

# Diario Oficial

de las Comunidades Europeas

ISSN 0257-7763

C 122

45º año

23 de mayo de 2002

Edición  
en lengua española

## Comunicaciones e informaciones

<u>Número de información</u>	Sumario	Página
	I <i>Comunicaciones</i>	
	ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO	
	<b>Órgano de Vigilancia de la AELC</b>	
2002/C 122/01	Directrices relativas a las restricciones verticales .....	1



## I

*(Comunicaciones)*

## ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

## ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

**Directrices relativas a las restricciones verticales***(2002/C 122/01)***INDICE**

	<i>Apartados</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN .....	1-7	3
1. Finalidad de las Directrices .....	1-4	3
2. Aplicabilidad del artículo 53 a los acuerdos verticales .....	5-7	4
II. ACUERDOS VERTICALES QUE, POR LO GENERAL, QUEDAN EXCLUIDOS DEL AMBITO DE APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53 .....	8-20	4
1. Acuerdos de menor importancia y PYME .....	8-11	4
2. Acuerdos de agencia .....	12-20	5
III. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS .....	21-70	7
1. El recinto protegido creado por la Exención por Categorías .....	21-22	7
2. Ambito de aplicación de la Exención por Categorías .....	23-45	7
3. Restricciones especialmente graves contempladas en la Exención por Categorías ..	46-56	12
4. Condiciones contempladas en la Exención por Categorías .....	57-61	15
5. Ausencia de presunción de ilegalidad al margen de la Exención por Categorías ....	62	16
6. Notificación cautelar innecesaria .....	63-65	16
7. Divisibilidad .....	66-67	17
8. Gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución .....	68-69	17
9. Período transitorio .....	70	17
IV. RETIRADA E INAPLICABILIDAD DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS .....	71-87	17
1. Procedimiento de retirada .....	71-79	17
2. Inaplicabilidad de la Exención por Categorías .....	80-87	19

V.	CUESTIONES RELATIVAS A LA DEFINICIÓN DEL MERCADO Y AL CÁLCULO DE LA CUOTA DE MERCADO .....	88-99	20
1.	Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia .....	88	20
2.	El mercado de referencia para calcular el umbral de cuota de mercado del 30 % en el marco de la Exención por Categorías .....	89-95	20
3.	El mercado de referencia para la evaluación individual .....	96	21
4.	Cálculo de la cuota de mercado con arreglo a la Exención por Categorías .....	97-99	22
VI.	ORIENTACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE LOS CASOS INDIVIDUALES .....	100-229	22
1.	El marco de análisis .....	103-136	23
1.1.	Consecuencias negativas de las restricciones verticales .....	103-114	23
1.2.	Efectos positivos de las restricciones verticales .....	115-118	25
1.3.	Normas generales para la evaluación de las restricciones verticales .....	119	27
1.4.	Metodología de análisis .....	120-136	28
1.4.1.	Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53	121-133	28
1.4.2.	Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53	134-136	30
2.	Análisis de restricciones verticales específicas .....	137-229	31
2.1.	Marca única .....	138-160	31
2.2.	Distribución exclusiva .....	161-177	35
2.3.	Asignación exclusiva de clientes .....	178-183	38
2.4.	Distribución selectiva .....	184-198	39
2.5.	Franquicia .....	199-201	42
2.6.	Suministro exclusivo .....	202-214	44
2.7.	Acuerdos de vinculación .....	215-224	46
2.8.	Precios de reventa recomendados y máximos .....	225-228	47
2.9.	Otras restricciones verticales .....	229	48

- A. La presente Comunicación se adopta con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE) y en el Acuerdo entre los Estados miembros de la AELC sobre el establecimiento de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción).
- B. La Comisión Europea ha publicado una comunicación titulada «Directrices relativas a la restricciones verticales»<sup>(1)</sup>. Este acto no vinculante establece los principios en los que se basa la Comisión Europea a la hora de evaluar los acuerdos verticales de conformidad con el artículo 81 CE.
- C. El Órgano de Vigilancia de la AELC considera que el mencionado acto es pertinente a los fines del EEE. Con objeto de mantener las mismas condiciones de competencia y de garantizar la aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE en todo el Espacio Económico Europeo, el Órgano de Vigilancia de la AELC adopta la presente Comunicación en virtud de la facultad que le confiere la letra b) del apartado 2 del artículo 5 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción. Se propone seguir los principios y normas establecidos en esta Comunicación cuando aplique las normas de competencia del EEE a un asunto concreto.
- D. La presente Comunicación sustituye a la Comunicación del Órgano relativa a los actos mencionados en los puntos 2 y 3 del Anexo XIV al Acuerdo sobre el EEE (Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y (CEE) 1984/83 de la Comisión) sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y compra exclusivas<sup>(2)</sup>.

## I. INTRODUCCIÓN

- en el capítulo IV (apartados 71 a 87) se describen los principios que rigen la retirada de la Exención por Categorías y la inaplicación de la misma;

### 1. Finalidad de las Directrices

- (1) Las presentes Directrices establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 53 del Acuerdo EEE. Lo que se consideran acuerdos verticales se definen en el apartado 1 del artículo 2 del acto mencionado en el punto 2 del Anexo XIV al Acuerdo sobre el EEE [Reglamento (CE) nº 2790/1999<sup>(3)</sup>], relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (la «Exención por Categorías») (véanse los apartados 23 a 45). Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación en paralelo del artículo 54 del Acuerdo EEE a los acuerdos verticales. Están estructuradas de la siguiente forma:

- en el capítulo V (apartados 88 a 99) se abordan las cuestiones de definición del mercado y de cálculo de la cuota de mercado;

- en el capítulo VI (apartados 100 a 229) se describen el marco general de análisis y la política de aplicación del Órgano de Vigilancia de la AELC en casos concretos de acuerdos verticales.

- (2) A lo largo de las presentes Directrices, se analizan los bienes y servicios que se encuadran en el ámbito de aplicación del Acuerdo EEE<sup>(4)</sup>, aunque algunas restricciones verticales se emplean principalmente en la distribución de bienes. De modo análogo, se pueden celebrar acuerdos verticales para bienes y servicios intermedios y finales. A menos que se especifique otra cosa, los análisis y argumentos que figuran en el texto se aplican a todos los tipos de bienes y servicios y a todos los niveles de los intercambios. El término «productos» abarca tanto a bienes como a servicios. Los términos «proveedor» y «comprador» se emplean para todos los niveles de los intercambios.

- en el capítulo II (apartados 8 a 20) se describen los acuerdos verticales que, por lo general, no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53;

- en el capítulo III (apartados 21 a 70) se comenta la aplicación de la Exención por Categorías;

<sup>(1)</sup> DO C 291 de 13.10.2000, p. 1.

<sup>(2)</sup> DO L 153 de 18.6.1994, p. 13 y Suplemento EEE al DO nº 15, 18.6.1994, p. 12, modificado por el DO L 186 de 21.7.1994, p. 69 y Suplemento EEE al DO nº 22 de 21.7.1994, p. 17. Véase también en este contexto el apartado 70.

<sup>(3)</sup> DO L 336 de 29.12.1999, p. 21, incorporado en el Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 18/2000, de 18 de enero de 2000, DO L 103 de 12.4.2001, p. 36.

<sup>(4)</sup> Se debería señalar que el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre el EEE es más reducido que el del Tratado CE. A modo de ejemplo citemos la ausencia de una unión aduanera y una aplicación limitada a ciertos productos en virtud del artículo 8 del Acuerdo sobre el EEE.

- (3) Al publicar estas Directrices, el Órgano de Vigilancia de la AELC pretende ayudar a las empresas a que realicen su propia evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia comunitarias. Los parámetros expuestos en las Directrices han de adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, lo que excluye una aplicación mecánica. Cada caso ha de enjuiciarse a la luz de sus propias circunstancias. El Órgano de Vigilancia de la AELC aplicará las Directrices<sup>(5)</sup> de forma razonable y flexible.
- (4) Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la interpretación que puedan adoptar el Tribunal de la AELC, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia respecto de la aplicación de los artículos 81 CE<sup>(6)</sup> y 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos verticales.
- (7) La protección de la competencia constituye el objetivo primordial de la política de competencia del EEE, pues mejora el bienestar de los consumidores y permite una asignación eficaz de los recursos. Cuando aplica las normas de competencia del EEE, el Órgano de Vigilancia de la AELC adoptará un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado; los acuerdos verticales han de analizarse en su contexto económico y jurídico. Sin embargo, en el caso de las restricciones por objeto enumeradas en el artículo 4 de la Exención por Categorías, el Órgano de Vigilancia de la AELC no está obligado a evaluar sus efectos reales en el mercado. En el ámbito de aplicación del Acuerdo EEE, la integración del mercado es un objetivo adicional de la política de competencia del EEE<sup>(8)</sup>. No se debería permitir que las empresas vuelvan a erigir barreras privadas en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE, allí donde se han suprimido con éxito las barreras estatales.

## 2. Aplicabilidad del artículo 53 a los acuerdos verticales

- (5) El artículo 53 del Acuerdo EEE se aplica a los acuerdos verticales que pueden afectar al comercio entre Estados dentro del territorio cubierto por el Acuerdo EEE y que impiden, restringen o falsean la competencia (en lo sucesivo denominados «restricciones verticales»)<sup>(7)</sup>. Para las restricciones verticales el artículo 53 ofrece un marco jurídico de evaluación adecuado, que discrimina entre efectos contrarios a la competencia y efectos beneficiosos para la misma. El apartado 1 de dicho artículo 53 prohíbe los acuerdos que restringen o falsean la competencia de forma significativa, mientras que el apartado 3 del mismo permite conceder una exención a tales acuerdos, siempre y cuando ofrezcan suficientes ventajas en términos de eficiencia para compensar los efectos contrarios a la competencia.
- (6) En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia entre marcas es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o ambos. Si la competencia entre marcas es insuficiente, adquiere importancia la protección de la competencia entre marcas y dentro de una misma marca.

<sup>(5)</sup> La competencia para tramitar casos individuales incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE está repartida entre el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión Europea según lo establecido en el artículo 56 del Acuerdo EEE. Un determinado asunto solamente puede ser tramitado por una autoridad.

<sup>(6)</sup> Estos fallos son pertinentes para la práctica del Órgano en virtud de lo establecido en el artículo 6 del Acuerdo EEE y en el artículo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción.

<sup>(7)</sup> Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos acumulados 56 y 58/64 Grundig-Consten/Comisión, Rec. 1966, p. 429 y en el asunto 56/65 Technique Minière/Machinenbau Ulm [1966], Rec. 299; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-77/92 Parker Pen/Comisión [1994] Rec. II-549.

## II. ACUERDOS VERTICALES QUE, POR LO GENERAL, QUEDAN EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53

### 1. Acuerdos de menor importancia y PYME

- (8) Los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia quedan fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. La Exención por Categorías se aplica únicamente a los acuerdos que sí entran en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Estas Directrices se entienden sin perjuicio de la aplicación de la presente o cualquier futura Comunicación «de minimis»<sup>(9)</sup>.
- (9) Sin perjuicio de las condiciones establecidas en los puntos 11, 18 y 20 de la Comunicación «de minimis» relativa a las restricciones especialmente graves y los efectos acumulativos, se considera que, por lo general, los acuerdos verticales suscritos por empresas cuya cuota de mercado no exceda del 10 % quedan excluidos del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. No se supone que los acuerdos verticales celebrados por empresas que posean una cuota de mercado superior al 10 % infringen automáticamente lo dispuesto en el

<sup>(8)</sup> El hecho de que el Acuerdo EEE tenga un ámbito de aplicación más reducido que el del Tratado CE puede afectar a la evaluación de la integración de mercados entre los Estados de la AELC y entre los Estados de la AELC y la Comunidad.

<sup>(9)</sup> Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia que no se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, DO L 200 de 16.7.1998, p. 55 y Suplemento EEE al DO nº 28 de 16.7.1998, p. 13.

apartado 1 del artículo 53. Es posible que los acuerdos entre empresas cuya cuota de mercado sea superior al 10 % sigan sin repercutir de forma significativa en el comercio entre Estados miembros o no representen una restricción considerable de la competencia<sup>(10)</sup>. Estos acuerdos han de ser evaluados en su contexto jurídico y económico. En los apartados 100 a 229 se establecen los criterios para la evaluación de los acuerdos individuales.

(10) En cuanto a las restricciones especialmente graves definidas en la Comunicación «de minimis», el apartado 1 del artículo 53 puede aplicarse por debajo del umbral del 10 %, siempre que la incidencia sobre el comercio entre Estados miembros y sobre la competencia sea apreciable. A este respecto es relevante la jurisprudencia aplicable del Tribunal de la AELC, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia<sup>(11)</sup>. También se hace referencia al caso específico del lanzamiento de un nuevo producto o la entrada en nuevos mercados, que se aborda en el punto 10 del apartado 119 de estas Directrices.

(11) Además, el Órgano de Vigilancia de la AELC considera que, sin perjuicio del efecto acumulativo y de las restricciones especialmente graves, los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas con arreglo a la definición de la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 112/96/COL, de 11 de septiembre de 1996<sup>(12)</sup>, rara vez tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o restringir considerablemente la competencia con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53 y, por consiguiente, suelen quedar excluidos del ámbito de aplicación de dicho apartado 1 del artículo 53. En los casos en los que, a pesar de todo, tales acuerdos cumplan las condiciones para que se aplique el apartado 1 del artículo 53, el Órgano de Vigilancia de la AELC se abstendrá, por regla general, de incoar procedimientos al no existir el suficiente interés comunitario, siempre y cuando no ocupen una posición dominante individual o colectiva en una parte substancial del territorio cubierto por el Acuerdo EEE.

<sup>(10)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/93 Langnese-Iglo GmbH/Comisión, Rec. 1995 II-1533, considerando 98.

<sup>(11)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 5/69 Völk/vervaecke [1969] Rec. 295; asunto Cadillon/Höss [1971] Rec. 351 y asunto C-306/96 Javico/Yves Saint Laurent [1998] Rec. I-1983, considerandos 16 y 17.

<sup>(12)</sup> DO L 42 de 13.2.1997, p. 33. Corresponde a la Recomendación de la Comisión Europea 96/280/CE, DO L 107 de 30.4.1996, p. 4.

## 2. Acuerdos de agencia

(12) Los apartados 12 a 20 sustituyen a la Comunicación de 1994 relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales<sup>(13)</sup>. Deben interpretarse conjuntamente con el acto mencionado en el punto 30 del Anexo VII al Acuerdo EEE [Directiva 86/653/CEE del Consejo, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes<sup>(14)</sup>]. Los acuerdos de agencia son aquéllos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (el agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la:

- compra de bienes o servicios por parte del principal, o
- venta de bienes o servicios suministrados por el principal.

(13) En caso de acuerdos genuinos de agencia, las obligaciones impuestas al agente en lo que respecta a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal no se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. El factor determinante a la hora de evaluar si es aplicable el apartado 1 del artículo 53 es el riesgo financiero o comercial asumido por el agente en relación con las actividades para las cuales ha sido designado como tal por el principal. A este respecto, no es pertinente para la evaluación si el agente actúa en nombre de uno o más principales. Los acuerdos no genuinos de agencia pueden encuadrarse en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, en cuyo caso serán de aplicación la Exención por Categorías y los demás capítulos de estas Directrices.

(14) Dos son los tipos de riesgo comercial o financiero pertinentes a la hora de evaluar el carácter genuino de un acuerdo de agencia con arreglo al apartado 1 del artículo 53. En primer lugar, se han de mencionar los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos y/o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. En segundo lugar, se encuentran los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Se trata de inversiones necesarias específicamente para el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir, necesarias para que éste pueda celebrar y/o negociar este tipo de contratos. Estas inversiones suelen ser a fondo perdido, si, tras abandonar tal ámbito específico de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades o venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas.

<sup>(13)</sup> DO L 153 de 18.6.1994, p. 23 y Suplemento EEE al DO nº 15 de 18.6.1994, p. 22.

<sup>(14)</sup> DO L 382 de 31.12.1986.

