte, las tiendas especializadas que tienen su propio sitio Internet también pueden vender cestas de fruta para regalo en Internet con su propio nombre (y algunas veces lo hacen) y por lo tanto aún pueden competir entre sí fuera de la cooperación. Se garantiza a los clientes que compran a través de la plataforma de Internet la entrega de las cestas de fruta en el mismo día y también pueden elegir la hora que más les conviene para la entrega.

**Análisis:** Aunque el acuerdo sea de naturaleza limitada, como solo cubre la venta conjunta de un determinado tipo de producto a través de un canal específico de comercialización (la plataforma de Internet) y dado que implica la fijación de precios, es probable que restrinja la competencia por el objeto. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. El acuerdo produce mejoras de eficiencia tales como una mayor posibilidad de elección y un servicio de mayor calidad, así como la disminución de los costes de búsqueda, todo lo cual beneficia a los consumidores y es probable que compense los efectos restrictivos de la competencia resultantes del acuerdo. Dado que las tiendas especializadas que participan en la cooperación aún pueden operar individualmente y competir entre sí, tanto en sus tiendas como en Internet, la restricción de la fijación de precios puede considerarse imprescindible para la promoción del producto (ya que al comprar a través de la plataforma de Internet los consumidores no saben a quién están comprando la cesta de regalo y no quieren tener que ocuparse de una profusión de precios diferentes) y para las consiguientes mejoras de eficiencia. Al no haber otras restricciones, el acuerdo cumple los criterios del artículo 101, apartado 3. Además, dado que existen otras plataformas electrónicas de Internet competidoras y las partes siguen compitiendo entre sí, ya sea en sus tiendas o en Internet, no se eliminará la competencia.

#### 255. Empresa en participación de venta

##### Ejemplo 4

**Situación:** Las empresas A y B, situadas en dos Estados miembros distintos, fabrican neumáticos para bicicletas. Tienen una cuota de mercado conjunta del 14 % en el mercado comunitario de los neumáticos para bicicletas. Deciden crear una empresa en participación de venta (sin funciones plenas) para comercializar los neumáticos a los fabricantes de bicicletas y acuerdan vender toda su producción a través de la empresa en participación. La infraestructura de producción y transporte de cada parte sigue estando separada. Las partes alegan que el acuerdo les ofrece unas mejoras de eficiencia considerables que consisten principalmente en mayores economías de escala, la posibilidad de satisfacer los pedidos de sus clientes existentes y de los nuevos potenciales y de competir mejor con los neumáticos importados producidos en terceros países. La empresa en participación negocia los precios y asigna los pedidos a la instalación de producción más cercana, como manera de racionalizar los costes de transporte a la hora de entregar el pedido al cliente.

**Análisis:** Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes es inferior al 15 %, el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Restringe la competencia por el objeto puesto que implica la asignación de clientes y la fijación de precios por la empresa en participación. Las eficiencias resultantes del acuerdo alegadas no son fruto de la integración de las actividades económicas o de la inversión conjunta. La empresa en participación tendrá un alcance muy limitado y solo servirá de interfaz para asignar los pedidos a las instalaciones de producción. Por lo tanto, es poco probable que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia derivados del acuerdo. Así pues, no se cumplirán las condiciones del artículo 101, apartado 3.

## 256. Cláusula de respeto de la clientela en un acuerdo de externalización de servicios

## Ejemplo 5

**Situación:** Las empresas A y B son competidores que prestan servicios de limpieza en locales comerciales. Ambas tienen una cuota de mercado del 15 %. Hay varios competidores más con cuotas de mercado que oscilan entre el 10 % y el 15 %. A ha decidido (unilateralmente) centrarse en lo sucesivo únicamente en clientes grandes ya que para prestar servicio a clientes grandes y pequeños se necesita una organización del trabajo algo diferente. Por lo tanto, A ha decidido no firmar ya contratos con nuevos pequeños clientes. Además, A y B firman un acuerdo de externalización por el que B prestará directamente los servicios de limpieza a los pequeños clientes existentes de A (que representan un tercio de su base de clientes). Al mismo tiempo, A insiste en no perder la relación con estos pequeños clientes. Por lo tanto, A continuará manteniendo sus relaciones contractuales con los pequeños clientes pero será B quien preste directamente los servicios de limpieza. Para aplicar el acuerdo de externalización, A tendrá necesariamente que comunicar a B las identidades de los pequeños clientes de A contemplados en el acuerdo. Como teme que B pueda intentar hurtarle estos clientes puenteándola y ofreciendo servicios directos más baratos, A insiste en que el acuerdo de externalización contenga una «cláusula de respeto de la clientela». Según esta cláusula, B no puede ponerse en contacto con los pequeños clientes objeto de los acuerdos de externalización para prestarles servicios directos. Además, A y B acuerdan que B ni siquiera puede prestar servicios directos a estos clientes si son ellos quienes se dirigen a B. Sin la «cláusula de respeto de la clientela» A no firmaría un acuerdo de externalización con B ni con ninguna otra empresa.

**Análisis:** El acuerdo de externalización elimina a B como prestador independiente de servicios de limpieza para los pequeños clientes de A pues éstos ya no podrán contratar directamente con B. Sin embargo, estos clientes solo representan un tercio de la base de clientes de A, es decir, el 5 % del mercado. Aún podrán dirigirse a los competidores de A y B, que representan el 70 % del mercado. Por lo tanto, el acuerdo de externalización no permitirá que A suba rentablemente los precios aplicados a los clientes contemplados en el acuerdo de externalización. Además, no es probable que el acuerdo de externalización dé lugar a un resultado colusorio pues la cuota de mercado conjunta de A y B solo es del 30 % y se enfrentan con varios competidores que tienen cuotas de mercado similares a las cuotas de mercado individuales de A y B. Por otra parte, el hecho de que la prestación del servicio a los clientes grandes y pequeños sea algo diferente minimiza el riesgo de que el acuerdo de externalización produzca efectos indirectos en el comportamiento de A y B en su competencia por los clientes grandes. Por lo tanto, no es probable que el acuerdo de externalización dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

## 7. ACUERDOS DE ESTANDARIZACIÓN

### 7.1. Definición

#### *Acuerdos de estandarización*

257. El objetivo primordial de los acuerdos de estandarización es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos o procedimientos y métodos de producción actuales y futuros <sup>(1)</sup>. Los acuerdos de estandarización pueden abarcar distintos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas. También pueden considerarse como estándares las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador. Los acuerdos que establecen estándares sobre el rendimiento medioambiental de los productos o de los procedimientos de producción también entran en el ámbito de aplicación del presente capítulo.

<sup>(1)</sup> La estandarización puede revestir distintas formas que van desde la adopción de estándares consensuados por los organismos de normalización europeos o nacionales reconocidos, hasta los acuerdos entre empresas independientes, pasando por los consorcios y foros.

258. La preparación y elaboración de estándares técnicos que forman parte del ejercicio del poder público no están cubiertas por las presentes Directrices <sup>(1)</sup>. Los organismos de normalización reconocidos conforme a la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas <sup>(2)</sup> están sujetos al Derecho de competencia en tanto en cuanto se pueda considerar que son una empresa o una asociación de empresas a tenor de los artículos 101 y 102 <sup>(3)</sup>. Los estándares relativos a la prestación de servicios profesionales, como las normas de admisión a una profesión liberal, no están cubiertas por estas Directrices.

#### **Cláusulas estándar**

259. En ciertos sectores, las empresas emplean cláusulas y condiciones estándar de venta o compra elaboradas por una asociación comercial o directamente por las empresas competidoras («cláusulas estándar») <sup>(4)</sup>. Estas cláusulas estándar están cubiertas por las presentes Directrices siempre que establezcan condiciones estándar de venta o de compra de bienes o servicios entre competidores y consumidores (y no las condiciones de venta o compra entre competidores) para productos sustitutivos. Cuando el uso de estas cláusulas estándar esté extendido en un sector, las condiciones de compra o venta utilizadas en ese sector pueden de hecho llegar a estar alineadas <sup>(5)</sup>. Como ejemplos de sectores en los que las cláusulas estándar desempeñan un papel importante cabe citar el sector bancario (por ejemplo, las condiciones referentes a las cuentas bancarias) y el de los seguros.

260. Las cláusulas estándar elaboradas individualmente por una determinada empresa únicamente para su uso exclusivo en sus contratos con sus proveedores o clientes no constituyen acuerdos horizontales y por lo tanto no entran en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices.

### **7.2. Mercados de referencia**

261. Los acuerdos de estandarización pueden surtir sus efectos en cuatro mercados posibles, que se definirán con arreglo a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado. En primer lugar, la determinación de estándares puede repercutir en los mercados de productos o servicios a los que se refieren los estándares. En segundo lugar, cuando la determinación de estándares implica la selección de una tecnología y cuando los derechos de propiedad intelectual se comercializan por separado de los productos a los que corresponden, el estándar puede producir efectos en el mercado tecnológico de referencia <sup>(6)</sup>. En tercer lugar, el mercado de la determinación de estándares puede verse afectado, en caso de que existan varios organismos o acuerdos de determinación de estándares. En cuarto lugar, la determinación de estándares puede afectar al mercado separado de los ensayos y la certificación.

262. Por lo que se refiere a las cláusulas estándar, sus efectos se suelen notar en el mercado descendente en el que las empresas que usan las cláusulas estándar compiten mediante la venta de su producto a sus clientes.