- (15) El acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia y, en consecuencia, queda excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad. En una situación de este tipo, la función de venta o de compra forma parte de las actividades del principal, aunque el agente sea una empresa distinta. Así, el principal asume los riesgos financieros y comerciales correspondientes y el agente no ejerce ninguna actividad económica independiente en relación las actividades para las que ha sido designado como tal por el principal. En la situación inversa, el acuerdo de agencia se considera no genuino y entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. En tal caso, el agente asume dichos riesgos y será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mercadotecnia para poder recuperar sus inversiones específicamente relacionadas con los contratos o el mercado. No se consideran pertinentes a efectos de esta evaluación los riesgos relacionados con la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de que los ingresos del agente dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal, por ejemplo.
- (16) La cuestión del riesgo ha de evaluarse en cada caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo. Sin embargo, el Órgano de Vigilancia de la AELC estima que, por lo general, el apartado 1 del artículo 53 no será aplicable a las obligaciones impuestas al agente por lo que se refiere a los contratos negociados y/o celebrados por cuenta del principal cuando la propiedad de los bienes objeto del contrato comprados o vendidos no le sea conferida al agente o éste no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuando éste:
- no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes del transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos;
  - no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas; por ejemplo, aportando una contribución a los presupuestos de publicidad del principal;
  - no mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia (como por ejemplo, en caso de que no cumpla unas medidas razonables de seguridad que eviten la pérdida de existencias);
  - no cree o explote un servicio de posventa, de reparación o de garantía, a menos que el principal le reembolse la totalidad de los gastos en que incurra;
  - no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal, tales como en el depósito de almacenamiento de gasolina en el caso de comercio minorista de gasolina o de *software* específico para la venta de pólizas de seguros, cuando se trate de agentes de seguros;
  - no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido (responsabilidad del producto), a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto;
  - no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que éste sea responsable por negligencia al efecto (por ejemplo, al no cumplir unas medidas razonables de seguridad o antirrobo o al no cumplir medidas razonables a la hora de dar parte de robos al principal o la policía o de comunicar al principal toda la información necesaria a su disposición sobre la fiabilidad financiera de los clientes).
- (17) Esta lista no es exhaustiva. No obstante, si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes anteriores, puede aplicarse el apartado 1 del artículo 53 como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical.
- (18) Si un acuerdo de agencia no se encuadra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, quedan excluidas del ámbito de aplicación de dicha disposición todas las obligaciones impuestas a los agentes en relación con los contratos celebrados y/o negociados por cuenta del principal. Por lo general, las obligaciones del agente que figuran a continuación serán consideradas parte integrante del acuerdo de agencia, pues todas ellas se refieren a la facultad del principal de fijar el ámbito de actividad del agente en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, que es esencial si el primero ha de asumir todos los riesgos y, por tanto, de poder determinar la estrategia comercial. Se trata de las siguientes:
- limitaciones sobre el territorio en el que el agente puede vender estos bienes o servicios;
  - limitaciones sobre los clientes a los que el agente puede vender estos bienes o servicios;

- los precios y las condiciones a las que el agente ha de vender o comprar estos bienes o servicios.
- (19) Además de regular las condiciones de compra o venta de los bienes o servicios objeto del contrato por parte del agente por cuenta del principal, los acuerdos de agencia incluyen a menudo cláusulas referidas a las relaciones entre ambas partes. En concreto, es posible que contengan cláusulas que prohíban al principal designar a otros agentes para un determinado tipo de transacción, cliente o territorio (cláusulas de exclusividad) o que prohíban al agente actuar como agente o distribuidor de empresas competidoras del principal (cláusulas de no competencia). Las cláusulas de exclusividad sólo se refieren a la competencia dentro de una misma marca y, por lo general, no provocarán efectos contrarios a la competencia. Las cláusulas de prohibición de la competencia, incluidas las disposiciones de inhibición a posteriori de la misma, se refieren a la competencia entre marcas y pueden infringir lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53 si conducen a la exclusión del mercado de referencia en el que se compran o venden los bienes o servicios objeto del contrato (véase el apartado VI.2.1).
- (20) Un acuerdo de agencia puede entrar también en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, si facilita la colusión. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si una serie de principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden colectivamente a otros emplear a estos agentes o si los utilizan para coludir en la estrategia de mercadotecnia o para intercambiar información de mercado sensible entre los principales.

### III. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

#### 1. *El recinto protegido creado por la Exención por Categorías*

- (21) La Exención por Categorías establece una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En aplicación del artículo 3 de la Exención por Categorías, es, en general, la cuota de mercado del proveedor en el mercado en que vende el bien o servicio objeto del contrato la que determina la aplicabilidad de la exención por categorías. Esta cuota de mercado no podrá ser superior al umbral del 30 % para que sea de aplicación la exención por categorías. Sólo en el caso de que el acuerdo incluya una obligación de suministro exclusivo,

como se define en la letra c) del artículo 1 de la Exención por Categorías, es la cuota de mercado del comprador en el mercado en que adquiere los bienes o servicios objeto del contrato la que no puede superar el umbral del 30 % para que sea de aplicación la exención por categorías. Las cuestiones relativas a la cuota de mercado se abordan en el capítulo V (apartados 88 a 99).

- (22) Desde un punto de vista económico, es posible que un acuerdo vertical no sólo tenga consecuencias en el mercado entre el proveedor y el comprador sino también en mercados descendentes del comprador. El enfoque simplificado de la Exención por Categorías, que sólo tiene en cuenta la cuota de mercado del proveedor o del comprador (en función del caso) en el mercado entre estas dos partes, se justifica por el hecho de que, por lo general, por debajo del umbral del 30 % las consecuencias en los mercados descendentes serían poco significativas. Además, el mero hecho de tener que considerar el mercado entre el proveedor y el comprador facilita la aplicación de la Exención por Categorías e implica una mayor seguridad jurídica, al tiempo que se sigue contando con el instrumento de retirada (véanse los apartados 71 a 87) para resolver los problemas que puedan surgir en otros mercados afines.

#### 2. *Ámbito de aplicación de la Exención por Categorías*

##### (i) *Definición de acuerdos verticales*

- (23) Los acuerdos verticales se definen en el apartado 1 del artículo 2 de la Exención por Categorías como «los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

- (24) Esta definición contiene tres elementos principales:

— el acuerdo o la práctica concertada tiene lugar entre dos o más empresas. Esto significa que no quedan cubiertos los acuerdos verticales con consumidores finales que no operan como personas jurídicas; en términos más generales, los acuerdos con consumidores finales no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, porque esta disposición se aplica únicamente a los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. Ello se entiende sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 54 del Acuerdo EEE.

- el acuerdo o la práctica concertada tiene lugar entre empresas que, a efectos del acuerdo, operan en planos diferentes de la cadena de producción o distribución. Esto significa que, por ejemplo, una empresa produce una materia prima que la otra empresa utiliza como insumo, o que la primera es fabricante, la segunda mayorista y la tercera minorista. No se descarta la posibilidad de que una empresa opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución.
- los acuerdos o prácticas concertadas se refieren a las condiciones en las que las partes en el acuerdo, el proveedor y el comprador «pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios». Ello refleja que la Exención por Categorías pretende abarcar los acuerdos de compra y distribución. Se trata de acuerdos que se refieren a las condiciones de compra, venta o reventa de los bienes o servicios suministrados por el proveedor y/o que se refieren a las condiciones de venta por parte del comprador de los bienes o servicios que incorporan tales bienes o servicios. A efectos de la aplicación de la Exención por Categorías, tanto los bienes o servicios suministrados por el proveedor como los bienes o servicios resultantes se consideran bienes o servicios objeto del contrato. Quedan amparados los acuerdos verticales relativos a todos los bienes y servicios finales e intermedios. La única excepción es la del sector del automóvil, mientras este sector permanezca cubierto por una exención por categorías específica tal como la conferida por el acto a que se hace referencia en el punto 4a del Anexo XIV al Acuerdo EEE [Reglamento (CE) nº 1475/95 <sup>(15)</sup>]. Los bienes o servicios suministrados por el proveedor pueden ser revendidos por el comprador o empleados como insumo por este último para producir sus propios bienes o servicios.
- (25) La Exención por Categorías también se aplica a los bienes vendidos y adquiridos para su arrendamiento a terceros. No obstante, no están cubiertos los acuerdos de arrendamiento y arrendamiento financiero, ya que el proveedor no vende bien o servicio alguno al comprador. En términos más generales, la Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, tales como la obligación que impide a las partes desarrollar actividades de investigación y desarrollo independientes, que las partes puedan haber incluido en
- un acuerdo vertical de otro tipo. Además, los apartados 2 a 5 del artículo 2 excluyen directa o indirectamente a determinados acuerdos verticales de la aplicación de la Exención por Categorías.
- (ii) **Acuerdos verticales entre competidores**
- (26) El apartado 4 del artículo 2 de la Exención por Categorías excluye explícitamente de su ámbito de aplicación a «los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras». Estos acuerdos verticales entre competidores se abordarán, por lo que respecta a los posibles efectos de colusión, en las futuras Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 a la cooperación horizontal <sup>(16)</sup>. No obstante, los aspectos verticales de tales acuerdos han de evaluarse con arreglo a las presentes Directrices. La letra a) del artículo 1 de la Exención por Categorías define empresas competidoras como «los proveedores reales o potenciales en el mismo mercado de producto», independientemente de que compitan o no en el mismo mercado geográfico. Las empresas competidoras son proveedores reales o potenciales de los bienes o servicios objeto del contrato o de bienes o servicios que sean sustitutos de los bienes o servicios contractuales. Un proveedor potencial es una empresa que, aunque no produce realmente un producto competidor, podría hacerlo y probablemente lo haría, de no existir el acuerdo, en respuesta a un incremento pequeño y permanente de los precios relativos. Ello implica que la empresa podría, y probablemente así lo haría, llevar a cabo las inversiones adicionales necesarias y abastecer el mercado en el plazo de un año. Esta evaluación ha de basarse en datos realistas; no basta la mera posibilidad teórica de introducirse en el mercado <sup>(17)</sup>.

<sup>(15)</sup> DO L 145 de 29.6.1995, p. 25.

<sup>(16)</sup> La letra b) del apartado 1 del artículo 5 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción establece que el Órgano, de conformidad con la legislación del EEE y con objeto de velar por el buen funcionamiento del Acuerdo EEE, garantizará la aplicación de las normas de competencia del EEE. Por lo que respecta a los actos no vinculantes adoptados por la Comisión Europea tras la firma del Acuerdo EEE, el Órgano debe adoptar actos correspondientes cuando sean pertinentes a efectos del EEE. A la espera de que adopte sus propias comunicaciones, el Órgano se propone aplicar los principios establecidos en las comunicaciones de la Comisión, incluidas las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 a los acuerdos de cooperación horizontales, DO C 3 de 6.1.2001, p. 2.

<sup>(17)</sup> Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia en el EEE, DO L 200 de 16.7.1998 p. 48 y Suplemento EEE al DO nº 28 de 16.7.1998, p. 3, en los apartados 20-24, y Decisión 90/410/CEE de la Comisión Europea en el asunto nº IV/32.009 — Elopak/Metal Box-Odin, DO L 209 de 8.8.1990, p. 15.

(27) Tres son las excepciones a la exclusión general de los acuerdos verticales entre competidores, las tres se incluyen en el apartado 4 del artículo 2 y se refieren a los acuerdos no recíprocos. Acuerdos no recíprocos son aquellos en los que, por ejemplo, un fabricante es el distribuidor de los productos de otro fabricante, sin que este último sea el distribuidor de los productos del primero. La Exención por Categorías cubre los acuerdos no recíprocos entre competidores si (1) el comprador posee un volumen de negocios que no excede de 100 millones de euros o (2) si el proveedor es fabricante y distribuidor de bienes, mientras que el comprador es sólo distribuidor y no fabricante de bienes competidores, o (3) si el proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales, mientras que el comprador no presta servicios competidores en el nivel comercial en el que adquiere los servicios objeto del contrato. La segunda excepción cubre situaciones de distribución dual, aquéllas en las cuales el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien. No se ha de considerar fabricante de productos de marca propia al distribuidor que dé especificaciones a un fabricante para producir determinados bienes con el nombre comercial del distribuidor. La tercera excepción abarca situaciones similares de doble distribución, aunque en este caso para los servicios, cuando el proveedor es también un prestador de servicios en el plano del comprador.

(iii) **Asociaciones de minoristas**

(28) El apartado 2 del artículo 2 de la Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación a los acuerdos verticales suscritos por una asociación de empresas que cumpla determinadas condiciones y, por ello, excluye de la Exención por Categorías a los acuerdos verticales suscritos por cualesquiera otras asociaciones. La Exención por Categorías sólo abarca a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación y sus miembros, o entre una asociación y sus proveedores, si todos sus miembros son minoristas de bienes (no de servicios) y si ninguno de los miembros de la asociación posee un volumen de negocios superior a 50 millones EUR. Los minoristas son distribuidores que venden bienes a los consumidores finales. Si sólo un número reducido de los miembros de la asociación posee un volumen de negocios que no exceda significativamente del umbral de 50 millones de euros, ello no cambiará, por lo general, la evaluación con arreglo al artículo 53.

(29) Una asociación de empresas puede implicar acuerdos horizontales y verticales. Los primeros han de evaluarse con arreglo a los principios establecidos en las futuras Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 a la cooperación horizontal. Si esta evaluación lleva a la

conclusión de que es aceptable una cooperación entre empresas en el ámbito de la compra o la venta, se tendrá que llevar a cabo una nueva evaluación para examinar los acuerdos verticales suscritos por la asociación con sus proveedores o sus miembros individuales. Esta segunda evaluación se regirá por las normas de la Exención por Categorías y las presentes Directrices. Así, por ejemplo, los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o las decisiones adoptadas por la asociación, como la decisión de exigir a sus miembros que adquieran a la misma o la decisión de asignar territorios exclusivos a sus miembros se han de evaluar en primer lugar como acuerdo horizontal. Sólo en caso de que esta evaluación sea positiva, será pertinente evaluar los acuerdos verticales entre la asociación y sus miembros individuales o entre ésta y los proveedores.

(iv) **Acuerdos verticales que constan de disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual (DPI)**

(30) El apartado 3 del artículo 2 de la Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación a los acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de DPI y, por consiguiente, excluye de la Exención por Categorías todos los demás acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI. La Exención por Categorías se aplica a los acuerdos verticales que constan de cláusulas de DPI, si se cumplen cinco condiciones:

- las cláusulas de DPI han de formar parte de un acuerdo vertical, es decir, un acuerdo que establezca condiciones con arreglo a las cuales las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
- los DPI han de cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por éste;
- las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo;
- las cláusulas de DPI han de estar directamente relacionadas con la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por parte del comprador o sus clientes. En el caso de franquicia en la que la mercadotecnia es el objeto de la explotación de los DPI, los bienes o servicios son distribuidos por el franquiciador principal o los franquiciados;

- las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo a la Exención por Categorías.
- (31) Estas condiciones garantizan que la Exención por Categorías se aplica a los acuerdos verticales si la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios puede hacerse de modo más eficaz porque los DPI se ceden al comprador o son utilizados por éste. Dicho de otro modo, las restricciones relativas a la cesión o utilización de los DPI pueden estar cubiertas cuando el principal objetivo del acuerdo es la adquisición o distribución de bienes o servicios.
- (32) La primera condición deja claro que el contexto en que se contemplan los DPI es un acuerdo para adquirir o distribuir productos o un acuerdo para adquirir o distribuir servicios y no un acuerdo relativo a la cesión o concesión de licencias de DPI para la fabricación de bienes ni un mero acuerdo de licencia. La Exención por Categorías no cubre, por ejemplo:
- los acuerdos en los que una parte ofrece a otra una receta y la autoriza a fabricar una bebida con dicha receta;
  - los acuerdos en los que una parte ofrece a otra un modelo o copia maestra y la autoriza a producir y distribuir copias;
  - la licencia pura de una marca o signo a efectos de comercialización;
  - los contratos de patrocinio que cubran el derecho a hacer publicidad de uno mismo en calidad de patrocinador oficial de un acontecimiento;
  - las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho de grabar y/o el derecho de retransmitir un acontecimiento.
- (33) La segunda condición aclara que la Exención por Categorías no es de aplicación cuando es el comprador el que ofrece los DPI al proveedor, independientemente de que los DPI se refieran a la forma de fabricación o distribución. No están cubiertos por la Exención por Categorías los acuerdos relativos a la transferencia de DPI al proveedor que contengan posibles restricciones sobre las ventas. Ello implica, entre otras cosas, que la subcontratación que implique la transferencia de conocimientos técnicos a un subcontratista<sup>(18)</sup> no se encuadra en el ámbito de aplicación de la Exención por Categorías. No obstante, la Exención por Categorías ampara los acuerdos verticales en virtud de los cuales el comprador sólo ofrece al proveedor especificaciones que describen los bienes o servicios que se han de suministrar.
- (34) La tercera condición deja claro que, para poder estar cubierto por la Exención por Categorías, el objetivo principal del acuerdo no ha de ser la cesión o licencia de DPI, sino la compra o distribución de bienes o servicios y las cláusulas de los DPI han de servir para la ejecución del acuerdo vertical.
- (35) La cuarta condición requiere que las cláusulas de DPI faciliten el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. Por lo general, los bienes o servicios para uso o reventa son suministrados por el titular de la licencia pero pueden ser también adquiridos por el licenciatario a otro suministrador. Las cláusulas de DPI normalmente están relacionadas con el marketing de bienes y servicios. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en un acuerdo de franquicia en el que el franquiciador venda al franquiciado bienes para su reventa y, además, autorice a este último a utilizar su marca y sus conocimientos técnicos para comercializar los bienes. Otro tanto sucede si el proveedor de un extracto concentrado autoriza al comprador a diluir y embotellar el extracto antes de venderlo como bebida.
- (36) La quinta condición implica en especial que las cláusulas de DPI no tengan el mismo objeto o efecto que alguna de las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 4 de la Exención por Categorías o ninguna de las restricciones que no estén exentas con arreglo al artículo 5 de la Exención por Categorías (véanse los apartados 46 a 61).
- (37) Los derechos de propiedad intelectual que pueden considerarse aptos para la aplicación de los acuerdos verticales con arreglo al apartado 3 del artículo 2 de la Exención por Categorías suelen afectar a tres áreas principales: marcas, derechos de autor y conocimientos técnicos.

<sup>(18)</sup> Véase la comunicación del Órgano de Vigilancia sobre subcontratación, DO L 153 de 18.6.1994, p. 30 y Suplemento EEE al DO nº 15 de 18.6.1994, p. 29.

*Marcas*

- (38) La concesión a un distribuidor de una licencia sobre una marca puede estar relacionada con la distribución de los productos del otorgante de la misma en un territorio específico. Si se trata de una licencia exclusiva, el acuerdo equivale a la distribución exclusiva.

*Derechos de autor*

- (39) Los revendedores de bienes protegidos por derechos de autor (libros, programas informáticos, etc.) pueden ser obligados por el titular de dichos derechos a vender exclusivamente a condición de que el comprador, ya sea otro revendedor o bien el usuario final, no infrinja dichos derechos. Tales obligaciones del revendedor, siempre que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, quedan cubiertas por la Exención por Categorías.
- (40) Los acuerdos con arreglo a los cuales se suministran para su reventa copias de programas informáticos y el revendedor no adquiere una licencia sobre cualesquiera derechos relativos a los programas informáticos, sino únicamente tiene el derecho de vender las copias, han de considerarse acuerdos de suministro de bienes para reventa a los efectos de la Exención por Categorías. Con arreglo a esta forma de distribución, la licencia de los programas informáticos sólo se establece entre el titular de los derechos y el usuario de dichos programas. Esta modalidad puede adoptar la forma de licencia «shrink wrap», es decir, una serie de condiciones incluidas en el paquete de la copia impresa que el usuario final ha de aceptar al abrir el paquete.
- (41) Los compradores de equipamientos informáticos que incorporan programas informáticos protegidos por derechos de autor pueden verse obligados por el titular de los derechos a no infringir éstos — por ejemplo, a no hacer copias y revender el soporte lógico en combinación con otro soporte físico. Tales restricciones de uso, siempre que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, quedarán cubiertas por la Exención por Categorías.

*Conocimientos técnicos*

- (42) Los acuerdos de franquicia, con excepción de los de franquicia industrial, son los que mejor ilustran la situación en la cual se comunica al comprador unos conocimientos técnicos para fines de mercadotecnia. Los acuerdos de franquicia constan de licencias de derechos de propiedad intelectual relativas a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o la prestación de servicios. Además de la licencia de DPI, durante la vigencia del acuerdo el franquiciador suele prestar al franquiciado servicios de asistencia comercial o técnica, tales como servicios de adquisición, formación, asesoría inmobiliaria, planificación financiera, etc. La licencia y la asistencia son componentes integrales del método empresarial que es objeto de franquicia.

- (43) Las licencias contenidas en los acuerdos de franquicia quedan cubiertas por la Exención por Categorías si reúnen las cinco condiciones enumeradas en el punto 30. Por lo general es el caso en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos «master» de franquicia, ya que el franquiciador ofrece al franquiciado bienes y/o servicios, especialmente servicios de asistencia comercial o técnica. Los DPI ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el franquiciador o un proveedor designado por éste o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes. Si el acuerdo de franquicia cubre exclusiva o principalmente la licencia de DPI, no está cubierto por la Exención por Categorías, aunque recibirá un trato similar al reservado a aquellos acuerdos de franquicia cubiertos por dicha Exención por Categorías.

- (44) Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con DPI son necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, están amparadas por la Exención por Categorías:

- (a) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar;
- (b) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir participaciones en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de la misma;
- (c) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público;
- (d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia;
- (e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores;
- (f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia;

- (g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador.

(v) **Relación con otras exenciones por categorías**

- (45) El apartado 5 del artículo 2 establece que la Exención por Categorías no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otras exenciones por categorías. Esto significa que la exención por categorías no se aplica a los acuerdos verticales cubiertos por el acto mencionado en el punto 5 del Anexo XIV al Acuerdo EEE sobre la transferencia de tecnología [Reglamento (CE) n° 240/96 de la Comisión Europea <sup>(19)</sup>], el acto mencionado en el punto 4a del Anexo XIV al Acuerdo EEE sobre la distribución de automóviles [Reglamento (CE) n° 1475/95 de la Comisión Europea <sup>(20)</sup>] o los actos mencionados en el punto 6 y 7 del Anexo XIV al Acuerdo EEE por los que se eximen, respectivamente, los acuerdos verticales concluidos en relación con acuerdos horizontales [Reglamentos (CEE) n° 417/85 (15) <sup>(21)</sup> y (CEE) n° 418/85 <sup>(22)</sup>], o cualquier reglamento futuro de ese tipo que se incorpore al Acuerdo EEE.

3. **Restricciones especialmente graves contempladas en la Exención por Categorías**

- (46) La Exención por Categorías incluye en su artículo 4 una lista de restricciones especialmente graves que conducen a la exclusión de todo el acuerdo vertical del ámbito de aplicación de la Exención por Categorías. Esta lista de restricciones especialmente graves se aplica a los acuerdos verticales relativos al comercio en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE. En la medida en que los acuerdos verticales se refieren a las exportaciones a países distintos del EEE o las importaciones/reimportaciones procedentes de fuera del EEE, véase la sentencia *Javico/Yves Saint Laurent* <sup>(23)</sup>. Asimismo, es poco probable la exención individual de los acuerdos verticales que contengan tales restricciones especialmente graves.
- (47) La restricción especialmente grave contemplada en la letra a) del artículo 4 de la Exención por Categorías se refiere al mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador. La restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan

directamente el precio de reventa. No obstante, el MPR también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de «acompañamiento» pueden emplearse para lograr que los precios máximos o recomendados funcionen como MPR. No obstante, el hecho de que el proveedor distribuya al comprador una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí mismo conduzca al MPR.

- (48) En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 (véanse los apartados 12 a 20), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del artículo 4 de la Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal <sup>(24)</sup>.

<sup>(19)</sup> DO L 31 de 9.2.1996, p. 2.

<sup>(20)</sup> DO L 145 de 29.6.1995, p. 25.

<sup>(21)</sup> DO L 53 de 22.2.1985, p. 1.

<sup>(22)</sup> DO L 53 de 22.2.1985, p. 5.

<sup>(23)</sup> Véase la nota n° 11 al pie de la página 5.

<sup>(24)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión 91/562/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.737 — *Eirpage*, DO L 306 de 7.11.1991, p. 22, especialmente el punto (6).

(49) La restricción especialmente grave contemplada en la letra b) del artículo 4 de la Exención por Categorías se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto la restricción de las ventas por parte del comprador, en la medida en que estas restricciones se refieran al territorio en que el comprador puede vender los bienes o servicios objeto del contrato o a los clientes a los que puede vender tales bienes o servicios. Esta restricción especialmente grave se refiere a la compartimentación del mercado por territorio o clientes. Ello puede ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. También puede ser consecuencia de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes, tales como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar, la reducción de los volúmenes suministrados o la limitación de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o del grupo de clientes asignados, la amenaza de rescisión de los contratos u obligaciones de transferencia de beneficios. Asimismo puede resultar del hecho de que el proveedor no preste un servicio de garantía a escala del EEE, por lo que todos los distribuidores están obligados a prestarlo y son reembolsados por el proveedor, incluso en relación con productos vendidos por otros distribuidores en su territorio. Resulta aún más probable que estas prácticas se consideren una restricción de las ventas del comprador cuando se usan conjuntamente con la aplicación por parte del proveedor de un sistema de control destinado a verificar el destino real de los bienes suministrados (por ejemplo, el uso de etiquetas diferenciadas o números de serie). No obstante, prohibir a todos los distribuidores la venta a determinados usuarios finales no se considera una restricción especialmente grave, si existe una justificación objetiva relacionada con el producto, como puede ser una prohibición general de venta de sustancias peligrosas a determinados clientes por motivos de seguridad o sanidad. Ello implica que tampoco el proveedor venda a estos clientes. Por otra parte, tampoco se consideran de especial gravedad las obligaciones que se imponen al revendedor de mostrar la marca del proveedor.

(50) Cuatro son las excepciones a la restricción especialmente grave contemplada en la letra b) del artículo 4 de la Exención por Categorías. La primera permite a los proveedores restringir las ventas activas efectuadas por sus compradores directos a un territorio o a un grupo de clientes que se ha asignado exclusivamente a otro comprador o que el proveedor se ha reservado para sí. Se considera que un territorio o grupo de clientes está asignado exclusivamente cuando el proveedor consiente la venta de su producto solamente a un distribuidor para su distribución en un territorio determinado o a

un grupo de clientes determinado y el distribuidor exclusivo tiene protegido su territorio o grupo de clientes contra las ventas activas del proveedor y de todos los demás compradores del proveedor dentro del territorio cubierto por el Acuerdo EEE. Se permite al proveedor combinar la asignación de un territorio exclusivo y de un grupo de clientes exclusivo, designando, por ejemplo, un distribuidor exclusivo a un grupo de clientes específico en un determinado territorio. Esta protección de territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva ha de permitir, sin embargo, las ventas pasivas a tales territorios o grupos de clientes. A efectos de la aplicación de la letra b) del artículo 4 de la Exención por Categorías, el Órgano de Vigilancia de la AELC define ventas «activas» y «pasivas» de la siguiente forma:

- por ventas «activas» se entiende la aproximación activa a clientes individuales dentro del territorio exclusivo o del grupo de clientes exclusivo de otro distribuidor mediante correo directo o visitas, por ejemplo, o la aproximación activa a un grupo específico de clientes o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio, o el establecimiento de un almacén o un centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor.
- por ventas «pasivas» se entiende el hecho de responder a pedidos no solicitados de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son ventas pasivas las actividades de publicidad o promoción en medios de comunicación o en Internet de carácter general que alcancen a clientes en los territorios exclusivos o en los grupos de clientes de otros distribuidores, pero que constituyen un medio razonable de llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio.

(51) Los distribuidores han de gozar de plena libertad para valerse de Internet con objeto de anunciar o vender sus productos. Restringir a los distribuidores el uso de Internet sólo podría ser compatible con la Exención por Categorías en la medida en que la promoción o la venta en Internet condujese a la venta activa en los territorios o grupos de clientes exclusivos de otro distribuidor. Por lo general, la efectuada por Internet no se considera una forma de venta activa en tales territorios o grupos de

clientes ya que constituye un modo razonable de llegar a todos los clientes. El hecho de que el uso de Internet pueda tener consecuencias fuera del territorio o grupo de clientes propio se debe a la tecnología, que facilita el acceso desde cualquier punto. Se considera venta pasiva si un cliente visita el sitio web de un distribuidor, se pone en contacto con él y este contacto culmina en venta, entrega incluida. La lengua que se emplee en el sitio web o en la comunicación no suele tener importancia al respecto. En la medida en que un sitio web no esté destinado específicamente para llegar en primer lugar a los clientes situados dentro del territorio o grupo de clientes asignado en exclusiva a otro distribuidor, mediante el uso, por ejemplo, de distintivos o enlaces en las páginas de proveedores a disposición específicamente de estos clientes asignados en exclusiva, no se considera una forma de venta activa. No obstante, se considera venta activa el correo electrónico que se envía sin solicitud previa a los clientes individuales o grupos de clientes específicos. Las mismas consideraciones se aplican a la venta por catálogo. Sin perjuicio de lo que se ha dicho anteriormente, es posible que el proveedor necesite niveles mínimos de calidad para el uso del sitio Internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para una tienda o la publicidad y la promoción, en general. Esto último puede ser pertinente especialmente en el caso de la distribución selectiva. La prohibición total y absoluta de la venta por Internet o catálogo sólo es posible si existe una justificación objetiva. En cualquier caso, el proveedor no puede reservarse para sí las ventas y/o la publicidad en Internet.

- (52) En la letra b) del artículo 4 de la Exención por Categorías se establecen otras tres excepciones a la segunda restricción especialmente grave. Las tres contemplan la restricción tanto de las ventas activas como de las pasivas. Por tanto, es posible impedir a un mayorista la venta a usuarios finales, impedir a un distribuidor designado en un sistema de distribución selectiva la venta, sea en el nivel comercial que sea, a distribuidores no autorizados en mercados en los que opera dicho sistema e impedir a un comprador de componentes suministrados para ser incorporados su reventa a los competidores del proveedor. El término «componente» se refiere a todo bien intermedio, mientras que «incorporación» hace referencia a la utilización de cualquier insumo para la fabricación de productos.
- (53) La restricción especialmente grave contemplada en la letra c) del artículo 4 de la Exención por Categorías se refiere a la restricción de ventas activas o pasivas a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o

consumidores finales, por parte de los miembros de una red de distribución selectiva. Ello implica que, en un sistema de distribución selectiva, como se define en la letra d) del artículo 1 de la Exención por Categorías, no se pueden imponer restricciones a los distribuidores autorizados por lo que se refiere a los usuarios o los agentes de compra que actúan en nombre de tales usuarios a los que pueden vender. Así por ejemplo, también en un sistema de distribución selectiva, el intermediario debería gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de Internet. La distribución selectiva puede ir unida a la distribución exclusiva con la condición de que no se restrinjan en sitio alguno las ventas activas y pasivas. Por consiguiente, el proveedor puede comprometerse a suministrar únicamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en un territorio definido.

- (54) Por otra parte, en el caso de la distribución selectiva se puede restringir la capacidad del distribuidor autorizado para determinar el emplazamiento de sus locales comerciales. Es posible impedir a distribuidores autorizados que desarrollen su actividad comercial en locales diferentes o que abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente. En caso de que el establecimiento del intermediario sea móvil («tiendas sobre ruedas»), se puede fijar una zona fuera de la cual no se puedan explotar los establecimientos móviles.
- (55) La restricción especialmente grave contemplada en la letra d) del artículo 4 de la Exención por Categorías hace referencia a la restricción de suministros recíprocos entre distribuidores designados dentro de un sistema de distribución selectiva. Ello implica la posibilidad de que un acuerdo o práctica concertada no tenga por objeto directo o indirecto impedir o restringir la venta activa o pasiva de los productos objeto del contrato entre los distribuidores seleccionados. Estos han de poder adquirir los productos contractuales a otros distribuidores designados dentro de la red, ya operen al mismo o a diferente plano de la relación comercial. Ello implica que la distribución selectiva no puede ir unida a restricciones verticales destinadas a obligar a los distribuidores a adquirir los productos objeto del contrato exclusivamente de una única fuente, como por ejemplo, la compra exclusiva. Por otra parte, también implica que dentro de una red de distribución selectiva no se pueden imponer restricciones a los mayoristas designados en lo que respecta a sus ventas del producto a minoristas designados.
- (56) La restricción especialmente grave contemplada en la letra e) del artículo 4 de la Exención por Categorías se refiere a los acuerdos que impiden o restringen a los usuarios finales, los reparadores independientes y los proveedores de servicios el acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante de las mismas. Los acuerdos celebrados entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos (fabricante de equipo original) no pueden impedir o restringir, ya sea directa o

indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio por parte del fabricante a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. Las restricciones indirectas pueden surgir especialmente si se restringe al proveedor de las piezas de recambio el suministro de información técnica y equipo especializado necesarios para la utilización de las piezas de recambio por parte de los usuarios, los reparadores o los proveedores de servicios independientes.

No obstante, el acuerdo puede imponer restricciones al suministro de piezas de recambio a los reparadores o proveedores de servicios a los que el fabricante de equipo original ha confiado la reparación o el mantenimiento de sus propios bienes. Dicho de otro modo, es posible que el fabricante de equipo original necesite contar con su propia red de reparación y servicio para adquirirle las piezas de recambio.

al comprador dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término del periodo de cinco años. Si, por ejemplo, el acuerdo establece una cláusula de inhibición de competencia de 5 años y el proveedor concede un crédito al comprador, el reembolso de dicho crédito no debería impedir al comprador dar por concluida la cláusula al término del periodo de cinco años; el reembolso ha de estructurarse en plazos iguales o decrecientes y no incrementarse progresivamente. Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de posponer, en el caso, por ejemplo, de un nuevo punto de distribución, el reembolso en el primer año o los dos primeros años hasta que las ventas hayan alcanzado un cierto nivel. El comprador ha de tener la posibilidad de reembolsar la deuda restante en caso de que siga habiendo una deuda vencida al término de la cláusula de no competencia. De modo análogo, si el proveedor ofrece al comprador equipos que no están específicamente destinados a la relación, el comprador debería contar con la posibilidad de hacerse con ellos a su valor de activo neto de mercado al término de la cláusula de no competencia.

#### 4. *Condiciones contempladas en la Exención por Categorías*

(57) El artículo 5 de la Exención por Categorías excluye a determinadas obligaciones del ámbito de aplicación de la Exención por Categorías, aunque no se supere el umbral de cuota de mercado. Sin embargo, la Exención por Categorías sigue aplicándose a la parte restante del acuerdo vertical, si dicha parte es separable de las obligaciones no cubiertas por la exención.

(58) La primera exclusión se contempla en la letra a) del artículo 5 de la Exención por Categorías y se refiere a las cláusulas de no competencia. Estas cláusulas de no competencia son obligaciones que exigen que el comprador adquiera al proveedor o a otra empresa que éste designe más del 80 % del total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos durante el año precedente (véase la definición que figura en la letra b) del artículo 1 de la Exención por Categorías), excluyendo la posibilidad de que el comprador adquiera bienes o servicios de la competencia o limitando tales compras a menos del 20 % del total de sus compras. En caso de que no se disponga de los datos pertinentes sobre las compras del comprador relativas al año precedente al de la suscripción del contrato, se utilizarán las mejores estimaciones de sus necesidades totales anuales. Estas cláusulas de no competencia no están cubiertas por la Exención por Categorías si su duración es indefinida o superior a cinco años. Tampoco están cubiertas por la Exención por Categorías las cláusulas de no competencia que sean renovables tácitamente tras un periodo de cinco años. No obstante, estas cláusulas están cubiertas si su duración es igual o inferior a cinco años o si la renovación tras un periodo de cinco años exige que ambas partes den su autorización explícita y no hay obstáculos que impidan

(59) El plazo máximo de cinco años no se aplica si el comprador revende los bienes o servicios «desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor». En tales casos la obligación de no competencia puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador (letra a) del artículo 5 de la Exención por Categorías). La razón para la existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso. No pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.