### **7.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

#### **7.3.1. Principales problemas de competencia**

##### **Acuerdos de estandarización**

263. Los acuerdos de estandarización suelen producir efectos económicos positivos <sup>(7)</sup> importantes, por ejemplo, fomentando la interpenetración económica en el mercado interior y el desarrollo de mercados/productos nuevos y mejorados, así como de mejores condiciones de suministro. De este modo, los estándares aumentan por lo general la competencia y reducen los costes de producción y de venta,

<sup>(1)</sup> Véase el asunto C-113/07, *SELEX*, Rec. 2009, p. I-2207, considerando 92.

<sup>(2)</sup> DO L 204 de 21.7.1998, p. 37.

<sup>(3)</sup> Véase la sentencia de 12 de mayo de 2010 en el asunto T-432/05, *EMC Development AB/Comisión*, pendiente de publicación.

<sup>(4)</sup> Estas cláusulas estándar pueden incluir tan solo una mínima parte de las cláusulas contenidas en el contrato final o una gran parte de ellas.

<sup>(5)</sup> Se trata del caso en que unas condiciones estándar (no vinculantes jurídicamente) se utilizan en la práctica en la mayor parte del sector y/o para la mayor parte de los aspectos del producto o servicio, lo que da lugar a una limitación o incluso a la ausencia de posibilidades de elección para el consumidor.

<sup>(6)</sup> Véase el capítulo 3 sobre acuerdos de I+D.

<sup>(7)</sup> Véase también el punto 308.

beneficiando a la economía en su conjunto. Los estándares pueden mantener y aumentar la calidad, proporcionar información y asegurar la interoperabilidad y compatibilidad (incrementando así el valor para los consumidores).

264. Sin embargo, en ciertas circunstancias, la determinación de estándares también puede producir efectos restrictivos de la competencia al restringir potencialmente la competencia de precios y limitar o controlar la producción, los mercados, la innovación o el desarrollo técnico. Esto puede ocurrir por tres vías principales, a saber, la reducción de la competencia de precios, la exclusión de tecnologías innovadoras y la eliminación o discriminación de ciertas empresas impidiéndoles un acceso efectivo al estándar.
265. En primer lugar, si las empresas participan en conversaciones contrarias a la competencia en el marco de la determinación de estándares, se puede reducir o eliminar la competencia de precios en los mercados correspondientes, lo que facilita un resultado colusorio en el mercado <sup>(1)</sup>.
266. En segundo lugar, los estándares que fijan especificaciones técnicas detalladas para un producto o un servicio pueden limitar el desarrollo técnico y la innovación. Mientras se está desarrollando un estándar, las tecnologías alternativas pueden competir por su inclusión en él. Una vez se ha elegido una tecnología y determinado el estándar, las tecnologías y empresas competidoras pueden enfrentarse a un obstáculo a la entrada y quedar excluidas del mercado. Además, los estándares que obligan a utilizar una determinada tecnología exclusivamente para un estándar o que impiden desarrollar otras tecnologías al obligar a los miembros de la organización de normalización a usar exclusivamente un determinado estándar pueden dar lugar al mismo efecto. El riesgo de limitar la innovación se ve incrementado si una o más empresas quedan excluidas de forma injustificada del proceso de determinación del estándar.
267. En el contexto de estándares que se refieren a derechos de propiedad intelectual («DPI») <sup>(2)</sup>, cabe distinguir en términos abstractos tres grupos principales de empresas con distintos intereses en la determinación de estándares <sup>(3)</sup>. Primero, las empresas activas únicamente en sentido ascendente que solo desarrollan y comercializan tecnologías. Su única fuente de financiación son los ingresos procedentes de las patentes y su interés consiste en rentabilizar al máximo sus derechos. En segundo lugar, las empresas activas únicamente en sentido descendente que solo fabrican productos u ofrecen servicios basados en tecnologías desarrolladas por terceros y no detentan ningún DPI importante. Los derechos representan un coste para ellas, no una fuente de ingresos, y lo que les interesa es reducirlos o evitarlos. Por último, hay empresas integradas verticalmente que desarrollan tecnologías y venden productos. Estas empresas tienen una mezcla de intereses. Por una parte, pueden obtener ingresos de las patentes de sus DPI. Por otra parte, pueden tener que pagar derechos a otras empresas que detentan DPI esenciales para el estándar. Por consiguiente, pueden conceder licencias cruzadas de sus propios DPI esenciales a cambio de los DPI esenciales de otras empresas.
268. En tercer lugar, la estandarización puede llevar a resultados contrarios a la competencia si impide que ciertas empresas obtengan acceso efectivo a los resultados del proceso de determinación del estándar (es decir, la especificación y/o el DPI esencial para aplicar el estándar). Si se impide por completo que una empresa obtenga acceso al resultado del estándar o si solo se le concede el acceso en condiciones prohibitivas o discriminatorias, hay un riesgo de efecto contrario a la competencia. Un sistema en el que el DPI potencialmente pertinente se divulga de antemano puede aumentar la probabilidad de que se conceda acceso efectivo al estándar puesto que permite a los participantes identificar las tecnologías gravadas por el DPI y las que no lo están. Esto permite a los participantes tener en cuenta el efecto potencial del resultado del estándar en el precio final (por ejemplo, la elección de una tecnología sin DPI tendrá probablemente un efecto positivo en el precio final) y verificar con el titular del DPI si estaría dispuesto a conceder una patente si su tecnología se incluye en el estándar.

<sup>(1)</sup> En función del círculo de participantes en el proceso de determinación del estándar, pueden producirse restricciones en el mercado de la oferta o de la demanda del producto estandarizado.

<sup>(2)</sup> En el contexto del presente capítulo, el concepto de DPI se refiere en particular a patentes (con exclusión de las solicitudes de patentes no publicadas). No obstante, en caso de que cualquier otro tipo de DPI confiera en la práctica a su titular el control de la utilización del estándar, se aplicarán los mismos principios.

<sup>(3)</sup> En la práctica, muchas empresas utilizan una combinación de estos modelos.

269. Las normas sobre propiedad intelectual y sobre competencia comparten los objetivos <sup>(1)</sup> de fomentar la innovación y mejorar el bienestar de los consumidores. Los DPI fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Así pues, los DPI suelen ser beneficiosos para la competencia. Sin embargo, gracias a su DPI, una empresa que posea un DPI esencial para aplicar el estándar puede, en el marco específico de la determinación del estándar, adquirir también el control del uso de un estándar. Si el estándar constituye un obstáculo a la entrada, la empresa puede controlar de este modo el mercado del producto o servicio al que se refiere el estándar. A su vez, esto puede permitir que las empresas incurran en comportamientos contrarios a la competencia, por ejemplo, bloqueando a los consumidores tras la adopción del estándar, ya sea negándose a conceder una licencia del DPI necesario, ya sea obteniendo ingresos excesivos mediante unos derechos excesivos <sup>(2)</sup>, lo que impide un acceso efectivo al estándar. Sin embargo, aun cuando el establecimiento de un estándar pueda crear o aumentar el poder de mercado de los titulares de DPI que posean un DPI esencial para el estándar, no hay ninguna presunción de que la titularidad o el disfrute del DPI esencial para un estándar equivalga a la posesión o al disfrute de un poder de mercado. La cuestión del poder de mercado solo puede evaluarse caso por caso.

### **Cláusulas estándar**

270. Las cláusulas estándar pueden producir efectos restrictivos de la competencia limitando la gama de productos y la innovación. Si una parte importante de un sector adopta las cláusulas estándar y opta por no apartarse de ellas en casos individuales (o solo se aparta en casos excepcionales de fuerte poder de negociación), puede que los clientes no tengan más opción que aceptar las condiciones de las cláusulas estándar. Sin embargo, el riesgo de que se limite la gama de productos y la innovación solo es probable si las cláusulas estándar definen el alcance del producto final. Por lo que se refiere a los bienes de consumo clásicos, las cláusulas estándar de venta no suelen limitar la innovación ni la calidad y la variedad del producto.

271. Además, según sea su contenido, las cláusulas estándar pueden entrañar el riesgo de afectar a las condiciones comerciales del producto final. En particular, existe un riesgo grave de que las cláusulas estándar relativas al precio restrinjan la competencia de precios.

272. Por otra parte, si las cláusulas estándar se convierten en práctica sectorial, el acceso a las puede ser crucial para la entrada en el mercado. En estos casos, la denegación del acceso a las cláusulas estándar puede entrañar un peligro de causar una exclusión contraria a la competencia. Mientras las cláusulas estándar sigan realmente abiertas para su uso por cualquier persona que desee acceder a ellas, no es probable que causen una exclusión contraria a la competencia.

### *7.3.2. Restricciones de la competencia por su objeto*

#### **Acuerdos de estandarización**

273. Los acuerdos en los que se hace uso de un estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, restringen la competencia por el objeto. Por ejemplo, un acuerdo por el que una asociación nacional de fabricantes establece un estándar y ejerce presión sobre terceros para que no comercialicen productos que no se atengan al mismo, o la colusión entre los fabricantes del producto en cuestión para excluir una tecnología nueva de un estándar ya existente <sup>(3)</sup> formarán parte de esta categoría.

<sup>(1)</sup> Véanse las Directrices sobre transferencia de tecnología, punto 7.

<sup>(2)</sup> Unos derechos elevados solo se pueden considerar excesivos si se cumplen las condiciones para la existencia de un abuso de posición dominante establecidas en el artículo 102 del Tratado y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, el asunto 27/76, *United Brands*, Rec. 1978, p. 207.

<sup>(3)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto IV/35.691, *Tubos de calefacción urbana*, DO L 24 de 30.1.1999, p. 1, en el que una parte de la infracción del artículo 101 consistía en «hacer uso de las normas y reglamentaciones técnicas a fin de evitar o retrasar la introducción de nuevas tecnologías que podrían llevar aparejada una reducción de los precios» (considerando 147).