(60) En la letra b) del artículo 5 de la Exención por Categorías se establece la segunda exclusión y se refiere a las cláusulas de no competencia a posteriori. Tales obligaciones no suelen estar cubiertas por la Exención por Categorías, a menos que la obligación sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, se circunscriba al punto de venta desde el que el comprador haya operado durante el periodo contractual y se limite a un periodo máximo de 1 año. Según la definición que figura en la letra f) del artículo 1 de la Exención por Categorías, los conocimientos técnicos han de ser «substanciales», es decir, que «incluyen información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales».

(61) La tercera exclusión de la Exención por Categorías se contempla en la letra c) del artículo 5 de la Exención por Categorías y se refiere a la venta de bienes que compiten entre sí en un sistema de distribución selectiva. La Exención por Categorías abarca la combinación de distribución selectiva con una obligación de no competir, lo que, por lo general, obliga a los distribuidores autorizados a no revender marcas competidoras. No obstante, si el proveedor impide, directa o indirectamente, que sus distribuidores autorizados adquieran a determinados proveedores competidores productos para su reventa, tal obligación no puede acogerse a la Exención por Categorías. Lo que se pretende con la exclusión de esta cláusula es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos (marginación de un proveedor competidor que constituiría una forma de boicot colectivo) <sup>(25)</sup>.

#### 5. Ausencia de presunción de ilegalidad al margen de la Exención por Categorías

(62) No se presumirá que los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación de la Exención por Categorías son ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Se insta a las empresas a que lleven a cabo su propia evaluación sin notificar. En caso de que el Órgano de Vigilancia de la AELC proceda a un análisis individual, recaerá sobre él la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53. Cuando se demuestre la existencia de consecuencias apreciables contrarias a la competencia, las empresas podrán demostrar sus alegaciones de eficiencia y explicar porqué un determinado sistema de distribución podría producir beneficios que son pertinentes para las condiciones de exención en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 53.

#### 6. Notificación cautelar innecesaria

(63) Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 del Capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, modificado en último lugar por el Acuerdo entre los Estados de la AELC de 11 de mayo de 2000 <sup>(26)</sup>, los acuerdos verticales pueden acogerse a una exención en aplicación del apartado 3 del artículo 53 a partir de su fecha de entrada en vigor, aun en el caso de

que se notifiquen con posterioridad a dicha fecha. Ello implica en la práctica que no es necesario proceder a notificación cautelar alguna. Si surge una controversia, una empresa aún puede proceder a notificar a la autoridad competente en virtud del Acuerdo EEE <sup>(27)</sup>, en cuyo caso el Órgano de Vigilancia de la AELC puede dejar exento al acuerdo vertical, con efecto retroactivo a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, si se cumplen las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 53. Las partes notificantes no tienen que explicar porqué no se notificó anteriormente el acuerdo y no se les denegará la exención retroactiva por el simple hecho de no haber notificado anteriormente. Cualquier notificación se analizará aisladamente en función de sus características propias. Esta modificación del apartado 2 del artículo 4 del Capítulo II del Protocolo 4 al Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción debería eliminar los litigios artificiales ante los tribunales nacionales y, por consiguiente, reforzar la aplicabilidad civil de los contratos. También tiene en cuenta la situación de las empresas que no han notificado por presumir que el acuerdo se encuadraba en el ámbito de aplicación de la Exención por Categorías.

(64) Habida cuenta de que la fecha de notificación ya no limita la posibilidad de exención por parte del Órgano de Vigilancia de la AELC, los órganos jurisdiccionales nacionales han de evaluar la probabilidad de que se aplique el apartado 3 del artículo 53 a los acuerdos verticales que se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. En caso de que exista esa probabilidad, deberían suspender los procedimientos a la espera de que el Órgano de Vigilancia de la AELC adopte una posición. No obstante, es posible que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan que adoptar medidas cautelares a la espera de que el Órgano de Vigilancia de la AELC determine la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 53, como ya hacen cuando plantean una cuestión prejudicial al Tribunal de la AELC en aplicación del artículo 34 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción. No es necesaria la suspensión de los procedimientos de medidas cautelares cuando los órganos jurisdiccionales nacionales tienen competencia para determinar la probabilidad de que se aplique el apartado 3 del artículo 5 <sup>(28)</sup>.

(65) A menos de que surjan litigios o se interpongan denuncias ante los órganos jurisdiccionales nacionales, la política de aplicación del Órgano de Vigilancia de la AELC no dará prioridad a las notificaciones de los acuerdos verticales. En sí mismas, estas notificaciones no dan validez provisional a la ejecución de los acuerdos. En caso de que las empresas no hayan notificado un acuerdo por haber considerado de buena fe que no se rebasaba el umbral de cuota de mercado de la Exención por Categorías, el Órgano de Vigilancia de la AELC no impondrá multas.

<sup>(25)</sup> Un ejemplo de medidas indirectas que provocan tales efectos de exclusión puede encontrarse en la Decisión 92/428/CEE de la Comisión en el asunto n° IV/33.542, Parfum Givenchy (DO L 236 de 19.8.1992, p. 11).

<sup>(26)</sup> «Acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se modifica el Protocolo 4 al Acuerdo entre los Estados de la AELC relativo a la creación de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia», 11 de mayo de 2000 (pendiente de publicación).

<sup>(27)</sup> Véase la nota n° 5 al pie de la página 4.

<sup>(28)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-234/89 Delimitis/Henninger Bräu [1991] Rec. I-935, considerando 52.

## 7. *Divisibilidad*

- (66) La Exención por Categorías contempla la exención de los acuerdos verticales siempre que en ellos no se incluyan o se practiquen restricciones especialmente graves, establecidas en el artículo 4 de la misma. De existir una o más restricciones especialmente graves, todo el acuerdo vertical pierde la posibilidad de acogerse a la exención por categorías. No se contempla la divisibilidad de las restricciones especialmente graves.
- (67) No obstante, esta norma de la divisibilidad se aplica a las condiciones establecidas en el artículo 5 de la Exención por Categorías. Por consiguiente, la posibilidad de acogerse a la exención por categorías sólo se pierde en relación con aquella parte del acuerdo vertical que no reúna las condiciones establecidas en el artículo 5.

## 8. *Gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución*

- (68) En caso de que un proveedor emplee el mismo acuerdo de distribución para distribuir varios bienes o servicios, es posible que algunos de ellos, habida cuenta del umbral de cuota de mercado, se encuadren en el ámbito de aplicación de la Exención por Categorías, mientras que otros no. En tal caso, la Exención por Categorías se aplica a aquellos bienes y servicios para los que se cumplen las condiciones de aplicación.
- (69) Por lo que se refiere a los bienes o servicios no cubiertos por la Exención por Categorías, se aplican las normas ordinarias de competencia, lo que implica que:
- no hay exención por categorías, pero tampoco presunción de ilegalidad;
  - si se ha producido una infracción del apartado 1 del artículo 53 que no puede acogerse a exención, se puede analizar si existen soluciones apropiadas para resolver el problema de competencia dentro del sistema de distribución existente;
  - si no existen tales soluciones, el proveedor de que se trate tendrá que adoptar otras medidas de distribución.

Esta situación también puede darse en el caso de que el artículo 54 se aplique con respecto a unos productos y no con respecto a otros.

## 9. *Periodo transitorio*

- (70) La Exención por Categorías se aplica a partir del 1 de junio de 2000. Su artículo 12 establece un periodo

transitorio para los acuerdos verticales que ya estén en vigor antes del 1 de junio de 2000 y no reúnan las condiciones de exención establecidas en la Exención por Categorías, pero cumplan las condiciones de exención establecidas en las exenciones por categorías que expiraron el 31 de mayo de 2000 (los actos mencionados en los puntos 2 y 3 del Anexo XIV al Acuerdo EEE (Reglamentos (CEE) nº 1983/83, (CEE) nº 1984/83 y (CEE) nº 4087/88 de la Comisión) antes de que entraran en vigor el 1 de junio de 2000 los cambios introducidos por la Decisión nº 18/2000 del Comité Mixto del EEE. La vigencia de la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a estos actos expira asimismo el 31 de mayo de 2000. Estos acuerdos pueden seguir acogidos a los actos mencionados hasta el 31 de diciembre de 2001. Los acuerdos de proveedores con una cuota de mercado no superior al 30 % que hubiesen firmado con sus compradores cláusulas de no competencia de una duración superior a cinco años están cubiertos por la Exención por Categorías si a 1 de enero de 2002 a las cláusulas de no competencia no les quedan más de cinco años de vigencia.

## IV. *RETIRADA E INAPLICABILIDAD DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS*

### 1. *Procedimiento de retirada*

- (71) La presunción de legalidad que confiere la Exención por Categorías puede ser retirada si un acuerdo vertical, ya se considere aisladamente o junto con otros similares llevados a cabo por proveedores o compradores competidores, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 y no reúne todas las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 53. Así puede ocurrir si un proveedor, o un comprador en el caso de acuerdos exclusivos de suministro, que posee una cuota de mercado no superior al 30 %, toma parte en un acuerdo vertical que no genera ventajas objetivas que puedan compensar los perjuicios que ocasiona a la competencia. Así puede ocurrir especialmente en la distribución de bienes a los usuarios finales que a menudo se encuentran en una posición mucho más débil que los compradores profesionales de bienes intermedios. En el caso de ventas a consumidores finales, es posible que las desventajas causadas por un acuerdo vertical tengan mayor repercusión que en un caso relativo a la venta y adquisición de bienes intermedios. Si no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 53, el Órgano de Vigilancia de la AELC, en los casos en los que sea competente para actuar en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 del Acuerdo EEE, puede retirar el beneficio de la Exención por Categorías con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 y determinar una infracción al apartado 1 del artículo 53.

- (72) En caso de que el Órgano de Vigilancia de la AELC aplique el procedimiento de retirada, recae en él la carga de la prueba de que el acuerdo se encuadra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 y de que no reúne las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 53.
- (73) Es posible que no se reúnan las condiciones para acogerse a una exención en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 53, en particular si el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado quedan restringidos de modo significativo por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales similares puestos en práctica por proveedores o compradores competidores. Se ha de considerar que las redes paralelas de acuerdos verticales son similares si incluyen restricciones que producen efectos similares en el mercado. Se producirán efectos similares, por lo general, si las restricciones verticales aplicadas por proveedores o compradores competidores se incluyen en uno de los cuatro grupos enumerados en los apartados 104 a 114. Esta situación se puede producir, por ejemplo, si en un mercado determinado, determinados proveedores practican una mera distribución selectiva cualitativa mientras que otros proveedores llevan a cabo una distribución selectiva cuantitativa. En tales circunstancias, la evaluación ha de tener en cuenta las consecuencias contrarias a la competencia atribuibles a cada red concreta de acuerdos. Cuando proceda, la retirada puede interesar exclusivamente a las limitaciones cuantitativas impuestas al número de distribuidores autorizados. Otros casos en los que se puede adoptar una decisión de retirada son las situaciones en las que el comprador, en el contexto, por ejemplo, de suministro exclusivo o distribución exclusiva, posee un poder de mercado significativo en el mercado descendente de referencia en el que revende los bienes o presta los servicios.
- (74) La responsabilidad de un efecto acumulativo contrario a la competencia sólo puede atribuirse a aquellas empresas que contribuyen de forma notable al mismo. Los acuerdos celebrados por empresas cuya contribución al efecto acumulativo sea insignificante no se encuadran en la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 53<sup>(29)</sup> y, por lo tanto, no están sujetos al mecanismo de retirada. La evaluación de esta contribución se llevará a cabo de conformidad con los criterios establecidos en los apartados 137 a 229.
- (75) Las decisiones de retirada sólo pueden producir efecto *ex nunc*, lo que significa que los acuerdos en cuestión seguirán estando exentos hasta la fecha en que se haga efectiva la retirada.
- (76) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Exención por Categorías, la autoridad competente de un Estado del EEE puede retirar el beneficio de la Exención por Categorías a los acuerdos verticales cuyas consecuencias contrarias a la competencia se dejen sentir en el territorio del Estado del EEE en cuestión o en una parte del mismo que tenga las características de un mercado geográfico específico. En caso de que un Estado de la AELC no haya promulgado normas que faculten a la autoridad nacional de competencia para aplicar la normativa comunitaria de competencia o al menos para retirar el beneficio de la exención por categorías, el Estado de la AELC puede solicitar al Órgano de Vigilancia de la AELC que incoe un procedimiento a tal efecto.
- (77) La Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la AELC comparten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Acuerdo EEE en relación con la asignación de asuntos entre las dos autoridades, el poder exclusivo de retirar el beneficio de la exención por categorías por lo que se refiere a los acuerdos verticales que restrinjan la competencia en un mercado geográfico de referencia que sea mayor que el territorio de un único Estado del EEE. Cuando el territorio de un único Estado del EEE, o una parte del mismo, constituye el mercado geográfico de referencia, la autoridad de vigilancia competente y el Estado del EEE en cuestión tienen competencia concurrente para la retirada del beneficio de la exención. A menudo estos casos se prestan a la aplicación descentralizada por parte de las autoridades nacionales de competencia. No obstante, el Órgano de Vigilancia de la AELC se reserva el derecho, en el marco del pilar de la AELC, de abordar determinados asuntos que presenten un especial interés comunitario, tales como los que plantean una nueva cuestión de derecho.
- (78) Las decisiones nacionales de retirada se han de adoptar de conformidad con los procedimientos establecidos en el derecho nacional y sólo surtirán efectos en el territorio del Estado del EEE de que se trate. Estas decisiones nacionales no prejuzgarán la aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE y el pleno efecto de las medidas adoptadas para la aplicación de las mismas<sup>(30)</sup>. El cumplimiento de estos principios implica que las autoridades nacionales de competencia han de llevar a cabo su evaluación con arreglo al artículo 53 a la luz de los criterios pertinentes desarrollados por el Tribunal de la AELC, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia, así como de las comunicaciones y las decisiones anteriores adoptadas por la Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la AELC.
- (79) El Órgano de Vigilancia de la AELC estima que los mecanismos de consulta establecidos en su Comunicación relativa a la cooperación entre las autoridades nacionales de competencia y el Órgano de Vigilancia de la AELC<sup>(31)</sup> deberían utilizarse para evitar el riesgo de que se adopten decisiones contradictorias y la duplicación de procedimientos.

(29) Sentencia en el asunto Delimitis.

(30) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Walt 14/68 Wilhelm y otros/Bundeskartellamt [1969] CER 1, párrafo 4, y sentencia en el asunto Delimitis.

(31) DO C 307 de 12.12.2000, p. 6 y Suplemento EEE al DO nº 1 de 12.12.2000, p. 5, puntos 49 a 53.

## 2. Inaplicabilidad de la Exención por Categorías

- (80) El artículo 8 de la Exención por Categorías permite a la autoridad de vigilancia competente excluir del ámbito de aplicación de la Exención por Categorías las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia. Esta medida no se dirige a empresas individuales sino que concierne a todas aquellas empresas cuyos acuerdos se definen en el acto por el que se declara la inaplicabilidad de la Exención por Categorías.
- (81) Mientras que la retirada del beneficio de la Exención por Categorías en aplicación del artículo 6 implica la adopción de una decisión que pruebe la comisión por parte de una empresa individual de una infracción del artículo 53, un acto con arreglo al artículo 8 produce simplemente el efecto de eliminar, por lo que respecta a las restricciones y los mercados en cuestión, el beneficio de la aplicación de la Exención por Categorías y restaurar la plena aplicación de los apartados 1 y 3 del artículo 53. Tras la adopción de un acto por el que se declara inaplicable la exención por categorías a determinadas restricciones verticales en un mercado específico, los criterios desarrollados por la jurisprudencia pertinente del Tribunal de la AELC, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia, así como por las comunicaciones y las decisiones anteriores adoptadas por el Órgano de Vigilancia de la AELC, servirán de guía a la aplicación del artículo 53 a los acuerdos concretos. Cuando proceda, el Órgano de Vigilancia de la AELC adoptará decisiones en casos específicos, que pueden servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.
- (82) A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50 %, se ha de tener en cuenta cada red individual de acuerdos verticales que incluyen restricciones, o sus combinaciones, que producen efectos similares en el mercado. Por lo general, se considera que estos efectos son similares si las restricciones se incluyen en uno de los cuatro grupos enumerados en los apartados 104 a 114.
- (83) El artículo 8 no impone a la autoridad de vigilancia competente la obligación de actuar en caso de que se supere el índice de cobertura del mercado del 50 %. En general, la inaplicabilidad es adecuada en caso de que sea probable que se restrinja de modo notable el acceso al mercado de referencia o la competencia dentro del mismo. Tal puede ser el caso, en particular, si redes paralelas de distribución selectiva que cubran más del 50 % de un mercado emplean criterios de selección que no sean necesarios por la naturaleza de los bienes en cuestión o discriminen a determinadas formas de distribución capaces de comercializar tales bienes.
- (84) A la hora de evaluar la necesidad de aplicar el artículo 8, la autoridad de vigilancia competente considerará si la retirada individual sería una solución más adecuada. Ello puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyen a un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos afectados en elEEE.
- (85) Todo acto que se adopte en aplicación del artículo 8 ha de establecer claramente su ámbito de aplicación. Ello implica, en primer lugar, que la autoridad de vigilancia competente ha de definir el mercado o mercados de productos y geográfico de referencia y, en segundo lugar, que ha de identificar el tipo de restricción vertical en relación con la cual ya no se aplicará la Exención por Categorías. Por lo que se refiere a este último aspecto, la autoridad de vigilancia competente puede modular el ámbito de su acto de inaplicabilidad en función del problema de competencia que trata de resolver. Así por ejemplo, mientras que todas las redes paralelas de aquellos acuerdos del tipo de marca única deberán ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el índice de cobertura del mercado del 50 %, cabe la posibilidad, sin embargo, de que la autoridad de vigilancia competente restrinja el ámbito de aplicación del acto de inaplicabilidad sólo a las obligaciones de no competencia que excedan de una determinada duración. Por consiguiente, es posible que los acuerdos de duración inferior o de naturaleza menos restrictiva no se vean afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. De modo análogo, cuando en un mercado específico se practica la distribución selectiva junto con otras restricciones tales como la obligación de inhibición de la competencia o la que se impone al comprador de adquirir una determinada cantidad, cabe la posibilidad de que la no aplicación de la exención por categorías sólo afecte a tales restricciones adicionales. Cuando proceda, la autoridad de vigilancia competente también puede ofrecer asesoría indicando el nivel de cuota de mercado que, en un mercado concreto, se puede considerar insuficiente para que una empresa individual aporte una contribución significativa al efecto acumulativo.
- (86) El período transitorio no inferior a seis meses que la autoridad de vigilancia competente tendrá que fijar en aplicación del apartado 2 del artículo 8 debería permitir a las empresas afectadas adaptar sus acuerdos para que tengan en cuenta el acto por el que se deja de aplicar la Exención por Categorías.
- (87) Un acto por el que se declara inaplicable la Exención por Categorías no será óbice para la exención de los acuerdos durante el período anterior a su entrada en vigor.

V. CUESTIONES RELATIVAS A LA DEFINICIÓN DEL MERCADO Y AL CÁLCULO DE LA CUOTA DE MERCADO

1. *Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia*

(88) La Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia en el marco del EEE<sup>(32)</sup> sirve de guía en relación con las normas, criterios y elementos de prueba que el Órgano de Vigilancia de la AELC emplea al plantearse las cuestiones relativas a la definición del mercado. Esta Comunicación no se analizará en mayor profundidad en las presentes directrices y debería servir como base para las cuestiones de definición del mercado. Las presentes directrices sólo abordarán cuestiones específicas que se plantean en el contexto de las restricciones verticales y que no se abordan en la Comunicación general sobre la definición del mercado.

2. *El mercado de referencia para el cálculo del umbral de cuota de mercado del 30 % en el marco de la Exención por Categorías*

(89) Con arreglo al artículo 3 de la Exención por Categorías, para la aplicación de la exención por categorías resulta decisiva, por lo general, la cuota de mercado del proveedor. En el caso de acuerdos verticales suscritos entre una asociación de minoristas y miembros individuales, la asociación es el proveedor y ha de tener en cuenta su cuota de mercado como proveedor. Sólo en caso de suministro exclusivo, tal como se define en la letra c) del artículo 1 de la Exención por Categorías, es la cuota de mercado del comprador, y sólo esa cuota, la que resulta decisiva para la aplicación de la Exención por Categorías.

(90) Para calcular la cuota de mercado, se ha de determinar el mercado de referencia. A tal efecto, se han de definir el mercado de productos y el mercado geográfico de referencia. El mercado de productos de referencia abarca cualesquiera bienes o servicios que el comprador considere intercambiables por sus características, precio y uso. El mercado geográfico de referencia abarca el área en que las empresas en cuestión operan en el suministro y demanda de bienes o servicios relevantes, en la que las condiciones de competencia sean lo suficientemente homogéneas y que se pueda diferenciar de zonas geográficas vecinas como consecuencia, en particular, de que en tales áreas las condiciones de competencia sean notablemente diferentes.

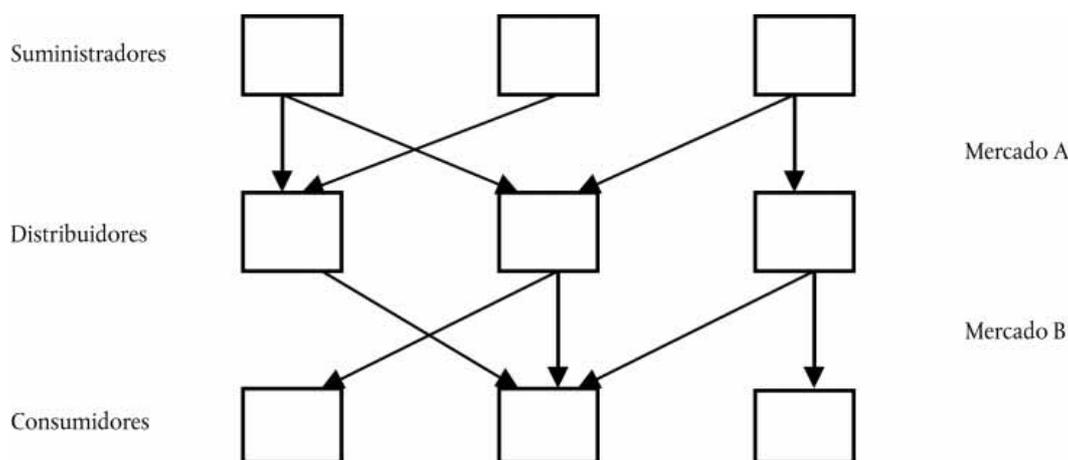
(91) A efectos de la aplicación de la Exención por Categorías, la cuota de mercado del proveedor es su porcentaje del mercado de productos y del mercado geográfico de referencia en el que vende a sus compradores<sup>(33)</sup>. En el ejemplo que figura a continuación, se trata del mercado A. El mercado de productos depende, en primer lugar, de la posibilidad de sustitución desde el punto de vista de los compradores. Si el producto suministrado se emplea como insumo para producir otros productos y, por lo general, no es reconocible en el producto final, el mercado de producto se suele definir por las preferencias directas del comprador. Por regla general, los clientes de los compradores no tendrán una marcada preferencia en relación con los insumos empleados por los compradores. En general las restricciones verticales acordadas entre el proveedor y el comprador del insumo sólo se refieren a la venta y la adquisición del producto intermedio y no a la venta del producto resultante. En caso de distribución de bienes finales, serán las preferencias de los consumidores finales las que influirán o determinarán, por lo general, qué son sustitutos para los compradores directos. Un distribuidor, en calidad de revendedor, no puede ignorar las preferencias de los consumidores finales cuando adquiere bienes finales. Además, en el plano de la distribución es más frecuente que las restricciones verticales no sólo se refieran a la venta de productos entre proveedor y comprador, sino también a su reventa. Dado que, por lo general, compiten diversos formatos de distribución, los mercados no se suelen definir por la forma de distribución que se aplica. En caso de que los proveedores vendan, por lo general, una gama de productos, es posible que toda la gama determine el mercado de productos si son las gamas y no los productos individuales los que los compradores consideran sustitutos. Dado que los compradores del mercado A son compradores profesionales, el mercado geográfico es, por lo general, más amplio que el mercado en que el producto se revende a los consumidores finales. Ello conducirá a menudo a la definición de mercados nacionales o de mercados geográficos más amplios.

(92) En caso de suministro exclusivo, la cuota de mercado del comprador es su porcentaje de la totalidad de las adquisiciones realizadas en el mercado de compra de referencia<sup>(34)</sup>. En el ejemplo que figura a continuación también es el mercado A.

<sup>(32)</sup> DO L 200 de 16.7.1998, p. 48 y Suplemento EEE al DO n° 28 de 16.7.1998, p. 3.

<sup>(33)</sup> Por ejemplo, el mercado neerlandés de sustitución de neumáticos de camiones y autobuses en el asunto Michelin (asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Comisión, [1983] Rec. 3461), los diversos mercados de la carne en el asunto danés relativo a los mataderos, Decisión de la Comisión 200/42/CE en el asunto n° IV/M.1313, (Danish Crown/Vestjyske Slagterier.), DO L 20 de 25.1.2000, p. 1.

<sup>(34)</sup> Para un ejemplo de mercados de compra, véase la Decisión 1999/674/CE de la Comisión Europea en el asunto n° IV/M.1221, (Rewe/Meinl), DO L 274 de 23.10.1999, p. 1.



(93) En caso de que un acuerdo vertical implique a tres partes, cada una de las cuales opere en un nivel distinto de intercambios, sus cuotas de mercado tendrán que situarse por debajo del umbral del 30 % en ambos niveles para poder acogerse a la exención por categorías. Si, por ejemplo, en un acuerdo celebrado entre un fabricante, un mayorista (o asociación de minoristas) y un minorista se acuerda una cláusula de no competencia, ni la cuota de mercado del fabricante ni la del mayorista (o asociación de minoristas) ha de exceder del 30 % para poder acogerse a la exención por categorías.

(94) En caso de que un proveedor produzca tanto equipo original como las piezas de recambio o sustitución de ese equipo, el proveedor será a menudo el único o el principal proveedor en los mercados secundarios de las piezas de recambio y sustitución. También puede darse esta situación cuando el proveedor (proveedor de equipo original) subcontrate la fabricación de las piezas de recambio o sustitución. El mercado de referencia para la aplicación de la Exención por Categorías puede ser el de equipo original, incluyendo las piezas de recambio, o bien un mercado de equipo original y un mercado secundario distintos, dependiendo de las circunstancias del caso, como pueden ser los efectos de las restricciones implicadas, la duración del equipo y la importancia de los costes de reparación o sustitución<sup>(35)</sup>.

(95) En caso de que, además del suministro del bien objeto del contrato, el acuerdo vertical conste también de disposiciones de DPI —como una disposición relativa al uso de la marca del proveedor— que ayuden al comprador a comercializar el bien objeto del contrato, la cuota del proveedor en el mercado en que venda el bien es decisiva para la aplicación de la Exención por Categorías. En caso de que un franquiciador no suministre productos para su reventa sino que preste un conjunto de servicios combinados con disposiciones de DPI que juntos constituyan el método comercial objeto de la franquicia, el franquiciador ha de tener en cuenta su cuota de mercado como prestador de un método comercial. A tal efecto, el franquiciador ha de calcular su cuota en el mercado en que se explote el método comercial, que no es sino el mercado en el que los franquiciadores explotan el método comercial para prestar bienes o servicios a los usuarios finales. El franquiciador ha de calcular su cuota de mercado partiendo del valor de los bienes o servicios prestados por sus franquiciados en este mercado. En él los competidores pueden ser suministradores de otros métodos comerciales objeto de franquicia, aunque también proveedores de bienes o servicios intercambiables que no recurran a la franquicia. Así por ejemplo, sin perjuicio de la definición de este mercado, si existiese un mercado de servicios de comida rápida, un franquiciador que operase en él tendría que calcular su cuota de mercado basándose en las correspondientes cifras de ventas de sus franquiciados en dicho mercado. Si el franquiciador, además del método comercial, suministra también determinados insumos, tales como carnes y especias, también ha de calcular su cuota en el mercado de venta de los mismos.

<sup>(35)</sup> Véase, por ejemplo, el asunto Pelikan/Kyocera en el XXV Informe sobre la política de competencia, punto 87 y la Decisión 91/595/CE de la Comisión en el asunto IV/M.12 Varta/Bosch, DO L 320 de 22.11.1991, p. 26; la Decisión de la Comisión en el asunto IV/M.1094 Caterpillar/Perkins Engines, DO C 93 de 28.3.1998, p. 23, y la Decisión de la Comisión en el asunto IV/M.768 Lucas/Varity, DO C 266 de 13.9.1996, p. 6. Véase asimismo el asunto Eastman Kodak Co./Image Technical Services, Inc. y otros, Tribunal Supremo de Estados Unidos, nº 90 1029; igualmente, el apartado 56 de la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia del EEE.

### 3. El mercado de referencia para la evaluación individual

(96) A efectos de la evaluación individual de los acuerdos verticales a los que se aplique la Exención por Categorías, es posible que sea necesario investigar otros mercados además del de referencia definido para la aplicación de

la Exención por Categorías. Cabe la posibilidad de que un acuerdo vertical no sólo repercuta en el mercado en el que operan el proveedor y el comprador, sino también en los mercados posteriores. A efectos de la evaluación individual de un acuerdo vertical, se analizarán los mercados de referencia en cada nivel comercial afectado por las restricciones.

- i) Por lo que se refiere a los «bienes o servicios intermedios» que el comprador incorpora en sus propios bienes o servicios, las restricciones verticales sólo repercuten, por lo general, en el mercado en el que operan el proveedor y el comprador. Cabe la posibilidad de que la imposición a un comprador de, por ejemplo, una cláusula de no competencia, limite la presencia de otros proveedores, aunque no reducirá la competencia en el interior de los establecimientos en el mercado posterior. No obstante, en caso de suministro exclusivo, también es pertinente la posición del comprador en su mercado posterior porque el comportamiento restrictivo del comprador sólo puede producir unas consecuencias negativas apreciables, si tiene poder de mercado en el mercado posterior.
- ii) Por lo que se refiere a los «productos finales», resulta menos probable que sea suficiente un análisis que se limite al mercado entre el proveedor y el comprador, dada la posibilidad de que las restricciones verticales reduzcan la competencia entre las marcas o en el interior de una misma marca en el mercado de reventa, es decir en el mercado posterior del comprador. Así por ejemplo, la distribución exclusiva no sólo puede provocar el cierre del mercado entre el proveedor y el comprador, sino que, ante todo, también puede provocar una reducción de la competencia entre las marcas en los territorios de reventa de los distribuidores. El mercado de reventa es especialmente importante si el comprador es un minorista que vende a los consumidores finales. Una cláusula de no competencia acordada entre un fabricante y un mayorista puede impedir que otros fabricantes accedan a este mayorista, aunque en esta escala mayorista resulta poco probable que se produzca una pérdida de competencia en el interior del establecimiento. No obstante, el mismo acuerdo celebrado con un minorista puede tener como consecuencia una pérdida adicional de competencia entre marcas en los establecimientos en el mercado de reventa.
- iii) En casos de evaluación individual de un «mercado secundario», el mercado de referencia puede ser el de equipo original o el mercado secundario, dependiendo de las circunstancias del caso. En todo caso, la situación en un mercado posterior distinto se evaluará teniendo en cuenta la situación existente en el mercado de equipo original. Una posición poco significativa en el mercado de

equipo original reducirá por lo general los posibles efectos anticompetitivos en el mercado secundario.

#### 4. *Cálculo de la cuota de mercado con arreglo a la Exención por Categorías*

- (97) El cálculo de la cuota de mercado se ha de basar en principio en cifras de valor. En caso de que no se disponga de éstas, se pueden realizar estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, tales como las cifras de volumen de ventas (véase el apartado 1 del artículo 9 de la Exención por Categorías).
- (98) La producción interna, es decir, la de un producto intermedio para uso propio, puede tener gran importancia en un análisis de competencia, ya que puede constituir un obstáculo serio a la misma o acentuar la posición de mercado de una empresa. No obstante, a efectos de la definición del mercado y del cálculo de la cuota de mercado de los bienes y servicios intermedios, la producción interna no se tomará en cuenta.
- (99) No obstante, en caso de distribución dual de bienes finales, es decir, cuando un fabricante de un producto final actúa también como distribuidor en el mercado, la definición del mercado y el cálculo de la cuota de mercado han de incluir los bienes vendidos por el productor y sus competidores mediante distribuidores integrados y agentes (véase la letra b) del apartado 2 del artículo 9 de la Exención por Categorías). Los «distribuidores integrados» son empresas vinculadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Exención por Categorías.

#### VI. **ORIENTACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE LOS CASOS INDIVIDUALES**

- (100) Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales. La razón principal de que se traten las restricciones verticales con mayor benevolencia que las horizontales estriba en que estas últimas pueden consistir en acuerdos entre competidores que produzcan bienes o servicios idénticos o intercambiables. En tales relaciones horizontales, el poder de mercado que ejerce una empresa (el poder de fijar un precio más elevado para su producto) puede beneficiar a sus competidores. Ello puede suponer un incentivo para inducir a los competidores a actuar de modo contrario a la competencia. En las relaciones verticales el producto de uno es el insumo de otro, lo que implica que el poder de mercado ejercido por la empresa del mercado anterior o la del mercado posterior influiría, por lo general, negativamente en la demanda del producto de la otra. Las empresas participantes en el acuerdo pueden, por lo tanto, contar con un incentivo para impedir el ejercicio del poder de mercado por la otra.

- (101) No obstante, este carácter autorregulador no debe ser sobrestimado. Cuando una empresa carece de poder de mercado, sólo puede intentar incrementar sus beneficios mediante la optimización de sus procesos de fabricación y distribución, recurriendo o no a la ayuda de las restricciones verticales. No obstante, cuando tiene poder de mercado, puede también intentar incrementar sus beneficios a expensas de sus competidores directos mediante un incremento de los costes de estos y a expensas de sus compradores y, en último término, de sus consumidores intentando apropiarse parte de sus excedentes. Esto puede ocurrir cuando la empresa que se encuentra en la fase anterior del proceso productivo y la que se encuentra en la fase posterior se reparten los beneficios extraordinarios o cuando una de las dos impone restricciones verticales apropiándose así de todos los beneficios extraordinarios.
- (102) En la evaluación de los casos individuales sobre los que tenga competencias, el Órgano de Vigilancia de la AELC adoptará un enfoque económico a la hora de aplicar el artículo 53 a las restricciones verticales, lo que limitará el ámbito de aplicación de dicho artículo a aquellas empresas que posean un cierto grado de poder de mercado, en caso de que la competencia entre marcas pueda ser insuficiente. En tales casos, la protección de la competencia entre marcas y dentro de una misma marca es importante para garantizar una mayor eficacia y beneficios para los consumidores.