274. Cualquier acuerdo de reducir la competencia empleando la divulgación de condiciones más restrictivas de concesión de licencias antes de la adopción de un estándar como forma encubierta de fijar conjuntamente los precios ya sea de productos en sentido descendente o de DPI/tecnologías sustitutivas, constituirá una restricción de la competencia por el objeto <sup>(1)</sup>.

#### *Cláusulas estándar*

275. Los acuerdos en los que se hace uso de cláusulas estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, también restringen la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1. Un ejemplo sería el de una asociación comercial que no permite a un nuevo operador el acceso a sus cláusulas estándar, cuyo uso es crucial para entrar en el mercado.
276. Cualquier cláusula estándar que contenga disposiciones que influyan directamente en los precios aplicados a los clientes (es decir, precios recomendados, descuentos, etc.) constituirá una restricción de la competencia por el objeto.

#### *7.3.3. Efectos restrictivos de la competencia*

##### **Acuerdos de estandarización**

##### **Acuerdos que por lo general no restringen la competencia**

277. Los acuerdos de estandarización que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. Si no hay poder de mercado <sup>(2)</sup>, un acuerdo de estandarización no puede producir efectos restrictivos de la competencia. Por consiguiente, es muy improbable que se produzcan efectos restrictivos cuando exista competencia efectiva entre varios estándares voluntarios.
278. Para aquellos acuerdos de determinación de estándares que entrañan un riesgo de crear poder de mercado, los puntos 280 a 286 establecen las condiciones en virtud de las cuales dichos acuerdos no entrarán por lo general en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.
279. El incumplimiento de alguno o de todos los principios establecidos en esta sección no implicará una presunción de restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, habrá que realizar una autoevaluación para determinar si el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y de ser así, si se cumplen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. En este contexto, se admite que existen distintos modelos de determinación de estándares y que la competencia dentro y entre estos modelos es un aspecto positivo de una economía de mercado. Así pues, las empresas tienen plena libertad para instaurar normas y procedimientos distintos a los descritos en los apartados 280 a 286.
280. Cuando la participación en la determinación de estándares **no esté restringida** y el procedimiento de adopción del estándar sea **transparente**, los acuerdos de estandarización que **no contienen ninguna obligación de cumplir** <sup>(3)</sup> el estándar y proporcionan **acceso a este en condiciones justas, razonables y no discriminatorias**, no restringen la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.
281. Concretamente, para garantizar que la participación **no esté restringida**, las normas del organismo de determinación de estándares deben velar por que todos los competidores existentes en el mercado o mercados afectados por el estándar puedan participar en el procedimiento que da lugar a la selección del estándar. Los organismos de determinación de estándares tienen que tener también unos procedimientos objetivos y no discriminatorios de asignación de derechos de voto así como, cuando proceda, unos criterios objetivos de selección de la tecnología o tecnologías que se incluirán en el estándar.

<sup>(1)</sup> Este punto no prohíbe las divulgaciones a priori de las condiciones más restrictivas de concesión de la patente descritas en el punto 299. Tampoco prohíbe los consorcios de patentes creados de conformidad con los principios establecidos en las Directrices sobre transferencia de tecnología ni la decisión de conceder una licencia de un DPI esencial para un estándar en condiciones exentas de derechos, según se establece en el presente capítulo.

<sup>(2)</sup> Véase por analogía el punto 39 y ss. Por lo que respecta a las cuotas de mercado, véase también el punto 296.

<sup>(3)</sup> Véase también el punto 293 a este respecto.

282. Por lo que respecta a la **transparencia**, el organismo de determinación de estándares debe tener unos procedimientos que permitan a los interesados informarse sobre las actividades de estandarización futuras, en curso y finalizadas en el momento adecuado de cada fase del desarrollo del estándar.
283. Asimismo, las normas del organismo de determinación de estándares deben garantizar el **acceso efectivo al estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias** <sup>(1)</sup>.
284. Cuando un estándar se refiera a un DPI, **una política clara y equilibrada en materia de DPI adaptada al sector en cuestión** <sup>(2)</sup> y a las necesidades del organismo de determinación de estándares correspondiente, incrementa la probabilidad de que se conceda a quienes apliquen el estándar un acceso efectivo al estándar o estándares elaborados por ese organismo de determinación de estándares.
285. Para garantizar un acceso efectivo al estándar, será necesario, en particular, que la política en materia de DPI exija que los miembros participantes que quieran que su DPI se incluya en el estándar, se comprometan por escrito de forma irrevocable a ofrecer licencias de su DPI esencial a todos los terceros en condiciones justas, razonables y no discriminatorias («**compromiso FRAND**») <sup>(3)</sup>. Este compromiso deberá darse antes de la adopción del estándar. Asimismo, la política en materia de DPI deberá permitir que los titulares de DPI excluyan una tecnología específica del proceso de determinación de estándares y por ende del compromiso de ofrecer una licencia, siempre que esta exclusión se efectúe en una fase inicial del desarrollo del estándar. Para asegurar la eficacia del compromiso FRAND, también se deberá exigir a todos los titulares de DPI que asuman dicho compromiso que garanticen que cualquier empresa a la que el titular del DPI transfiera este último (incluido el derecho a conceder licencias de ese DPI), esté vinculada por el citado compromiso, por ejemplo, mediante una cláusula contractual entre el comprador y el vendedor.
286. Además, una política en materia de DPI que exija la **divulgación de buena fe**, por parte de los miembros participantes, de sus derechos de propiedad intelectual que puedan ser esenciales para la implantación de un estándar en desarrollo, permitirá que el sector tome una decisión más informada sobre la tecnología elegida y, de este modo, ayude a conseguir el objetivo del acceso efectivo al estándar. Esta obligación de divulgación podrá basarse en una divulgación continua a medida que se desarrolla el estándar y en los esfuerzos razonables para identificar los DPI relativos al posible estándar <sup>(4)</sup>. También basta con que el participante declare que es probable que tenga reivindicaciones de DPI correspondientes a una determinada tecnología (sin identificar las reivindicaciones o solicitudes de DPI concretas). Teniendo en cuenta que no existen estos mismos riesgos en relación con el acceso efectivo en el caso de un organismo de determinación de estándares con una política de estándares exentos de derechos, la divulgación del DPI no sería pertinente en ese contexto.

### FRAND

287. Los compromisos FRAND pretenden garantizar que la tecnología esencial protegida por un DPI incluida en un estándar sea accesible a los usuarios de dicho estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En especial, los compromisos FRAND pueden impedir que los titulares de DPI dificulten la aplicación de un estándar denegando una licencia o exigiendo unos cánones injustos o injustificados (es decir, excesivos) cuando el sector esté cautivo del estándar, y/o cobrando unos derechos discriminatorios.
288. Para que el organismo de determinación de estándares cumpla lo dispuesto en el artículo 101, no es necesario que verifique si las condiciones de concesión de licencias son compromisos FRAND. Son los propios participantes quienes deben evaluar si las citadas condiciones y, en particular, los derechos que cobran, son compromisos FRAND. Por consiguiente, a la hora de decidir si aplican el compromiso FRAND a un determinado DPI, los participantes deben prever las consecuencias de dicho compromiso, especialmente en lo que respecta a su capacidad de determinar libremente el nivel de sus derechos.

<sup>(1)</sup> Por ejemplo, debe concederse acceso efectivo a la especificación del estándar.

<sup>(2)</sup> Según se especifica en los puntos 285 y 286.

<sup>(3)</sup> Téngase en cuenta que las condiciones FRAND también incluyen la gratuidad de derechos.

<sup>(4)</sup> Para alcanzar el resultado pretendido la divulgación de buena fe no tiene que llegar hasta exigir a los participantes que comparen su DPI con el estándar potencial en cuestión y publiquen una declaración firme de que no tienen ningún DPI aplicable al posible estándar.

289. En caso de litigio, para evaluar si los cánones aplicados al acceso al DPI en el contexto de la determinación de estándares son justos o razonables, habrá que determinar si dichos cánones guardan una relación razonable con el valor económico del DPI <sup>(1)</sup>. En general, existen varios métodos para hacer esta evaluación. En principio, los métodos basados en el coste no se adaptan bien en este contexto ya que es difícil evaluar los costes imputables al desarrollo de una determinada patente o grupos de patentes. En cambio, cabe la posibilidad de comparar los cánones de concesión de licencias aplicados (a priori) por la empresa en cuestión a las patentes pertinentes en un entorno competitivo antes de que el sector quede cautivo del estándar con los aplicados (a posteriori) después de que el sector quede cautivo. Para ello, se parte de la base de que se puede hacer la comparación de forma homogénea y fiable <sup>(2)</sup>.
290. Otro método puede consistir en obtener una evaluación, realizada por expertos independientes, de la importancia objetiva y fundamental de la cartera de DPI pertinentes para el estándar correspondiente. En el caso apropiado, también cabe la posibilidad referirse a divulgaciones a priori de las condiciones de concesión de la licencia en el contexto del proceso concreto de determinación de estándares. Esto parte de la presunción de que la comparación puede hacerse de forma homogénea y fiable. Los derechos aplicados al mismo DPI en otros estándares también pueden servir de orientación para los derechos FRAND. Las presentes Directrices no pretenden elaborar una lista exhaustiva de los métodos adecuados para evaluar si los derechos son excesivos.
291. Sin embargo, cabe destacar que las presentes Directrices no excluyen en modo alguno la posibilidad de que las partes resuelvan sus litigios sobre el nivel de los derechos FRAND ante los tribunales civiles o mercantiles competentes.