## 1. El marco de análisis

### 1.1. Consecuencias negativas de las restricciones verticales

- (103) Las consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales que la normativa de competencia del EEE pretende evitar son las siguientes:
- i) exclusión del mercado a otros proveedores u otros compradores mediante el incremento de los obstáculos de entrada;
  - ii) reducción de la competencia entre marcas entre las empresas que operan en un mercado, incluida la posibilidad de facilitar la colusión entre suministradores o compradores; se entiende por colusión tanto la explícita como la tácita (comportamiento paralelo consciente);
  - iii) reducción de la competencia en el interior de una marca entre distribuidores de la misma marca;
  - iv) creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado del EEE de su elección.

(104) Estas consecuencias negativas pueden ser el resultado de diversas restricciones verticales. Acuerdos que difieren formalmente pueden tener el mismo impacto sustantivo en la competencia. Para analizar estos posibles efectos negativos conviene dividir las restricciones verticales en cuatro grupos: un grupo de marca única, un grupo de distribución limitada, un grupo de mantenimiento del precio de reventa y un grupo de compartimentación del mercado. Las restricciones verticales incluidas en cada grupo tienen unos efectos negativos muy similares sobre la competencia.

(105) Esta clasificación en cuatro grupos se basa en lo que se puede describir como los componentes básicos de las restricciones verticales. En los apartados 103 a 136, se analizan los cuatro grupos diferentes y los acuerdos de vinculación. En los apartados 137 a 229, se analizan los acuerdos verticales como se utilizan en la práctica, dado que muchos de ellos incluyen más de uno de estos componentes.

#### *Grupo de marca única*

(106) Bajo la denominación de «marca única» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Entre otras, se incluyen en este grupo la cláusula de no competencia y la de imposición de cantidades fijas al comprador, consistente en que un sistema de incentivos pactado entre el proveedor y el comprador impone a este último la obligación de adquirir un determinado producto, así como sus posibles sustitutos, única o fundamentalmente a un solo proveedor. También se incluyen en este grupo los acuerdos de vinculación, con arreglo a los cuales la obligación o el sistema de incentivos se refieren a un producto que el comprador está obligado a adquirir como requisito para la adquisición de otro producto distinto. Al primer producto se le denomina producto «vinculado», y al segundo, producto «vinculante».

(107) Son cuatro las principales consecuencias negativas sobre la competencia: 1) los restantes proveedores del mercado no pueden vender a compradores concretos, lo que conduce a la exclusión del mercado y, en caso de vinculación, a la exclusión del mercado del producto vinculado; 2) se hacen más rígidas las cuotas de mercado y ello puede contribuir a la colusión si lo aplican varios proveedores; 3) por lo que respecta a la distribución de bienes de consumo, los minoristas concretos sólo venderán una marca por lo que no existirá competencia entre marcas en sus establecimientos (ausencia de competencia dentro del establecimiento); y 4) en caso de vinculación, puede ocurrir que el comprador pague por el producto vinculado un precio más elevado del que pagaría de otro modo. Todas estas consecuencias pueden conducir a que se reduzca la competencia entre marcas.

- (108) La reducción de la competencia entre marcas puede quedar atenuada por una intensa competencia inicial entre los proveedores con objeto de conseguir contratos de marca única, pero cuanto mayor sea la duración de la cláusula de no competencia más probable es que su efecto no sea lo bastante importante para compensar la reducción de competencia entre marcas.

*Grupo de distribución limitada*

- (109) Bajo el encabezamiento de «distribución limitada» se incluyen aquellos acuerdos cuya principal característica consiste en que el fabricante sólo vende a un comprador o a un número reducido de compradores. Ello puede deberse a su voluntad de restringir el número de compradores en un territorio o grupo de clientes determinado, o de seleccionar a un tipo específico de compradores. Este componente puede observarse, entre otros, en:

- la distribución exclusiva y la asignación exclusiva de clientes en las que el proveedor circunscribe sus ventas a un solo comprador en un territorio o tipo de clientes determinado;
- el suministro exclusivo y la imposición de cantidades al proveedor, cuando existe una obligación o un programa de incentivación acordado entre el proveedor y el comprador por el que el primero está obligado a vender sólo o principalmente a un comprador.
- la distribución selectiva, en la que las condiciones impuestas o pactadas con los distribuidores seleccionados suelen limitar su número.
- las restricciones de ventas en el mercado secundario que limitan las posibilidades de venta del proveedor de componentes.

- (110) Tres son las principales consecuencias negativas sobre la competencia: 1) algunos compradores del mercado en cuestión ya no pueden comprar a un determinado proveedor, lo que puede conducir, entre otras cosas, en el caso de suministro exclusivo, a la exclusión del mercado de compra, 2) cuando la mayoría o todos los proveedores que compiten entre sí limitan el número de minoristas, se puede facilitar la colusión, ya sea entre los distribuidores o los proveedores, y 3) al haber menos distribuidores que ofrezcan el producto, también se reducirá la competencia dentro de una misma marca. En el caso de grandes territorios exclusivos o de asignación de clientes en exclusiva, el resultado puede ser la eliminación total de la competencia dentro de las marcas. Esta reducción de la competencia dentro de las marcas puede dar lugar, a su vez, a que se debilite la competencia entre marcas.

*Grupo de mantenimiento del precio de reventa*

- (111) Bajo el encabezamiento de «mantenimiento del precio de reventa» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en que se obliga o induce al comprador a no revender por debajo de un determinado precio, a un determinado precio o por encima del mismo. En este grupo se incluyen los precios de reventa mínimos, fijos, máximos y recomendados. Cabe la posibilidad de que los precios de reventa máximos y recomendados, que no sean restricciones especialmente graves, sigan teniendo el efecto de restringir la competencia.
- (112) Dos son los principales efectos negativos sobre la competencia del mantenimiento de precios de reventa: 1) la reducción de la competencia dentro de una misma marca, y 2) una mayor transparencia de precios. En el caso del mantenimiento de precios de reventa fijos o mínimos, los distribuidores ya no pueden competir por dicha marca mediante los precios, lo que da lugar a una eliminación total de la competencia de precios dentro de una misma marca. Un precio máximo o recomendado puede funcionar como punto de referencia para los revendedores, llevando a una mayor o menor aplicación uniforme de ese nivel de precios. Una mayor transparencia de precios y una mayor responsabilidad por las modificaciones de los mismos facilita la colusión horizontal entre fabricantes o distribuidores, al menos en los mercados concentrados. Al dar lugar a una menor presión descendente sobre los precios de un bien determinado, la reducción de la competencia dentro de las marcas puede tener como efecto indirecto una reducción del nivel de competencia entre marcas.

*Grupo de reparto del mercado*

- (113) Bajo el encabezamiento de «compartimentación del mercado» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en que se limitan las posibilidades de abastecimiento o reventa de un comprador con relación a un producto específico. Este componente se puede encontrar en la compra exclusiva, consistente en que en virtud de una obligación o de un sistema de incentivación pactado entre el proveedor y el comprador, este último debe comprar determinados productos, por ejemplo cerveza de la marca X, exclusivamente al proveedor, pero conserva la libertad de comprar y revender libremente productos de la competencia, por ejemplo marcas de cerveza competidoras. También abarca las restricciones territoriales de reventa, la asignación de una zona de responsabilidad principal, las restricciones sobre el emplazamiento de un distribuidor y las de reventa a clientes.

- (114) El principal efecto negativo sobre la competencia consiste en una reducción de ésta dentro de las marcas, que puede contribuir a que el proveedor compartimente el mercado y obstaculizar así la integración del mismo. Esto puede a su vez facilitar la discriminación de precios. Si la mayoría o todos los proveedores competidores limitan las posibilidades de abastecimiento o reventa de sus compradores, se puede facilitar la colusión, ya sea a escala de los distribuidores o de los proveedores.

## 1.2. Efectos positivos de las restricciones verticales

- (115) Es importante reconocer que, a menudo, las restricciones verticales tienen consecuencias positivas cuando, por ejemplo, fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios y mejoran la calidad de los servicios. Si una empresa no dispone de poder de mercado, la única alternativa de que dispone para incrementar sus beneficios consiste en mejorar al máximo sus procesos de fabricación o distribución. Es posible que en algunas situaciones las restricciones verticales sean útiles a este respecto dado que las negociaciones habituales en igualdad de condiciones entre el proveedor y el comprador, en las que sólo se fija el precio y la cantidad de una determinada transacción, pueden conducir a un nivel de inversiones y ventas inferior al óptimo.
- (116) Si bien las presentes Directrices tratan de ofrecer una visión general ajustada de las diversas justificaciones para la existencia de las restricciones verticales, no pretenden, sin embargo, ser completas o exhaustivas. A continuación se ofrecen las razones por las que se puede justificar la aplicación de determinadas restricciones verticales:

- (1) «Resolver un problema de “parasitismo”»: Un distribuidor puede aprovecharse de las actividades de promoción realizadas por otro. Este tipo de problemas se da con más frecuencia a escala mayorista y minorista. Es posible que los acuerdos de distribución exclusiva o restricciones similares contribuyan a evitar este problema de parasitismo. Este fenómeno también puede darse entre proveedores, en el caso, por ejemplo, de que uno invierta en actividades de promoción en los locales del comprador, por lo general a escala minorista, que también puede atraer a los clientes de sus competidores. Las restricciones del tipo de la cláusula de no competencia pueden contribuir a resolver esta situación de parasitismo. Para que exista una situación problemática, debe darse un verdadero caso de parasitismo. Entre compradores el problema sólo puede plantearse en los servicios preventa y nunca en los de posventa. Por lo general, el producto tendrá que ser relativamente nuevo o complejo desde el punto de vista técnico, dado que, de no ser así, es muy posible que el cliente

sepa perfectamente lo que quiere por haberlo adquirido anteriormente. Por otra parte, el producto ha de tener un valor razonablemente elevado, dado que, en caso contrario, no sería lo suficientemente atractivo para que un cliente acudiese a un establecimiento a informarse y a otro a adquirirlo. En último término, no ha de ser práctico para el proveedor imponer de forma contractual a todos los compradores condiciones efectivas de servicio en relación con el servicio preventa.

El parasitismo entre proveedores está también restringido a situaciones específicas, en concreto en los casos en los que la promoción tenga lugar en los locales del comprador y sea genérica, es decir, que no se destine a una marca en concreto.

- (2) «Abrir nuevos mercados o introducirse en ellos»: En el caso de que un fabricante desee introducirse en un nuevo mercado geográfico, por ejemplo, exportando por primera vez a otro país, ello puede implicar la realización de «inversiones iniciales» específicas por parte del distribuidor para introducir la marca en el mercado. Para convencer a un distribuidor local de que realice estas inversiones, cabe la posibilidad de que sea necesario ofrecer protección territorial al distribuidor, de forma que pueda recuperar estas inversiones fijando un precio más elevado temporalmente. En ese caso, durante un período limitado de tiempo se debería restringir a los distribuidores establecidos en otros mercados que vendiesen en el nuevo mercado. Es este un caso especial del problema de parasitismo descrito en el punto (1).
- (3) La cuestión del «parasitismo de certificado»: En algunos sectores, determinados minoristas tienen reputación por vender únicamente «buenos» productos. En tales casos, vender a través de estos minoristas puede ser de vital importancia para introducir nuevos productos. Si, en un principio, el fabricante no puede limitar sus ventas a las tiendas de calidad corre el riesgo de que su producto no se oferte, por lo que la introducción del mismo podría fracasar. Ello quiere decir que se podría justificar por un período determinado una restricción del tipo de distribución exclusiva o distribución selectiva que sea suficiente para garantizar la introducción del nuevo producto, pero no tan prolongada que impida su difusión a gran escala. Estos beneficios son más comunes con bienes complejos que representan una compra relativamente importante para el consumidor final.

- (4) El denominado problema de la «cautividad». A veces el proveedor o el comprador deben realizar inversiones destinadas específicamente a los clientes, por ejemplo, en equipos especiales o en formación. Tal es el caso, por ejemplo, de un fabricante de componentes que tenga que construir nuevas máquinas y herramientas para satisfacer la demanda específica de uno de sus clientes. Cabe la posibilidad de que el inversor no lleve a cabo las inversiones necesarias antes de que se llegue a unos acuerdos de suministro previos.

No obstante, al igual que sucedía en los anteriores ejemplos de parasitismo, deben darse ciertas condiciones para que el riesgo de que se invierta una cuantía inferior a la necesaria sea real o significativo. En primer lugar, la inversión debe destinarse a una relación específica. Se considera que una inversión realizada por el proveedor se destina a una relación específica si, tras la expiración del contrato, no puede ser utilizada por el proveedor para suministrar a otros clientes y no puede venderse, como no sea con pérdidas significativas. Se considera que una inversión realizada por el comprador se destina a una relación específica si, tras la expiración del contrato, no puede ser utilizada por el comprador para adquirir y/o usar productos suministrados por otros proveedores y no puede venderse, como no sea con pérdidas significativas. Por tanto, se considera que una inversión se destina a una relación específica si sólo se puede utilizar para fabricar un componente específico para una marca concreta o almacenar una marca específica y, por consiguiente, no se puede utilizar para fabricar o revender alternativas de forma rentable. En segundo lugar, debe ser una inversión a largo plazo no recuperable a corto plazo. Y, en tercer lugar, la inversión debe ser asimétrica, es decir, una parte debe invertir más que la otra. Cuando se reúnen estas condiciones, hay, por lo general, una buena razón para que exista una restricción vertical que se mantenga hasta que se deprecie la inversión. El tipo apropiado de restricción vertical será una cláusula de no competencia o la obligación de vender una cantidad determinada cuando la inversión la hace el proveedor y la distribución exclusiva, asignación exclusiva de clientes o suministro exclusivo cuando la hace el comprador.

- (5) «El problema específico de cautividad que se puede plantear en caso de transferencia de conocimientos técnicos sustanciales»: Una vez que se facilitan conocimientos técnicos no se pueden recuperar y es posible que el proveedor de estos conocimientos no desee que sean utilizados para o por sus competidores. En la medida en que el comprador no dispusiese con facilidad de los conocimientos técnicos y estos fuesen sustanciales e indispensables para la ejecución del acuerdo, esta transferencia puede justificarse una restricción del tipo de no competencia y no se encuadraría en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53.

- (6) «Economías de escala en la distribución». Para realizar economías de escala y, por consiguiente, lograr para su producto un precio minorista inferior, cabe la posibilidad de que el fabricante desee concentrar la reventa de su producto en un número reducido de distribuidores. Para ello podría recurrir a la distribución exclusiva, la obligación de venta de una cantidad fija en forma de un acuerdo de compra mínimo o la distribución selectiva que incluya esta condición o la compra exclusiva.

- (7) «Imperfecciones del mercado de capital». Los proveedores habituales de capital (bancos, mercados de capitales) pueden ofrecer capital de forma inferior a la óptima si cuentan con una información deficiente sobre la calidad del prestatario o si existe una base inadecuada para garantizar el préstamo. Cabe la posibilidad de que el comprador o proveedor cuente con una información más completa y esté en condiciones, mediante una relación exclusiva, de obtener mayor seguridad para su inversión. En caso de que el proveedor conceda el préstamo al comprador, ello puede conducir a la imposición a este último de una cláusula de no competencia o una obligación de compra de una cantidad determinada. Si es el comprador el que facilita el crédito al proveedor, ello puede ser la razón de que se aplique al proveedor una obligación de suministro exclusivo o de imposición de una cantidad obligatoria.

- (8) «Uniformidad y normalización de la calidad»: Una restricción vertical puede contribuir al incremento de las ventas mediante la creación de una imagen de marca, algo que aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad. Este fenómeno puede verse, por ejemplo, en la distribución selectiva y la franquicia.

- (117) Estas ocho situaciones contempladas en el apartado 116 ponen de relieve que, en determinadas condiciones, resulta probable que los acuerdos verticales contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de nuevos mercados y que ello puede compensar los posibles efectos negativos. En términos generales, se han de apoyar las restricciones verticales de duración limitada que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones. En ocasiones las restricciones verticales son necesarias siempre que el proveedor venda su producto al comprador (véanse especialmente las situaciones descritas en los puntos 1, 5, 6 y 8 del apartado 116).

(118) Existe un alto grado de intercambiabilidad entre las diferentes restricciones verticales, lo que implica que distintas restricciones verticales pueden resolver el mismo problema de ineficiencia. Así por ejemplo, las economías de escala en la distribución se pueden lograr utilizando la distribución exclusiva, la distribución selectiva, la imposición de una cantidad fija o la compra exclusiva. Este hecho es importante, dada la posibilidad de que los efectos negativos sobre la competencia difieran entre las distintas restricciones verticales, y se ha de tener en cuenta a la hora de determinar si son indispensables en el sentido de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 53.