#### ***Evaluación de los acuerdos de estandarización basada en los efectos***

292. La evaluación de cada acuerdo de estandarización debe tener en cuenta los efectos probables del estándar en los mercados correspondientes. Las consideraciones siguientes se aplican a todos los acuerdos de estandarización que se desvían de los principios expuestos en los apartados 280 a 286.
293. El hecho de que los acuerdos de estandarización puedan producir efectos restrictivos de la competencia puede depender de hasta qué punto los miembros del organismo de determinación de estándares siguen teniendo **libertad para desarrollar estándares o productos alternativos** que no cumplan el estándar acordado <sup>(3)</sup>. Por ejemplo, si el acuerdo de determinación de estándares obliga a los participantes de forma vinculante a fabricar únicamente productos que se ajusten al estándar, se incrementa considerablemente el riesgo de un probable efecto negativo para la competencia y, en ciertas circunstancias, puede dar lugar a una restricción de la competencia por el objeto <sup>(4)</sup>. Del mismo modo, los estándares que solo abarcan aspectos o partes del producto final poco importantes tienen menos probabilidades de dar lugar a problemas de competencia que los estándares más importantes.
294. La evaluación de si el acuerdo restringe la competencia también se centrará en **el acceso al estándar**. Cuando el resultado de un estándar (es decir, la especificación de cómo cumplirlo y, si procede, el DPI esencial para aplicarlo) no sea accesible en absoluto o solo lo sea en condiciones discriminatorias para los participantes o los terceros (es decir, los que no sean miembros del organismo de determinación de estándares pertinente), esto puede discriminar, excluir o segmentar los mercados según el alcance geográfico de su aplicación y, por ello, es probable que se restrinja la competencia. Sin embargo, cuando existan varias normas competidoras o si hay una competencia efectiva entre la solución estandarizada y la que no lo está, una limitación del acceso puede que no produzca unos efectos negativos apreciables sobre la competencia.

<sup>(1)</sup> Véase el asunto 27/76, *United Brands/Comisión*, considerando 250; véase también el asunto C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, Rec. 2009, p. I-6155, considerando 142.

<sup>(2)</sup> Véase el asunto 395/87, *Ministère Public/Jean-Louis Tournier*, Rec. 1989, p. 2521, considerando 38; asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, *François Lucazeau/SACEM*, Rec. 1989, p. 2811, considerando 33.

<sup>(3)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, *Philips/VCR*, DO L 47 de 18.2.1978, p. 42, considerando 23: «Dado que estos estándares se aplicaban a la fabricación de equipos VCR, las partes estaban obligadas a fabricar y distribuir únicamente casetes y grabadoras ajustadas al sistema VCR patentado por Philips. Se les prohibía cambiar a la producción y distribución de otros sistemas de casetes de vídeo (...). Esto constituía una restricción de la competencia con arreglo al artículo 85, apartado 1, letra b».

<sup>(4)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, *Philips/VCR*, considerando 23.

295. Si **la participación en el proceso de determinación de estándares** está abierta a tenor de que permite a todos los competidores (y/o interesados) del mercado afectado por la norma participar en la elección y elaboración del estándar, se reducen los riesgos de un probable efecto restrictivo de la competencia al no excluir a ciertas empresas de la capacidad de influir en la elección y elaboración del estándar <sup>(1)</sup>. Cuanto mayor sea el impacto probable en el mercado del estándar y más amplios sean sus ámbitos potenciales de aplicación, más importante es permitir la igualdad de acceso al proceso de determinación de estándares. Sin embargo, si los hechos muestran que hay competencia entre varios de estos estándares y organismos de determinación de estándares (y no es necesario que todo el sector aplique los mismos estándares) puede que no haya efectos restrictivos de la competencia. Asimismo, si no hubiera sido posible adoptar el estándar sin restringir el número de participantes, el acuerdo no dará lugar a ningún probable efecto restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1 <sup>(2)</sup>. En ciertas situaciones los efectos negativos potenciales de la participación restringida pueden eliminarse o al menos reducirse velando por que **se informe y se consulte** a los interesados sobre el trabajo en curso <sup>(3)</sup>. Cuanto más transparente sea el procedimiento de adopción del estándar, más probable es que el estándar adoptado tenga en cuenta los intereses de todos los implicados.
296. Para evaluar los efectos de un acuerdo de determinación de estándares hay que tener en cuenta **las cuotas de mercado de los bienes o servicios basados en el estándar**. Quizás no sea siempre posible evaluar en una fase inicial, con cierta certeza, si una gran parte del sector adoptará el estándar en la práctica o si solamente será un estándar utilizado por una parte marginal del sector correspondiente. En muchos casos, las cuotas de mercado pertinentes de las empresas que han participado en el desarrollo del estándar podrían utilizarse como aproximación para calcular la cuota probable de mercado del estándar (puesto que en la mayoría de los casos las empresas participantes en la determinación del estándar tendrían un interés en aplicarlo) <sup>(4)</sup>. No obstante, dado que la eficacia de los acuerdos de estandarización suele ser proporcional a la parte del sector implicada en la determinación y/o aplicación del estándar, el hecho de que los operadores del mercado o mercados afectados tengan una cuota de mercado elevada no llevará necesariamente a la conclusión de que es probable que el estándar dé lugar a efectos restrictivos de la competencia.
297. Cualquier acuerdo de determinación de estándares que **discrimine** claramente a cualquier miembro participante o potencial podrá dar lugar a una restricción de la competencia. Por ejemplo, si una organización de determinación de estándares excluye explícitamente a las empresas que solo operan en sentido ascendente (es decir, las empresas que no son activas en el mercado descendente de la producción), esto podrá dar lugar a una exclusión de tecnologías potencialmente mejores.
298. Por lo que se refiere a los acuerdos de determinación de estándares que sigan unos **tipos de modelos de divulgación de DPI diferentes** de los citados en el punto 286, habrá que evaluar en cada caso si el modelo de divulgación en cuestión (por ejemplo un modelo que no obligue a divulgar el DPI sino que solo lo fomente) garantiza el acceso efectivo al estándar. Es decir, hay que evaluar si en un contexto específico el modelo de divulgación de DPI no impide en la práctica realizar una elección informada entre tecnologías y DPI asociados.
299. Finalmente, los acuerdos de determinación de estándares que impongan las **divulgaciones a priori de las condiciones más restrictivas de concesión de la licencia** no restringirán, en principio, la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. En este orden de cosas, es importante que las partes implicadas en la selección de un estándar estén plenamente informadas no solo de las opciones técnicas disponibles y del DPI asociado, sino también del coste probable de ese DPI. Por lo tanto, en caso de que la política en materia de DPI de una organización de determinación de estándares opte

<sup>(1)</sup> En la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, *X/Open Group*, DO L 35, 6.2.1987, p. 36, la Comisión consideró que incluso si los estándares adoptados se hicieran públicos, la política que restringía la adquisición de la condición de miembro tenía el efecto de impedir que los no miembros influyeran en los resultados del trabajo del Grupo y obtuvieran los conocimientos técnicos y la comprensión relativa a los resultados que los miembros adquirirían probablemente. Además, los no miembros no podían aplicar la norma antes de su adopción, mientras que los miembros sí podían (véase el considerando 32). Por consiguiente, en estas circunstancias, se consideraba que el acuerdo constituía una restricción de conformidad con el artículo 101, apartado 1.

<sup>(2)</sup> O, si la adopción del estándar se viese gravemente demorada por un proceso ineficaz, cualquier restricción inicial podría verse compensada por eficiencias que deben considerarse de conformidad con el artículo 101, apartado 3.

<sup>(3)</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 2009 en el asunto 39.416, *Clasificación de buques*. La Decisión puede consultarse en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010XC0106\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010XC0106(02):ES:HTML)

<sup>(4)</sup> Véase el punto 261.

por imponer a los titulares de DPI que divulguen individualmente, antes de la adopción del estándar, sus condiciones más restrictivas de concesión de la licencia, incluidos los derechos máximos que aplicarán, esto no dará lugar por lo general a una restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1 <sup>(1)</sup>. Estas divulgaciones unilaterales *a priori* de las condiciones más restrictivas de concesión de la licencia son una manera de hacer posible que el organismo de determinación de estándares adopte una decisión fundada y basada en las desventajas y ventajas de las distintas tecnologías alternativas, no solo desde una perspectiva técnica sino también desde el punto de vista de los precios.

### Cláusulas estándar

300. El establecimiento y uso de cláusulas estándar deben evaluarse en el contexto económico adecuado y habida cuenta de la situación en el mercado de referencia para determinar si es probable que las cláusulas estándar en cuestión produzcan efectos restrictivos de la competencia.
301. Siempre que la participación de los competidores del mercado de referencia en el establecimiento de cláusulas estándar **no esté sujeta a restricciones** (ya sea participando en la asociación comercial o directamente) y que las cláusulas estándar establecidas **no sean vinculantes** y sean **accesibles realmente** para todos, no es probable que estos acuerdos (con las salvedades formuladas en los puntos 303, 304, 305 y 307) den lugar a efectos restrictivos de la competencia.
302. De este modo, las cláusulas estándar verdaderamente accesibles y no vinculantes relativas a la venta de bienes de consumo o de servicios (siempre que no tengan ningún efecto en el precio) no suelen producir efectos restrictivos de la competencia puesto que no es probable que produzcan efectos negativos en la calidad y variedad del producto o en la innovación. Sin embargo, existen dos excepciones generales que requieren una evaluación más detallada.
303. En primer lugar, las cláusulas estándar para la venta de bienes de consumo o de servicios que definen el alcance del producto vendido al cliente y que, por lo tanto, suponen un riesgo más significativo de limitar las posibilidades de elección de productos, pueden producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, cuando su aplicación conjunta dé lugar probablemente a un alineamiento de hecho. Esto puede ocurrir cuando el uso extendido de las cláusulas estándar lleva de hecho a una limitación de la innovación y de la variedad de productos. Por ejemplo, esta situación se puede plantear si las cláusulas estándar de los contratos de seguro limitan en la práctica la elección del cliente de elementos clave del contrato tales como los riesgos estándar cubiertos. Incluso si el uso de las cláusulas estándar no es obligatorio, estas pueden menoscabar los incentivos de los rivales para competir en la diversificación de productos.
304. Al evaluar si hay un riesgo de que las cláusulas estándar tengan probablemente efectos restrictivos debido a que limitan la elección de productos, hay que tener en cuenta factores tales como la competencia existente en el mercado. Por ejemplo si hay un número grande de competidores más pequeños, el riesgo de una limitación de la elección de productos parecerá menor que si solo hay unos pocos competidores más grandes <sup>(2)</sup>. Las cuotas de mercado de las empresas participantes en el establecimiento de las cláusulas estándar también podrán indicar en cierto modo la probabilidad de que las cláusulas estándar sean aceptadas o empleadas por una gran parte del mercado. Sin embargo, en este aspecto, no solo es pertinente analizar si es probable que las cláusulas estándar elaboradas sean empleadas por una gran parte del mercado, sino también si solo abarcan una parte del producto o el producto en su totalidad (cuanto menor sea el alcance de las cláusulas estándar, menos probabilidades hay de que den lugar, en general, a una limitación de la elección de productos). Por otra parte, cuando no fuera posible ofertar un determinado producto sin establecer las cláusulas estándar, no es probable que haya ningún efecto restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. En esta situación, el establecimiento de las cláusulas estándar aumenta más que reduce la elección de productos.

<sup>(1)</sup> Tal como se apunta en el punto 274, cualquier acuerdo de reducir la competencia empleando la divulgación de condiciones más restrictivas de concesión de licencias antes de la adopción de un estándar como forma encubierta de fijar conjuntamente los precios ya sea de productos en sentido descendente o de DPI/tecnologías sustitutivas, constituirá una restricción de la competencia por el objeto.

<sup>(2)</sup> Si la experiencia previa con cláusulas estándar en el mercado de referencia indica que aquellas no dieron lugar a una disminución de la competencia en la diferenciación de productos, esto puede también indicar que el mismo tipo de cláusulas estándar elaboradas para un producto aún tampoco producirá un efecto restrictivo de la competencia.

305. En segundo lugar, incluso aunque las cláusulas estándar no definan el alcance real del producto final, pueden ser una parte decisiva de la transacción con el consumidor por otras razones. Un ejemplo pueden ser las compras en línea en las que la confianza del consumidor es esencial (por ejemplo, en el uso de sistemas de pago seguros, la descripción adecuada de los productos, la claridad y transparencia de las normas sobre precios, la flexibilidad de la política de devoluciones, etc.). Como a los consumidores les resulta difícil valorar claramente todos estos elementos, tienden a preferir las prácticas más extendidas y las cláusulas estándar relativas a estos elementos pueden convertirse en una norma de facto que las empresas deberán cumplir para vender en el mercado. Aunque no sean vinculantes, estas cláusulas estándar se convertirán en un estándar de hecho, cuyos efectos se aproximan mucho a los de una norma vinculante y deben ser analizados como corresponde.
306. Si el uso de cláusulas estándar es obligatorio, es necesario evaluar su impacto en la calidad y variedad del producto y en la innovación (en especial si las cláusulas estándar son obligatorias en todo el mercado).
307. Por otra parte, si las cláusulas estándar (sean o no vinculantes) contienen alguna condición que produzca probablemente un efecto negativo sobre la competencia en cuanto a los precios (p.ej. cláusulas que definen el tipo de descuentos que se deben aplicar), producirán probablemente efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

#### 7.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

##### 7.4.1. Mejoras de eficiencia

##### **Acuerdos de estandarización**

308. Los acuerdos de estandarización dan frecuentemente lugar a mejoras de eficiencia significativas. Por ejemplo, unos estándares para toda la Unión Europea pueden facilitar la integración del mercado y posibilitar que las empresas comercialicen sus bienes y servicios en todos los Estados miembros, dando lugar a una mayor posibilidad de elección para los consumidores y a unos precios menores. Los estándares que establecen la interoperabilidad técnica y la compatibilidad fomentan a menudo la competencia basada en los méritos entre tecnologías de diferentes empresas y contribuyen a impedir la cautividad de un determinado proveedor. Además, los estándares pueden reducir los costes de transacción para los vendedores y los compradores. Los estándares relativos a, por ejemplo, la calidad, la seguridad y los aspectos medioambientales de un producto pueden, por otra parte, facilitar la elección de los consumidores y dar lugar a una mayor calidad de los productos. Los estándares también desempeñan un cometido importante de cara a la innovación. Pueden reducir el tiempo necesario para introducir una nueva tecnología en el mercado y facilitar la innovación haciendo posible que las empresas se basen en soluciones acordadas.
309. Para que estas ventajas económicas se hagan efectivas en el caso de los acuerdos de estandarización, la información necesaria para la aplicación de un estándar debe estar realmente al alcance de todos los que deseen acceder al mercado <sup>(1)</sup>.
310. Se puede incrementar la propagación de un estándar utilizando marcas o logotipos que certifiquen su cumplimiento, lo que ofrecerá seguridad a los consumidores. Los acuerdos sobre ensayos y certificación van más allá del objetivo primario de definición del estándar y por lo general constituirán un acuerdo y un mercado diferentes.
311. Mientras los efectos sobre la innovación deben analizarse de forma individual, se considera que es probable que los estándares que crean compatibilidad en un nivel horizontal entre diferentes plataformas tecnológicas den lugar a mejoras de eficiencia.

##### **Cláusulas estándar**

312. El uso de cláusulas estándar puede conllevar beneficios económicos tales como facilitar a los clientes la comparación de las condiciones ofrecidas y, por ende, el cambio de una empresa a otra. Las cláusulas estándar también pueden dar lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros en costes de transacción y, en ciertos sectores (en especial si la forma jurídica de los contratos es compleja), facilitar la entrada en el mercado. Asimismo, pueden incrementar la seguridad jurídica para las partes contratantes.
313. Cuanto mayor sea el número de competidores en el mercado, mayor será la mejora de eficiencia resultante de facilitar la comparación de las condiciones ofrecidas.

<sup>(1)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, *X/Open Group*, considerando 42: «La Comisión considera que la intención del Grupo de hacer públicos los resultados cuanto antes es un elemento esencial en su decisión de otorgar una exención».

#### 7.4.2. *Carácter indispensable*

314. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia que pueden ser generadas por un acuerdo de estandarización o por las cláusulas estándar no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.

#### **Acuerdos de estandarización**

315. La evaluación de cada acuerdo de estandarización deberá tener en cuenta su efecto probable en los mercados de referencia y, por otra, el alcance de las posibles restricciones que excedan el objetivo de obtener eficiencias <sup>(1)</sup>.
316. La participación en la determinación de un estándar debe estar abierta por lo general a todos los competidores del mercado o mercados afectados por el estándar, a menos que las partes demuestren que su participación acarrearía desventajas importantes en términos de eficiencia o que se contemplen procedimientos reconocidos para la representación colectiva de los intereses <sup>(2)</sup>.
317. Como norma general, los acuerdos de estandarización no deberían abarcar más de lo estrictamente necesario para la realización de sus objetivos, ya se trate de la interoperabilidad y compatibilidad técnicas o de un determinado nivel de calidad. Cuando el hecho de tener una única solución tecnológica beneficie a los consumidores o a la economía en general, este estándar debe determinarse de forma no discriminatoria. En ciertos casos, los estándares tecnológicamente neutros dan lugar a mayores mejoras de eficiencia. La inclusión de DPI sustitutivos <sup>(3)</sup> como partes esenciales de un estándar con la obligación simultánea para los consumidores del estándar de pagar por más DPI de los necesarios técnicamente iría más allá de lo necesario para lograr cualquier mejora de eficiencia identificada. Del mismo modo, la inclusión de DPI sustitutivos como partes esenciales de un estándar y la limitación del uso de esa tecnología a ese determinado estándar (es decir, su uso exclusivo) puede limitar la competencia entre tecnologías y no ser necesaria para lograr las eficiencias identificadas.
318. En principio, las restricciones en los acuerdos de estandarización en virtud de los cuales un estándar es vinculante y obligatorio para el sector no son imprescindibles.
319. Del mismo modo, los acuerdos de estandarización que atribuyen a ciertos organismos el derecho exclusivo a comprobar el cumplimiento del estándar van más allá del objetivo principal de definir el estándar y pueden también restringir la competencia. Sin embargo, la exclusividad puede justificarse durante cierto periodo de tiempo, por ejemplo, por la necesidad de recuperar costes significativos de lanzamiento <sup>(4)</sup>. En este caso, el acuerdo de estandarización debería incluir las salvaguardias adecuadas para atenuar los posibles riesgos para la competencia que resulten de la exclusividad. Esto afecta, entre otras cosas, a la tasa de certificación que debe ser razonable y proporcional al coste de la comprobación del cumplimiento.

<sup>(1)</sup> En el asunto IV/29/151, *Philips/VCR*, el cumplimiento de los estándares VCR llevó a la exclusión de otros sistemas, quizás mejores. Esta exclusión era particularmente grave teniendo en cuenta la posición preeminente disfrutada por Philips en el mercado: « (...) se impusieron a las partes restricciones que no eran imprescindibles para conseguir estas mejoras. La compatibilidad de los casetes de vídeo VCR con los aparatos producidos por otros fabricantes hubiera estado garantizada aun cuando estos últimos hubieran tenido que aceptar una simple obligación de atenerse a los estándares VCR al fabricar equipos VCR» (considerando 31).