### 1.3. Normas generales para la evaluación de las restricciones verticales

(119) Al evaluar las restricciones verticales desde el punto de vista de la política de competencia, cabe formular un cierto número de normas generales:

- (1) La mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia entre las distintas marcas resulta insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos. Desde un punto de vista conceptual, el poder de mercado puede definirse como la facultad de subir los precios por encima del nivel competitivo y, al menos a corto plazo, de obtener beneficios por encima de lo normal. Es posible que las empresas tengan un poder de mercado inferior al nivel de posición dominante en el mismo, que es el umbral para que se aplique el artículo 54. Cuando hay muchas empresas compitiendo en un mercado no concentrado, se puede suponer que las restricciones verticales no especialmente graves no tendrán unos efectos negativos notables. Se considera que un mercado no está concentrado si el índice HHI, es decir, la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado individuales de todas las empresas, es inferior a 1 000.
- (2) Por lo general, las restricciones verticales que reducen la competencia entre las marcas son más perniciosas que aquéllas que lo hacen en el interior de una única marca. Así por ejemplo, es probable que las cláusulas de no competencia produzcan más efectos negativos netos que la distribución exclusiva, dado que las primeras, al cerrar el mercado a otras marcas, pueden impedir que éstas lleguen al mercado. La distribución exclusiva, por su parte, aunque limita la competencia entre las marcas, no impide que los productos lleguen al consumidor final.
- (3) Las restricciones verticales incluidas en el grupo de la distribución limitada, en ausencia de competencia en el interior de una marca determinada, pueden restringir substancialmente la libre elección

de los consumidores. Estas restricciones son especialmente perniciosas si limitan el acceso a los distribuidores más eficaces o a los que posean un formato de distribución diferente. Ello puede reducir la innovación en la distribución y priva a los consumidores del servicio específico o de una combinación precio-servicio de estos distribuidores.

- (4) Los acuerdos exclusivos son, por lo general, más perniciosos para la competencia que los no exclusivos. Los acuerdos exclusivos hacen, mediante la redacción explícita del contrato o sus efectos prácticos, que una parte se abastezca total o casi totalmente de otra parte. Así por ejemplo, en el marco de una cláusula de no competencia, el comprador adquiere una sola marca, mientras que, por otro lado, la obligación de adquirir una cantidad determinada deja al comprador algún margen para adquirir bienes que compitan entre sí. Por consiguiente, el grado de exclusión del mercado puede ser menor con la obligación de adquirir una cantidad determinada.
- (5) Las restricciones verticales relativas a los bienes y servicios que no tienen marca son, por lo general, menos perniciosas que las que afectan a la distribución de bienes y servicios de marca. La marca tiende a aumentar la diferenciación entre productos y a reducir la posibilidad de sustitución de los mismos, lo que provoca una menor elasticidad de la demanda y una mayor posibilidad de incrementar los precios. A menudo, la distinción entre bienes o servicios de marca y sin marca coincidirá con la distinción entre bienes y servicios intermedios y bienes y servicios finales. Los bienes y servicios intermedios se venden a empresas para ser utilizados como insumo con vistas a producir otros bienes o servicios y, por lo general, no pueden reconocerse en los bienes o servicios finales. Los compradores de productos intermedios suelen ser clientes bien informados, capaces de reconocer la calidad y, por lo tanto, menos influidos por cuestiones como marca e imagen. Los bienes finales se venden, directa o indirectamente, a los consumidores finales, que, a menudo, se fijan más en la marca y la imagen. Habida cuenta de que los distribuidores (minoristas, mayoristas) han de responder a la demanda de los consumidores finales, cabe la posibilidad de que la competencia entre distribuidores se resienta más si se impide a determinados distribuidores vender una o varias marcas que si se prohíbe a los compradores de productos intermedios el acceso a productos competidores de determinadas fuentes de suministro. Las empresas que adquieren bienes o servicios intermedios cuentan, por lo general, con departamentos especializados o asesores que siguen la evolución del mercado de suministro. Los costes de búsqueda no son, por lo general, prohibitivos,

porque efectúan transacciones de gran magnitud. Por otra parte, la pérdida de competencia en el interior de la misma marca es menos importante en el nivel intermedio.

- (6) En general, la combinación de restricciones verticales potencia a menudo sus efectos negativos. Sin embargo, determinadas combinaciones de restricciones verticales son más beneficiosas para la competencia que si se aplican aisladamente. Así por ejemplo, en un sistema de distribución exclusiva, es posible que el distribuidor tenga la tentación de incrementar el precio de los productos al haberse reducido la competencia dentro de la misma marca. Estos incrementos de precios pueden limitar la utilización de una obligación de adquirir una cantidad determinada o el establecimiento de un precio máximo de reventa.
- (7) Los posibles efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados cuando varios proveedores y sus compradores organizan su actividad de modo similar. Estos efectos acumulativos, que así se llaman, pueden ser problemáticos en una serie de sectores.
- (8) Cuanta mayor transferencia de conocimientos técnicos implique la restricción vertical más motivos habrá para que se espere la aparición de eficiencias y más necesaria será una restricción vertical para proteger los conocimientos técnicos transferidos o los costes de inversión efectuados.
- (9) Cuanto más vinculada esté la restricción vertical a inversiones específicas a la relación contractual, más justificadas estarán determinadas restricciones verticales. La duración justificada dependerá del tiempo necesario para que la inversión se deprecie.
- (10) En caso de nuevo producto o de primera venta de un producto existente en un mercado geográfico diferente, para la empresa puede resultar difícil definir el mercado, o bien su cuota de mercado puede ser muy elevada. Sin embargo, ello no debe considerarse un problema grave, ya que las restricciones verticales relacionadas con la apertura de nuevos mercados de productos o geográficos, no restringen por lo general la competencia.

Esta norma es válida, con independencia de la cuota de mercado de la empresa, durante un periodo de dos años después de la primera introducción del producto en el mercado. Se aplica a todas las restricciones verticales que no sean especialmente graves y, en caso de nuevo mercado geográfico, a las restricciones a las ventas activas y pasivas impuestas a los compradores directos del proveedor situados en otros mercados a los

intermediarios del nuevo mercado. En caso de que se someta genuinamente a prueba un nuevo producto en un territorio limitado o en un grupo reducido de clientes, los distribuidores designados para la venta del nuevo producto en el mercado de prueba pueden ser objeto de restricción en su venta activa fuera del mercado de prueba durante un periodo máximo de un año sin caer en el ámbito del apartado 1 del artículo 53.

#### 1.4. Metodología de análisis

(120) La evaluación de una restricción vertical consta, por lo general, de las cuatro fases siguientes:

- (1) En primer lugar, las empresas interesadas deben definir el mercado de referencia a fin de determinar la cuota de mercado del proveedor o del comprador, en función de la restricción vertical de que se trate (véanse los apartados 88 a 99, en particular del 89 al 95).
- (2) Si la cuota de mercado de referencia no excede del umbral del 30 %, será aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en la Exención por Categorías, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y las condiciones establecidas en la misma.
- (3) Si la cuota de mercado de referencia es superior al umbral del 30 %, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53.
- (4) Si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53, debe examinarse si cumple las condiciones para la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 53.

##### 1.4.1. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

(121) Para evaluar los casos en que se supere el umbral de cuota de mercado del 30 %, el Órgano de Vigilancia de la AELC efectuará un análisis completo desde el punto de vista de la competencia. Los siguientes factores son los más importantes a la hora de determinar si un acuerdo vertical constituye una restricción apreciable a la competencia de conformidad con el apartado 1 del artículo 53:

- (a) posición de mercado del proveedor;
- (b) posición de mercado de los competidores;
- (c) posición de mercado del comprador;
- (d) obstáculos de entrada;
- (e) madurez del mercado;
- (f) nivel de intercambios;

- (g) naturaleza del producto;
- (h) otros factores.

(122) La importancia de cada factor puede variar según el caso y depende de los demás factores. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado por parte del proveedor constituye, por lo general, una clara indicación de su poder de mercado, pero puede no serlo en caso de que haya escasos obstáculos a la entrada. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas sobre la importancia de cada factor. No obstante, cabe señalar lo siguiente:

#### *Posición de mercado del proveedor*

(123) La posición de mercado del proveedor se determina, sobre todo, según su cuota de mercado en el mercado de producto y geográfico de referencia. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. La posición de mercado del proveedor se ve aún más fortalecida si goza de determinadas ventajas en cuanto a costes con respecto a sus competidores. Estas ventajas competitivas pueden ser consecuencia de ser empresa iniciadora (que dispone de la mejor ubicación, etc.), de poseer las patentes fundamentales, de disponer de mejor tecnología, de ser líder de marca o de contar con una cartera superior.

#### *Posición de mercado de los competidores*

(124) Los mismos indicadores, a saber, la cuota de mercado y las posibles ventajas competitivas, se emplean para describir la posición de mercado de los competidores. Cuanto más fuertes y más numerosos sean los competidores establecidos, menor será el riesgo de que el proveedor o comprador en cuestión puedan por sí solos cerrar el mercado y de que se reduzca la competencia entre marcas. Sin embargo, si el número de competidores se reduce considerablemente y su posición de mercado (tamaño, costes, potencial de I+D) es similar a grandes rasgos, esta estructura de mercado puede aumentar el riesgo de colusión. Cuotas de mercado fluctuantes o cambiantes son normalmente una indicación de la existencia de competencia.

#### *Posición de mercado del comprador*

(125) El poder de compra se deriva de la posición de mercado del comprador. El primer indicador del poder de compra es la cuota de mercado del comprador en el mercado de compras. Esta cuota refleja la importancia que tiene su demanda para sus posibles proveedores. Otros indicadores se basan en la posición del comprador en los niveles posteriores del mercado, incluidos aspectos tales como la extensión geográfica de sus comercios, las marcas propias del comprador/distribuidor y su imagen entre los consumidores finales. El efecto del poder de compra en la probabilidad de que se produzcan efectos anticompetitivos no es el mismo en todas las restriccio-

nes verticales. El poder de compra puede, entre otras cosas, incrementar los efectos negativos en caso de restricciones procedentes de los grupos de distribución limitada y reparto del mercado, tales como el suministro exclusivo, la distribución exclusiva y la distribución selectiva cuantitativa.

#### *Obstáculos a la entrada*

(126) Los obstáculos a la entrada se determinan por el grado en que las empresas ya presentes pueden aumentar su precio por encima del nivel de competencia, por lo general por encima del coste medio mínimo total y obtener beneficios superiores a lo normal sin atraer la entrada de otros competidores. De no haber obstáculos, una entrada fácil y rápida eliminaría estos beneficios. En la medida en que sea probable que la entrada efectiva, que impediría o erosionaría la consecución de beneficios por encima de lo normal, se produzca en un plazo de uno o dos años, se puede afirmar que los obstáculos de entrada son escasos.

(127) Los obstáculos a la entrada pueden ser resultado de muy diversos factores como economías de escala y gama, normativas públicas, en particular sobre derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual, propiedad de recursos en los que el suministro es limitado como consecuencia, por ejemplo, de limitaciones naturales<sup>(36)</sup>, instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa iniciadora y fidelidad a la marca por parte de los consumidores gracias a una publicidad intensa. Las restricciones verticales y la integración vertical pueden también actuar como obstáculo a la entrada, por dificultar el acceso y excluir a competidores (potenciales). Los obstáculos a la entrada pueden estar presentes sólo en el nivel de los proveedores, en el de los compradores o en ambos.

(128) Algunos de estos factores pueden considerarse obstáculos a la entrada; depende de su relación con los costes a fondo perdido. Se denominan costes a fondo perdido los costes en que debe incurrirse a fin de entrar o mantenerse activo en un mercado, pero que se pierden al abandonar el mismo. Los costes en publicidad para obtener la fidelidad del consumidor constituyen por lo general costes irrecuperables, a menos que la empresa, al abandonar el mercado, pueda vender su marca o utilizarla en otro mercado sin sufrir pérdidas. Cuanto mayor es el carácter irrecuperable de los costes, más cuidadosamente deben los potenciales participantes sopesar los riesgos que supone incorporarse al mercado, y los operadores ya establecidos disponen de más argumentos para hacer frente a la nueva competencia,

<sup>(36)</sup> Véase la Decisión de la Comisión 97/26/CE (asunto nº IV/M.619 Gencor/Lonrho), DO L 11 de 14.1.1997, p. 30.

pues debido a los costes irrecuperables les es gravoso abandonar el mercado. Por ejemplo, si los distribuidores están vinculados a un fabricante en virtud de obligaciones de no competencia, el efecto de exclusión será más acusado si para el potencial participante la creación de sus propios distribuidores supone incurrir en costes a fondo perdido.

- (129) En general, la entrada en el mercado comporta costes a fondo perdido, de mayor o menor cuantía. Por lo tanto, al evaluar un caso es en general más adecuado atender a la competencia real, cuya influencia es mayor que la de la competencia potencial.

#### *Madurez del mercado*

- (130) Un mercado maduro es un mercado que ha existido durante cierto tiempo, en el que la tecnología empleada es conocida, está extendida y no ha experimentado cambios importantes, en el que no se producen innovaciones de importancia en materia de marcas y la demanda se mantiene relativamente estable o en descenso. En un mercado de este tipo, los efectos negativos son más probables que en mercados más dinámicos.

#### *Nivel de intercambios*

- (131) El nivel de intercambios guarda relación con la distinción entre bienes y servicios intermedios y finales. Como ya se ha señalado, los efectos negativos son en general menos probables en el nivel de los bienes y servicios intermedios.

#### *Naturaleza del producto*

- (132) La naturaleza del producto es importante, especialmente en el caso de los productos finales, a la hora de evaluar los efectos probables, tanto positivos como negativos. A la hora de evaluar los probables efectos negativos, es importante saber si los productos en el mercado son homogéneos o heterogéneos, si el producto es costoso, si supone una proporción amplia del presupuesto del consumidor, si es barato, si es una compra única o si se compra en varias ocasiones. En general, cuando el producto es más heterogéneo, menos costoso y tiene mayor carácter de compra única, es más probable que las restricciones verticales tengan efectos negativos.

#### *Otros factores*

- (133) Al evaluar restricciones específicas, puede ser preciso atender a otros factores. Entre éstos puede figurar el efecto acumulativo, es decir, la cobertura del mercado por acuerdos similares, la duración de los acuerdos, si el acuerdo es «impuesto» (cuando sobre todo una parte está sometida a restricciones u obligaciones) o «acordado» (cuando ambas partes aceptan las restricciones u obligaciones), el entorno reglamentario y aquellos comporta-

mientos que puedan ocasionar o facilitar la colusión, como el liderazgo en materia de precios, los cambios de precios anunciados previamente y los debates sobre el precio «correcto», la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad, la discriminación de precios y el pasado comportamiento colusorio.

#### 1.4.2. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53

- (134) Existen cuatro condiciones acumulativas para la aplicación del apartado 3 del artículo 53:

- el acuerdo vertical debe contribuir a mejorar la producción o distribución o a fomentar el progreso técnico o económico;
- el acuerdo vertical debe permitir a los consumidores acceder a una participación equitativa en estos beneficios;
- el acuerdo vertical no debe imponer a las empresas de que se trata restricciones verticales que no sean indispensables para obtener estos beneficios;
- el acuerdo vertical no debe brindar a estas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

- (135) El último criterio de eliminación de la competencia en relación con una parte sustancial de los productos en cuestión está relacionado con la cuestión de dominio. En caso de que una empresa ocupe una posición dominante o vaya a alcanzar dicha posición a consecuencia del acuerdo vertical, no puede en principio aplicarse una excepción a una restricción vertical que tenga efectos anticompetitivos apreciables. Sin embargo, el acuerdo vertical puede quedar fuera del ámbito del apartado 1 del artículo 53, por ejemplo, cuando sea necesario para proteger inversiones específicas para determinadas relaciones o transferir conocimientos técnicos importantes sin los cuales no sea posible el suministro o adquisición de determinados bienes o servicios.

- (136) Si el proveedor y el comprador no ocupan una posición dominante, debe atenderse a los tres restantes criterios. El primero, relativo a la mejora de la producción o la distribución y al fomento del progreso técnico y económico, se refiere al tipo de eficiencias contemplado en los apartados 115 a 118. Estas eficiencias deben justificarse y producir un efecto positivo neto. No se aceptarán afirmaciones especulativas sobre prevención del parasitismo o declaraciones genéricas sobre ahorros de costes. Los ahorros de costes debidos al mero ejercicio del poder de mercado o a conductas anticom-

petitivas no pueden aceptarse. En segundo lugar, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor. En general, la transmisión de los beneficios a los consumidores dependerá de la intensidad de la competencia en el mercado correspondiente. Normalmente, las presiones competitivas garantizarán que los ahorros de costes se transmitan en forma de precios más bajos o que las empresas tengan un incentivo para incorporar nuevos productos al mercado lo más rápidamente posible. Por tanto, si se mantiene en el mercado una competencia suficiente que constriña de forma efectiva a las partes del acuerdo, el proceso competitivo, en principio, garantizará que los consumidores reciban una parte equitativa de los beneficios económicos. El tercer criterio servirá para garantizar que para obtener determinados efectos positivos se opte por la restricción menos anticompetitiva.

## 2. *Análisis de restricciones verticales específicas*

(137) Los acuerdos verticales pueden contener dos o más de los componentes de las restricciones verticales enumeradas en los apartados 103 a 114. Seguidamente se analizan las restricciones verticales más frecuentes y sus combinaciones siguiendo la metodología de análisis expuesta en los apartados 120 a 136.