<sup>(2)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, *X/Open Group*, considerando 45: «Los objetivos del Grupo no podrían alcanzarse si cualquier empresa dispuesta a comprometerse a cumplir los objetivos del Grupo tuviese el derecho de hacerse miembro. Esto crearía dificultades prácticas y logísticas en la gestión del trabajo y posiblemente impediría la adopción de propuestas apropiadas». Véase también la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 2009 en el asunto 39.416, *Clasificación de buques*, considerando 36: « (...) los compromisos mantienen un equilibrio adecuado entre el mantenimiento de unos criterios exigentes de afiliación a la IACS y la eliminación de obstáculos innecesarios a esa afiliación. Los nuevos criterios garantizarán que únicamente las sociedades de clasificación técnicamente competentes puedan afiliarse a la IACS y evitarán que la calidad y eficacia de su trabajo se vean perjudicadas injustificadamente por unos requisitos de afiliación muy poco rigurosos. Al mismo tiempo, los nuevos criterios no serán un obstáculo para que aquellas sociedades de clasificación técnicamente competentes que lo deseen puedan convertirse en miembros de la IACS».

<sup>(3)</sup> Tecnología que los consumidores o licenciatarios consideran intercambiable o sustituible por otra tecnología, en virtud de las características tecnológicas y del uso previsto.

<sup>(4)</sup> En este contexto, véase la Decisión de la Comisión en los asuntos IV/34.179, 34.202, 216, *Grúas holandesas (SCK y FNK)*, DO L 312 de 23.12.1995, p. 79, considerando 23: «La prohibición de subcontratar actividades a empresas que no dispongan de la certificación de SCK restringe la libertad de acción de las empresas certificadas. Para determinar si puede considerarse que esta prohibición impide, restringe o falsea el juego de la competencia a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, es preciso examinar el contexto jurídico y económico de este asunto. Si esta prohibición estuviese vinculada a un sistema de certificación plenamente abierto, independiente y transparente, que aceptara garantías equivalentes presentadas por otros sistemas, podría aducirse que el efecto de la prohibición no es restringir la competencia, sino tan solo garantizar plenamente la calidad de los bienes o servicios certificados».

### **Cláusulas estándar**

320. Por lo general no está justificado hacer que las cláusulas estándar sean vinculantes y obligatorias para el sector o para los miembros de la asociación comercial que las estableció. Sin embargo, no cabe excluir la posibilidad de que las cláusulas estándar vinculantes puedan, en un caso específico, ser imprescindibles para lograr las mejoras de eficiencia generadas por dichas cláusulas.

#### *7.4.3. Beneficio para los consumidores*

### **Acuerdos de estandarización**

321. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un acuerdo de estandarización o por las cláusulas estándar. Un elemento importante a la hora de analizar la probabilidad de que los consumidores se beneficien es determinar los procedimientos que se utilizan para garantizar la protección de los intereses de los usuarios de los estándares y de los consumidores finales. Cuando las normas faciliten la interoperabilidad y la compatibilidad técnica y/o la competencia entre productos, servicios y procedimientos nuevos y ya existentes, cabe suponer que el estándar beneficiará a los consumidores.

### **Cláusulas estándar**

322. Tanto el riesgo de efectos restrictivos de la competencia como la probabilidad de las mejoras de eficiencia aumentan con las cuotas de mercado de las empresas y con la medida en que se usan las cláusulas estándar. Por lo tanto, no es posible establecer ninguna salvaguardia regulatoria general al amparo de la cual no haya ningún riesgo de que se produzcan efectos restrictivos de la competencia o que permita presumir que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.
323. Sin embargo, ciertas mejoras de eficiencia generadas por las cláusulas estándar, tales como la mayor comparabilidad de las ofertas presentes en el mercado, la facilitación del cambio de proveedor y la seguridad jurídica de las cláusulas establecidas en las condiciones estándar, benefician necesariamente a los consumidores. Por lo que se refiere a otras posibles mejoras de eficiencia, tales como los menores costes de transacción, hay que evaluar en cada caso y en el contexto económico pertinente si es probable que beneficien a los consumidores.

#### *7.4.4. No eliminación de la competencia*

324. El hecho de que un acuerdo de estandarización ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia depende de las diferentes fuentes de competencia existentes en el mercado, del nivel de presión competitiva que dichas fuentes ejercen sobre las partes y del impacto del acuerdo sobre dicha presión. Si bien las cuotas de mercado son pertinentes para este análisis, la magnitud de las demás fuentes de competencia real no puede evaluarse exclusivamente sobre la base de la cuota de mercado a menos que un estándar llegue a ser un estándar de hecho para el sector<sup>(1)</sup>. En este último caso, se puede eliminar la competencia si se excluye a los terceros del acceso efectivo a este estándar. Las cláusulas estándar empleadas por una mayoría del sector pueden crear una norma sectorial de hecho y suscitar, por lo tanto, los mismos problemas. No obstante, si el estándar o las cláusulas estándar solo se refieren a una parte limitada del producto o servicio, no es probable que se elimine la competencia.

## **7.5. Ejemplos**

325. Determinar estándares que los competidores no pueden cumplir

### **Ejemplo 1**

**Situación:** Un organismo de determinación de estándares establece y publica las normas de seguridad utilizadas ampliamente por el sector correspondiente. La mayor parte de los miembros del sector participan en la determinación del estándar. Antes de la adopción del estándar, un nuevo operador ha desarrollado un producto que es técnicamente equivalente en términos de rendimiento y requisitos funcionales, reconocido por el comité técnico del organismo de determinación de estándares. Sin embargo, las especificaciones técnicas del estándar de seguridad están redactadas, sin justificación objetiva alguna, de tal manera que no permiten que este producto u otros nuevos cumplan con él.

<sup>(1)</sup> La estandarización de hecho hace referencia a una situación en la que un estándar (no vinculante jurídicamente) o unas cláusulas estándar (no vinculantes jurídicamente) se utilizan en la práctica en la mayoría del sector.

**Análisis:** Es probable que este acuerdo de estandarización produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y no es probable que cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3. Los miembros del organismo de desarrollo de estándares han determinado el estándar, sin justificación objetiva alguna, de tal manera que los productos de sus competidores que están basados en otras soluciones tecnológicas no puedan cumplirlo, aunque su rendimiento sea equivalente. Por lo tanto, este acuerdo, que no se ha establecido de forma no discriminatoria, reducirá o impedirá la innovación y la variedad de productos. No es probable que la forma en que se elabora el estándar produzca mayores mejoras de eficiencia que un estándar neutro.

326. Estándar no vinculante y transparente que abarca una gran parte del mercado

Ejemplo 2

**Situación:** Varios fabricantes de electrónica de consumo con cuotas de mercado considerables aceptan desarrollar un nuevo estándar para un producto que sustituirá al DVD.

**Análisis:** Siempre que: a) los fabricantes sigan teniendo libertad para producir otros productos nuevos que no se ajustan al nuevo estándar, b) la participación en la determinación del estándar no esté restringida y sea transparente, y c) el acuerdo de estandarización no restrinja la competencia de cualquier otro modo, no es probable que se infrinja el artículo 101, apartado 1. Si las partes acordaran fabricar únicamente productos que se ajusten al nuevo estándar, el acuerdo limitaría el desarrollo técnico, reduciría la innovación e impediría que las partes vendieran productos diferentes, lo que produciría efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

327. Acuerdo de estandarización sin divulgación de DPI

Ejemplo 3

**Situación:** Un organismo privado de determinación de estándares activo en la estandarización en el sector de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) tiene una política de DPI que no obliga ni fomenta las divulgaciones de DPI que pudieran ser esenciales para el futuro estándar. El organismo de determinación de estándares adoptó conscientemente la decisión de no incluir tal obligación, considerando concretamente que, en general, todas las tecnologías potencialmente pertinentes para el futuro estándar están amparadas por numerosos DPI. Por lo tanto, el organismo de determinación de estándares consideró que una obligación de divulgación de DPI, por una parte, no entrañaría el beneficio de permitir a los participantes elegir una solución sin DPI o con pocos DPI y, por otra, daría lugar a costes adicionales para analizar si el DPI sería potencialmente esencial para el futuro estándar. Sin embargo, la política de DPI del organismo de determinación de estándares exige que todos los participantes se comprometan a conceder una licencia sobre cualquier DPI que pueda aplicarse al futuro estándar en condiciones FRAND. La política de DPI permite excepciones en caso de que el titular del DPI quiera que un determinado DPI quede fuera de este compromiso de conceder una licencia general. En este sector particular hay varios organismos privados de determinación de estándares competidores. La participación en el organismo de determinación de estándares está abierta a cualquiera que opere en el sector.

**Análisis:** En muchos casos una obligación de divulgación de DPI será favorable a la competencia al incrementarla *a priori* entre tecnologías. Generalmente esa obligación permite a los miembros de un organismo de determinación de estándares tener en cuenta la cantidad de DPI relativos a una determinada tecnología al decidir entre tecnologías competidoras (o incluso, si es posible, elegir una tecnología que no esté gravada por un DPI). La cantidad de DPI aplicables a una tecnología tendrá a menudo un impacto directo en el coste del acceso a la norma. Sin embargo, en este contexto particular, parece que todas las tecnologías disponibles están cubiertas por DPI, e incluso por muchos DPI. Por lo tanto, la divulgación del DPI no tendrá el efecto positivo de facilitar que los miembros tengan en cuenta la cantidad de DPI al elegir la tecnología puesto que, independientemente de la tecnología elegida, cabe suponer que hay DPI aplicables a esa tecnología. Será improbable que la divulgación de DPI contribuya a garantizar el acceso efectivo al estándar que en esta situación está suficientemente garantizado por el compromiso general de conceder una licencia sobre cualquier DPI que pueda aplicarse al futuro estándar en condiciones FRAND. Por el contrario, la obligación de divulgación del DPI podrá dar lugar en este contexto a costes adicionales para los participantes. En estas circunstancias, la falta de una divulgación del DPI podrá también llevar a una adopción más rápida del estándar, lo que puede ser importante en caso de existan varios organismos

de determinación de estándares competidores. En consecuencia, es poco probable que el acuerdo dé lugar a efectos negativos para la competencia a tenor de artículo 101, apartado 1.

### 328. Estándares en el sector de los seguros

#### Ejemplo 4

**Situación:** Un grupo de empresas de seguros se unen para acordar estándares no vinculantes para la instalación de determinados dispositivos de seguridad (es decir, componentes y equipos diseñados para la prevención y reducción de pérdidas y los sistemas formados a partir de esos elementos). Estos estándares no vinculantes fijados por las aseguradoras: a) se acuerdan para hacer frente a una necesidad específica y ayudar a las aseguradoras a gestionar el riesgo y a ofrecer unas primas adecuadas al riesgo; b) se debaten con los instaladores (o con sus representantes) cuyas opiniones se tienen en cuenta antes de finalizar el estándar; c) son publicados por la asociación o asociaciones de aseguradoras pertinentes en una sección especial de su sitio o sitios de Internet de modo que cualquier instalador u otra parte interesada pueda acceder a ellos fácilmente.

**Análisis:** El proceso de determinación de estos estándares es transparente y permite la participación de las partes interesadas. Además, el resultado es fácilmente accesible de forma razonable y no discriminatoria para cualquier persona que desee conocerlo. Siempre que el estándar no produzca efectos negativos en el mercado descendente (por ejemplo excluyendo a algunos instaladores mediante requisitos para las instalaciones muy específicos e injustificados) no es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia. Sin embargo, incluso aunque los estándares produzcan efectos restrictivos de la competencia, parece que se cumplen las condiciones enunciadas en el artículo 101, apartado 3. Los estándares ayudarán a las aseguradoras a analizar hasta qué punto esos sistemas de instalación reducen el riesgo e impiden las pérdidas de tal modo que puedan gestionar los riesgos y ofrecer primas adecuadas a los mismos. Además, con la salvedad respecto del mercado descendente, serán más eficaces para los instaladores y les permitirán cumplir con un conjunto de estándares para todas las aseguradoras, en vez de ser probados por separado por cada aseguradora. También pueden facilitar a los consumidores el cambio de aseguradora. Adicionalmente, pueden ser beneficiosos para las aseguradoras más pequeñas que pueden carecer de la capacidad para realizar pruebas por separado. Por lo que se refiere a las demás condiciones del artículo 101, apartado 3, parece que los estándares no vinculantes no van más allá de lo que es necesario para obtener las eficiencias en cuestión; los consumidores se beneficiarán de ellas (en algunos casos incluso de forma directa) y las restricciones no darán lugar a una eliminación de la competencia.

### 329. Estándares medioambientales

#### Ejemplo 5

**Situación:** Casi todos los fabricantes de lavadoras acuerdan, auspiciados por un organismo público, dejar de fabricar productos que no cumplan ciertos criterios medioambientales (por ejemplo, de eficiencia energética). Las partes poseen conjuntamente el 90 % del mercado. Los productos que desaparecerán progresivamente del mercado con esta medida suponen una proporción significativa de las ventas totales. Dichos productos serán sustituidos por otros más ecológicos, pero también más caros. Además, el acuerdo reduce indirectamente la producción de terceros (por ejemplo, compañías de suministro de electricidad o proveedores de componentes integrados en los productos que irán desapareciendo). Sin el acuerdo, las partes no habrían modificado sus actividades de producción y comercialización en pro de unos productos más respetuosos del medio ambiente.

**Análisis:** El acuerdo concede a las partes el control de la producción individual y abarca una proporción considerable de sus ventas y su producción total, mientras que también reduce la producción de terceros. La variedad de productos, que se orienta en parte por las características medioambientales del producto, se ve limitada y es probable que ello traiga consigo un aumento de precios. Por lo tanto, es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. La implicación de un organismo público carece de importancia a efectos de la evaluación de este acuerdo. Sin embargo, los productos más nuevos y más respetuosos

del medio ambiente son más avanzados técnicamente y ofrecen eficiencias cualitativas consistentes en que los consumidores pueden utilizar un mayor número de programas en las lavadoras. Además, hay eficiencias económicas para los compradores de lavadoras que son el resultado de los menores costes de funcionamiento debidos al menor consumo de agua, electricidad y detergente. Estas eficiencias económicas se consiguen en mercados diferentes del mercado de referencia del acuerdo. No obstante, estas eficiencias pueden tenerse en cuenta ya que los mercados en los que se producen los efectos restrictivos de la competencia y las mejoras de eficiencia están relacionados y el grupo de consumidores afectados por la restricción y las mejoras de eficiencia es sustancialmente el mismo. Las mejoras de eficiencia compensan los efectos restrictivos de la competencia consistentes en unos costes mayores. Las soluciones alternativas al acuerdo resultan más inciertas y menos rentables para alcanzar los mismos beneficios netos. Las partes disponen de diversos medios técnicos económicamente viables para fabricar productos que se ajusten a las características medioambientales acordadas y se preservará la competencia en lo tocante a otras características de estos productos. Por lo tanto, parece que se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.

### 330. Estandarización auspiciada por el Gobierno

#### Ejemplo 6

**Situación:** En respuesta a los resultados de la investigación sobre los niveles recomendados de grasa de ciertos alimentos transformados efectuada por un grupo de reflexión financiado por el Gobierno de un Estado miembro, varios fabricantes importantes de alimentos transformados de ese Estado miembro acuerdan, mediante reuniones formales en una asociación comercial sectorial, fijar unos niveles recomendados de grasa para esos productos. Las partes representan conjuntamente el 70 % de las ventas de los productos en el Estado miembro. La iniciativa de las partes contará con el apoyo de una campaña publicitaria nacional financiada por el grupo de reflexión que destacará los peligros de los alimentos transformados con alto contenido de grasa.

**Análisis:** Aunque los niveles de grasa sean recomendaciones y por lo tanto voluntarios, debido a la amplia divulgación resultante de la campaña publicitaria nacional, es probable que todos los fabricantes de alimentos transformados del Estado miembro apliquen los niveles de grasa recomendados. Por lo tanto, es probable que se convierta de hecho en un nivel máximo de grasa para los alimentos transformados. De este modo, cabe que se reduzcan las posibilidades de elección de los consumidores en los mercados de productos. Sin embargo, las partes podrán continuar compitiendo por lo que se refiere a varias otras características de los productos, tales como precio, tamaño, calidad, sabor, otro contenido nutricional y de sal, proporción de los ingredientes y marca. Por otra parte, la competencia relativa a los niveles de grasa en la oferta de productos puede aumentar si las partes intentan ofrecer productos con niveles más bajos. Así pues, no es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

### 331. Estándar abierto de envasado de productos

#### Ejemplo 7

**Situación:** Los principales fabricantes de un bien de consumo de rápida evolución en un mercado competitivo de un Estado miembro, así como los fabricantes y distribuidores de otros Estados miembros que venden el producto en el Estado miembro (los «importadores»), acuerdan con los principales suministradores de envases desarrollar y poner en marcha una iniciativa voluntaria de estandarización del tamaño y forma del envase del producto vendido en ese Estado miembro. Actualmente hay una gran variedad de tamaños y materiales de envasado en los Estados miembros. Esto se debe a que el envase no representa una parte elevada de los costes totales de producción y que los costes de cambio de productor de envases no son significativos. No hay ninguna norma europea vigente o pendiente para este envase. Las partes han concluido el acuerdo voluntariamente en respuesta a la presión del gobierno del Estado miembro para cumplir ciertos objetivos medioambientales. En conjunto, los fabricantes e importadores representan el 85 % de las ventas del producto en el Estado miembro. La iniciativa voluntaria dará lugar a la venta en el Estado miembro de un producto de tamaño uniforme que utiliza menos material de envasado, ocupa menos espacio en las estanterías, tiene menores costes de transporte y envasado, y es más respetuoso del medio ambiente ya que reduce los residuos de envases. También disminuye los costes de reciclaje de los productores. El estándar no especifica que haya que utilizar unos tipos particulares de materiales de envasado. Las especificaciones del estándar se han acordado entre fabricantes e importadores de manera abierta y transparente y el proyecto de especificaciones se ha publicado a tiempo para su consulta abierta en un sitio Internet del sector antes de su adopción. Las especificaciones finales adoptadas también se

publican en un sitio Internet de la asociación comercial del sector al que puede acceder libremente cualquier nuevo operador potencial, aunque no sea miembro de la asociación comercial.

**Análisis:** Aunque el acuerdo sea voluntario, es probable que el estándar se convierta en una práctica de hecho del sector porque el conjunto de las partes representa una parte elevada del mercado del producto en el Estado miembro y el gobierno también incita a los minoristas a reducir los residuos de envases. De este modo, el acuerdo podría en teoría crear barreras a la entrada y dar lugar a efectos potenciales de exclusión del mercado del Estado miembro contrarios a la competencia. Concretamente, esto sería un riesgo para los importadores del producto en cuestión que tendrían que cambiar el envase del producto para cumplir el estándar de hecho con objeto de vender en el Estado miembro si el tamaño del envase utilizado en otros Estados miembros no cumple el estándar. Sin embargo, es improbable que se generen obstáculos significativos a la entrada y se produzca una exclusión en la práctica porque: a) el acuerdo es voluntario, b) la norma se ha acordado con los principales importadores de manera abierta y transparente, c) los costes de cambio son bajos, y d) los nuevos operadores, los importadores y todos los suministradores de envases tienen acceso a los detalles técnicos del estándar. En especial, los importadores habrán tenido conocimiento de los posibles cambios en los envases en la fase inicial de desarrollo del estándar y habrán tenido la oportunidad, a través de la consulta abierta sobre el proyecto de estándar, de exponer sus opiniones antes de la adopción final del mismo. Así pues, el acuerdo puede no dar lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

Sea como fuere, es probable que se cumplan en este caso las condiciones del artículo 101, apartado 3: i) el acuerdo dará lugar a eficiencias cuantitativas consistentes en unos menores costes de transporte y envasado; ii) las condiciones actuales de competencia en el mercado son tales que es probable que estas reducciones de los costes beneficien a los consumidores; iii) el acuerdo solo incluye las restricciones mínimas necesarias para lograr el estándar de envasado y es improbable que dé lugar a efectos de exclusión significativos; y iv) no se eliminará la competencia en una parte sustancial de los productos en cuestión.

### 332. Estándar cerrado de envasado de productos

#### Ejemplo 8

**Situación:** Misma situación que en el Ejemplo 7, apartado 331, salvo que el estándar solo se acuerda entre los fabricantes del bien de consumo de rápida evolución localizados en el Estado miembro (que representan el 65 % de las ventas del producto en el Estado miembro), no ha habido una consulta abierta sobre las especificaciones adoptadas (que incluyen estándares detallados relativos al tipo de material de envasado que debe utilizarse), y las especificaciones del estándar voluntario no se publican. Esto ha dado lugar a unos costes de cambio para los productores de otros Estados miembros mayores que para los productores nacionales.

**Análisis:** De forma similar al Ejemplo 7, apartado 331, aunque el acuerdo sea voluntario, es muy probable que se convierta en práctica estándar de hecho para el sector, puesto que el gobierno también está incitando a los minoristas a reducir los residuos de envases y los fabricantes nacionales suponen el 65 % de las ventas del producto en el Estado miembro. El hecho de que no se consultara a los productores pertinentes de otros Estados miembros ha dado lugar a la adopción de una norma que les impone unos mayores costes de cambio en comparación con los productores nacionales. Por lo tanto, el acuerdo puede crear barreras a la entrada y dar lugar a efectos potenciales de exclusión del mercado contrarios a la competencia para los proveedores de envases, los nuevos operadores y los importadores, de los que no todos han participado en el proceso de determinación del estándar, pues es posible que tengan que cambiar el envase del producto para cumplir el estándar de hecho con objeto de vender en el Estado miembro si el tamaño del envase utilizado en otros Estados miembros no cumple el estándar.

A diferencia del Ejemplo 7, apartado 331, el proceso de estandarización no se ha llevado a cabo de manera abierta y transparente. En particular, ni siquiera se ha dado a los nuevos operadores, los importadores y los proveedores de envases la oportunidad de hacer observaciones respecto al estándar propuesto y puede que no tengan conocimiento del mismo hasta una fase posterior, lo que crea la posibilidad de que no puedan cambiar de métodos de producción o de proveedores de forma rápida y eficaz. Por otra parte, es posible que los nuevos operadores, los importadores y los

proveedores de envases no estén en condiciones de competir si el estándar no se conoce o es de difícil cumplimiento. En este caso, tiene especial importancia el hecho de que el estándar incluya especificaciones detalladas de los materiales de envasado que deben utilizarse, cuyo cumplimiento, a causa de la naturaleza cerrada de la consulta y del estándar, supondrá un esfuerzo para los importadores y los nuevos operadores. De este modo, el acuerdo puede restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. El hecho de que el acuerdo se haya concluido para alcanzar unos objetivos ambientales subyacentes acordados con el gobierno del Estado miembro no afecta a esta conclusión.

Es poco probable que se cumplan en este caso las condiciones del artículo 101, apartado 3. Aunque el acuerdo dé lugar a eficiencias cuantitativas similares a las del Ejemplo 7, apartado 331, es improbable que la naturaleza cerrada y privada del acuerdo de estandarización y la no publicación del estándar detallado relativo al tipo de material de envasado que debe utilizarse sean imprescindibles para lograr las eficiencias contempladas en el acuerdo.

### 333. Cláusulas estándar no vinculantes y abiertas usadas en contratos con los consumidores finales

#### Ejemplo 9

**Situación:** Una asociación comercial de distribuidores de electricidad establece unas cláusulas estándar no vinculantes para el suministro de electricidad a consumidores finales (las «cláusulas estándar para la venta de electricidad»). El establecimiento de estas cláusulas estándar se hace de forma transparente y no discriminatoria. Dichas cláusulas abarcan aspectos como la especificación del punto de consumo, la situación del punto de conexión y el voltaje de conexión, disposiciones sobre la fiabilidad de servicio, así como el procedimiento de liquidación de cuentas entre las partes del contrato (por ejemplo, lo que sucede si el consumidor no facilita al distribuidor las lecturas de los dispositivos de medida). Las cláusulas estándar no contemplan ningún aspecto relacionado con los precios, es decir, no contienen ningún precio recomendado u otras cláusulas relacionadas con el precio. Cualquier empresa que opere en el sector tiene libertad para usar las cláusulas estándar según le convenga. Alrededor del 80 % de los contratos concluidos con consumidores finales en el mercado de referencia se basa en estas cláusulas estándar.

**Análisis:** No es probable que estas cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Incluso aunque se convirtieran en práctica sectorial, no parecen tener ningún impacto negativo apreciable en los precios, ni en la calidad o la variedad de los productos.

### 334. Cláusulas estándar usadas para contratos entre empresas

#### Ejemplo 10

**Situación:** Las empresas de construcción de un Estado miembro se unen para establecer unas cláusulas estándar no vinculantes y abiertas para que las utilicen los contratistas cuando oferten un precio a un cliente para un trabajo de construcción. Las cláusulas incluyen un impreso de precios así como las condiciones aplicables a la obra o construcción. El conjunto de estos documentos constituye el contrato de construcción. Las cláusulas cubren aspectos tales como la forma del contrato, las obligaciones generales del contratista y del cliente, condiciones no relacionadas con el precio (por ejemplo, una disposición que especifica el derecho del contratista a anunciar la suspensión de la obra en caso de impago), el seguro, la duración, la entrega y los defectos, la limitación de la responsabilidad, la terminación, etc. A diferencia del Ejemplo 9, punto 33, estas cláusulas estándar se emplearán a menudo entre empresas, una activa en sentido descendente y otra en sentido ascendente.

**Análisis:** No es probable que estas cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Por lo general la elección del producto final por el cliente, es decir, la construcción, no sufrirá ninguna limitación significativa. No parece probable que se produzca ningún otro efecto restrictivo de la competencia. De hecho, varias de las cláusulas en cuestión (entrega y defectos, terminación, etc.) se regirán a menudo por el Derecho.

## 335. Cláusulas estándar que facilitan la comparación de los productos de distintas empresas

## Ejemplo 11

**Situación:** Una asociación nacional del sector de los seguros difunde unas condiciones estándar no vinculantes para las pólizas de contratos de seguro de hogar. Estas condiciones no dan ninguna indicación del nivel de las primas del seguro, del importe de la cobertura o de las franquicias a cargo de los asegurados. No imponen una cobertura exhaustiva que incluya los riesgos a los que no están expuestos simultáneamente un importante número de tomadores de seguros y no obligan a estos a obtener del mismo asegurador cobertura de riesgos diferentes. Si bien la mayoría de las empresas de seguros utilizan pólizas con condiciones estándar, no todos sus contratos contienen las mismas condiciones ya que estas se adaptan a las necesidades individuales de cada cliente y, por lo tanto, no hay normalización de hecho de los productos de seguro ofrecidos a los consumidores. Las condiciones estándar de la póliza permiten a los consumidores y a sus organizaciones comparar las pólizas ofrecidas por las distintas aseguradoras. Una asociación de consumidores participa en la determinación de las condiciones estándar de la póliza. Los nuevos operadores también pueden usar las condiciones, de forma no discriminatoria.

**Análisis:** Estas condiciones estándar de la póliza se refieren a la composición del producto final de seguro. Si las condiciones de mercado y otros factores indican que puede haber un riesgo de limitación de la variedad del producto de resultados del uso de las condiciones estándar de la póliza por las empresas de seguros, es probable que la posible limitación en cuestión quede compensada por eficiencias tales como el hecho de facilitar a los consumidores la comparación de las condiciones ofrecidas por las aseguradoras. A su vez, estas comparaciones facilitan el cambio de aseguradora y, por lo tanto, mejoran la competencia. Además, el cambio de aseguradora y la entrada en el mercado de competidores constituyen una ventaja para los consumidores. El hecho de que la asociación de consumidores haya participado en el proceso puede, en ciertos casos, aumentar la probabilidad de que las eficiencias que no benefician automáticamente a los consumidores los beneficien. Asimismo, es probable que las condiciones estándar de la póliza reduzcan los costes de transacción y faciliten la entrada de las aseguradoras en mercados geográficos y/o de productos diferentes. Además, no parece que las restricciones vayan más allá de lo que es necesario para lograr las eficiencias en cuestión ni que se elimine la competencia. Por lo tanto, es probable que se cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3.