### 2.1. **Marca única**

(138) Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera prácticamente todas sus necesidades a un solo proveedor. Esto no significa que el comprador sólo pueda comprar directamente al proveedor, sino que no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores. Los posibles riesgos de competencia residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia entre marcas dentro de los comercios. Estos tres efectos restrictivos tienen consecuencias directas para la competencia entre marcas.

(139) La marca única goza de exención con arreglo a la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el 30 %, con una limitación a 5 años en caso de obligación de no competencia. Por encima del umbral de cuota de mercado o superado el plazo de 5 años, se ofrecen las siguientes orientaciones para evaluar casos individuales.

(140) La «posición de mercado del proveedor» es de importancia primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las obligaciones de no competencia. En general, este tipo de obligación es impuesta por el proveedor, quien mantiene acuerdos similares con otros compradores.

(141) No sólo es importante la posición de mercado del proveedor, sino también el alcance y la duración de la obligación de no competencia. Cuanto mayor sea su cuota de mercado derivada de la obligación de marca única, más importante será probablemente la exclusión. En general, no se considera que las obligaciones de no competencia de duración inferior a un año acordadas por empresas no dominantes den lugar a efectos anticompetitivos apreciables o a efectos negativos netos. Las obligaciones de entre 1 y 5 años de duración acordadas entre empresas no dominantes requieren por lo general sopesar cuidadosamente los efectos favorables y los perjudiciales; en cambio, las obligaciones de no competencia de duración superior a cinco años, para la mayoría de los tipos de inversiones, no se consideran necesarias para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen. Las empresas dominantes no pueden imponer obligaciones de no competencia salvo en el supuesto de que puedan justificar objetivamente tal práctica comercial en el contexto del artículo 54.

(142) Para evaluar el poder del mercado del proveedor, es importante atender a la «posición de mercado de sus competidores». Si éstos son suficientemente numerosos y fuertes, no cabe prever un efecto anticompetitivo significativo. Sólo es probable que los proveedores competidores queden excluidos cuando sean significativamente más pequeños que el proveedor que aplica la obligación de no competencia. La exclusión de los competidores no es muy probable cuando ocupen posiciones de mercado similares y puedan ofrecer productos de atractivo similar. Sin embargo, en este caso, la exclusión puede afectar a los operadores potenciales si varios proveedores principales celebran contratos de no competencia con un número significativo de compradores en el mercado pertinente (situación de efecto acumulativo). Ésta es también una situación

en la que los acuerdos de no competencia pueden facilitar la colusión entre proveedores competidores. Si a cada uno de estos proveedores se les aplica la Exención por Categorías, puede ser necesaria una retirada de la Exención por Categorías a fin de resolver tal efecto negativo acumulativo. En general, no se considera que una cuota de mercado vinculada inferior al 5 % contribuye significativamente a un efecto de exclusión acumulativo.

- (143) En los casos en los cuales la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30 % y la de los cinco principales proveedores (CR5) se sitúa por debajo del 50 %, es improbable que se dé una situación de efecto anticompetitivo único o acumulativo. Si un operador potencial no puede penetrar en el mercado en condiciones de rentabilidad, es probable que ello se deba a factores distintos a las obligaciones de no competencia, tales como las preferencias del consumidor. No es previsible que surja un problema de competencia cuando, por ejemplo, cincuenta empresas, de las cuales ninguna tiene una cuota de mercado importante, compiten energicamente en un mercado dado.
- (144) Los «obstáculos a la entrada» son importantes a la hora de determinar si existe exclusión real. Cuando para los proveedores competidores sea relativamente fácil crear nuevos compradores o encontrar compradores alternativos para el producto, es poco probable que la exclusión constituya un problema real. Sin embargo, existen a menudo obstáculos a la entrada, tanto en el nivel de la fabricación como en el de la distribución.
- (145) El «poder de compensación» es pertinente, ya que no es fácil que compradores importantes se permitan quedar excluidos del suministro de bienes o servicios competidores. La exclusión no basada en la eficiencia y que tenga efectos perjudiciales para los consumidores finales supone, por tanto, un riesgo, principalmente en caso de compradores dispersos. No obstante, cuando se suscriben acuerdos de no competencia con compradores importantes, ello puede surtir un pronunciado efecto de exclusión.
- (146) Por último, «el nivel de intercambios» es pertinente para la exclusión. La exclusión es menos probable en el caso de los productos intermedios. Cuando el proveedor de un producto intermedio no es dominante, los proveedores competidores aún poseen una parte sustancial de la demanda «libre». Por debajo del nivel de posición dominante, no obstante, puede producirse un grave efecto de exclusión de competidores reales o potenciales en caso de efecto acumulativo. Es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave cuando esté vinculado menos del 50 % del mercado. Cuando el proveedor ocupe una posición dominante, cualquier obligación a comprar los productos, principal o exclusi-

vamente, al proveedor dominante puede llevar fácilmente a efectos de exclusión graves en el mercado. Cuanto más dominante sea su posición, mayor será el riesgo de exclusión de otros competidores.

- (147) En caso de que el acuerdo se refiera al suministro de un producto final en el nivel mayorista, la probabilidad de que surjan problemas de competencia por debajo del nivel de posición dominante depende en gran medida del tipo de actividad mayorista y de los obstáculos a la entrada en este nivel. No hay un riesgo real de exclusión cuando fabricantes competidores pueden organizar fácilmente sus propias actividades mayoristas. Si los obstáculos a la entrada son o no escasos es cuestión que depende en parte del tipo de actividad mayorista, es decir, de si los mayoristas pueden operar o no con eficiencia únicamente con el producto contemplado en el acuerdo (por ejemplo, helados) o si es más eficaz operar con toda una gama de productos (por ejemplo, alimentos congelados). En este último caso, para el fabricante que vende sólo un producto no es eficiente establecer sus propias actividades mayoristas. En este caso pueden aparecer efectos anticompetitivos por debajo del nivel de posición dominante. También pueden aparecer problemas de efecto acumulativo si varios proveedores vinculan a la mayoría de los mayoristas disponibles.
- (148) Tratándose de productos finales, por lo general es más probable que se produzca exclusión en el nivel minorista, dados los significativos obstáculos a la entrada que deben afrontar la mayoría de los fabricantes a la hora de crear comercios únicamente para sus productos propios. Además, es en el nivel minorista donde los acuerdos de no competencia pueden reducir la competencia entre marcas dentro de los comercios. Por estos motivos y habida cuenta de los demás factores pertinentes, pueden producirse efectos anticompetitivos importantes relacionados con los productos finales en el nivel minorista cuando un proveedor no dominante vincula el 30 % o una cuota superior del mercado de referencia. En el caso de una empresa dominante, es probable que incluso una modesta cuota de mercado vinculada dé lugar a efectos anticompetitivos graves. Cuanto más dominante sea la posición, mayor será el riesgo de exclusión de otros competidores.
- (149) También puede plantearse un efecto de exclusión acumulativo en el nivel minorista. Cuando todas las empresas poseen cuotas de mercado situadas por debajo del 30 %, es poco probable que se produzca un efecto de exclusión acumulativo si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 40 %, y la retirada de la Exención por Categorías es, por tanto, poco probable. Esta cifra puede ser más alta si se atiende a otros factores, tales como el número de competidores, los obstáculos a la entrada,

- etc. Cuando no todas las empresas poseen cuotas de mercado por debajo del umbral de la Exención por Categorías, pero ninguna es dominante, es poco probable que aparezca un efecto acumulativo de exclusión si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 30 %.
- (150) En caso de que el comprador realice sus actividades en locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o alquilados por éste a un tercero no vinculado con el comprador, la posibilidad de imponer soluciones efectivas a un posible efecto de exclusión serán limitadas. En este caso, es improbable la intervención del Órgano de Vigilancia de la AELC por debajo del nivel de posición dominante.
- (151) En determinados sectores, la venta de más de una marca a un único establecimiento puede resultar muy difícil, en cuyo caso el problema de exclusión puede solucionarse mejor limitando la duración efectiva de los contratos.
- (152) Es previsible que la denominada «cláusula inglesa», que obliga al comprador a informar de cualquier oferta mejor y únicamente le permite aceptar tal oferta cuando el proveedor no pueda hacer una oferta semejante, tenga el mismo efecto que una obligación de no competencia, especialmente cuando el comprador debe revelar quién hace la mejor oferta. Además, al incrementar la transparencia del mercado, puede facilitar la colusión entre proveedores. Una cláusula inglesa también puede funcionar como imposición de cantidades. La imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor. La imposición de cantidades puede, por ejemplo, adoptar la forma de obligaciones de compras mínimas o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por fidelidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad). La imposición de cantidades al comprador tiene efectos de exclusión similares pero más atenuados que una obligación de no competencia. La evaluación de todas estas diversas formas dependerá de su efecto en el mercado. Además, el artículo 54 impide expresamente a las empresas dominantes emplear cláusulas inglesas o sistemas de rebajas por fidelidad.
- (153) Cuando se acredita la presencia de efectos anticompetitivos considerables se plantea la cuestión de una posible exención con arreglo al apartado 3 del artículo 53, siempre y cuando el proveedor no ocupe una posición dominante. Para las obligaciones de no competencia, pueden ser especialmente pertinentes las eficiencias descritas en los puntos 1 (parasitismo entre proveedo-
- res), 4, 5 (problemas de cautividad) y 7 (imperfecciones del mercado de capitales) del apartado 116.
- (154) En el caso de una eficiencia como las descritas en los puntos 1, 4 y 7 del apartado 116, la imposición de cantidades al comprador podría quizás constituir una alternativa menos restrictiva. Una obligación de no competencia puede ser la única manera viable de lograr una eficiencia como las contempladas en el punto 5 del apartado 116 (problema de cautividad relacionado con la transferencia de conocimientos técnicos).
- (155) En el caso de una inversión del proveedor ligada específicamente a la relación (eficiencia 4 del apartado 116), un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades durante el periodo de depreciación de la inversión cumplirá por lo general las condiciones del apartado 3 del artículo 53. En caso de inversiones de importe elevado ligadas específicamente a la relación, una obligación de no competencia que exceda de cinco años podrá estar justificada. Una inversión específicamente ligada a la relación podría ser, por ejemplo, la instalación o adaptación de los equipos por parte del proveedor cuando después dichos equipos sólo puedan ser utilizados para producir componentes destinados a un comprador determinado. En principio, las inversiones genéricas o relativas al mercado en capacidad (adicional) no son inversiones específicamente ligadas a la relación. No obstante, cuando un proveedor crea capacidad nueva ligada específicamente a las actividades de un comprador determinado, por ejemplo una empresa que produce envases metálicos que crea capacidad nueva para producir estos bienes en los locales de un fabricante de alimentos o cerca de las instalaciones de envases de tal fabricante de alimentos, esta capacidad nueva sólo será viable desde el punto de vista económico cuando produzca para este cliente concreto, en cuyo caso la inversión se consideraría específicamente ligada a la relación.
- (156) Cuando el proveedor concede al comprador un préstamo o le proporciona equipos no específicamente ligados a la relación, esta operación en sí misma no será suficiente, en principio, para justificar la exención de un efecto de exclusión en el mercado. Los casos de imperfección del mercado de capitales, cuando conceder un préstamo es más eficiente para el proveedor de un producto que para un banco, serán limitados (eficiencia 7 del apartado 116). Aun cuando el proveedor del producto resultara ser el proveedor de capital más eficiente, un préstamo sólo podría justificar una obligación de no competencia si no se impide al comprador rescindir la obligación de no competencia y reembolsar el importe pendiente del préstamo en cualquier momento y sin penalización. Esto significa que el reembolso del préstamo debería estructurarse en tramos iguales o decrecientes, sin incrementos a lo largo del tiempo, y que el comprador debería tener la posibilidad de hacerse cargo de los equipos proporcionados por el proveedor a su valor de activo en el mercado. Esto se entiende sin perjuicio de la posibilidad, por ejemplo en el caso de un nuevo punto de venta, de aplazar el pago durante el primer año o los dos primeros años hasta que las ventas hayan alcanzado un determinado nivel.

(157) La transferencia de conocimientos técnicos sustanciales (eficiencia 5 del apartado 116) justifica generalmente una obligación de no competencia para toda la duración del acuerdo de suministro, como, por ejemplo, en una situación de franquicia.

(158) Por debajo del grado de posición dominante, la combinación de la no competencia con la distribución exclusiva también puede justificar que la primera abarque toda la duración del acuerdo. En este último caso, la obligación de no competencia es probable que mejore los esfuerzos de distribución del distribuidor exclusivo en su territorio (véanse los apartados 161 a 177).

(159) Ejemplo de no competencia:

El líder del mercado nacional de un producto de consumo impulsivo, con una cuota de mercado del 40 %, vende la mayor parte de su producto (el 90 %) a través de minoristas vinculados (cuota de mercado vinculada del 36 %). Los acuerdos obligan a los minoristas a adquirir exclusivamente al líder de mercado durante un periodo mínimo de cuatro años. El líder de mercado está más representado en las zonas más densamente pobladas, como la capital. Sus competidores, en total 10, de los cuales algunos sólo existen a nivel local, poseen cuotas de mercado mucho más pequeñas; el mayor posee un 12 %. Estos 10 competidores venden juntos otro 10 % del mercado a través de comercios vinculados. Existe una acusada diferenciación de marcas y productos en el mercado. El líder de mercado posee las marcas más fuertes. Es el único que lleva a cabo con regularidad campañas publicitarias nacionales. Suministra a sus minoristas vinculados arcones de almacenamiento especiales para su producto.

El resultado es que, en total, el 46 % (36 % + 10 %) del mercado resulta inaccesible para los operadores potenciales y para los operadores existentes que no cuentan con comercios vinculados. Los operadores potenciales encuentran aún más dificultades en las áreas de mayor densidad de población, donde la exclusión es aún mayor pese a ser allí donde preferirían acceder al mercado. Además, debido a la fuerte diferenciación de marcas y productos y a los elevados costes de búsqueda en relación con el precio del producto, la ausencia de competencia entre marcas dentro de los comercios supone una pérdida adicional de bienestar para los consumidores. Las eficiencias de la exclusividad de los comercios, que según el líder del mercado se derivan de los menores costes de transporte y del posible problema de cautividad en relación con los arcones de almacenamiento, son limitadas e inferiores a los efectos negativos en la competencia. Las eficiencias son limitadas, ya que los costes de transporte están relacionados con la cantidad, no con la exclusividad, y los arcones de almacenamiento no implican conocimientos técnicos

especiales y no son de marca específica. Por lo tanto, no es probable que se cumplan las condiciones para obtener una exención.

(160) Ejemplo de imposición de cantidades:

Un productor X, con una cuota de mercado del 40 %, vende el 80 % de su producción mediante contratos en los que se especifica que el revendedor debe comprar al menos el 75 % de sus necesidades de este producto a X. A cambio, X ofrece financiación y equipos a precios favorables. Los contratos tienen una duración de cinco años, y está previsto que el reembolso de los préstamos se haga en tramos iguales. No obstante, tras los dos primeros años de vigencia del contrato, los compradores tienen la posibilidad de rescindir el contrato con un plazo de preaviso de seis meses si reembolsan el préstamo pendiente y se hacen cargo del equipo a su valor de activo en el mercado. Al final del periodo de cinco años, el equipo pasa a ser propiedad del comprador. La mayoría de los productores son pequeñas empresas, en total doce, de las cuales la mayor posee una cuota de mercado del 20 %, que tienen contratos similares de duraciones diversas. Los productores con cuotas de mercado por debajo del 10 % a menudo suscriben contratos de mayor duración y cláusulas de rescisión menos generosas. Los contratos del productor X dejan libre un 25 % de la demanda para su suministro por los competidores. En los últimos tres años, dos nuevos productores han penetrado en el mercado y adquirido una cuota de mercado combinada de alrededor del 8 %, en parte haciéndose cargo de los préstamos de una serie de revendedores a cambio de la suscripción de contratos con éstos.

La cuota de mercado vinculada del productor X es del 24 % ( $0,75 \times 0,80 \times 40$  %). La cuota de mercado vinculada de los demás productores es de alrededor del 25 %. Por tanto, en total, alrededor del 49 % del mercado es inaccesible para los competidores potenciales y para los operadores que no tienen comercios vinculados por lo menos durante los primeros dos años de vigencia de los contratos de suministro. El mercado muestra que, a menudo, los revendedores tienen dificultades para obtener préstamos de los bancos y, en general, son empresas demasiado pequeñas para obtener financiación por otros medios, por ejemplo, mediante la emisión de acciones. Además, el productor X puede demostrar que una concentración de sus ventas entre un número limitado de revendedores le permite planificar mejor sus ventas y ahorrar en costes de transporte. Teniendo en cuenta el 25 % de libre disposición en los contratos del productor X, la posibilidad real de una rescisión anticipada del contrato, la reciente entrada de nuevos productores y el hecho de que alrededor de la mitad de los revendedores no tiene este tipo de vinculación, es probable que la imposición de cantidades de hasta el 75 % aplicada por el productor X cumpla los requisitos para obtener una exención.

## 2.2. Distribución exclusiva

- (161) En un acuerdo de distribución exclusiva, el proveedor acepta vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Al mismo tiempo, suele limitarse la venta activa del distribuidor en otros territorios asignados en exclusiva. Los posibles riesgos de competencia residen principalmente en la menor competencia dentro de una misma marca y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Si todos o la mayoría de los proveedores aplican la distribución exclusiva, ello puede facilitar la colusión, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores.
- (162) La distribución exclusiva queda exenta por la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no rebasa el 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves; por ejemplo, no competencia limitada a cinco años, imposición de cantidades o compra exclusiva. La combinación de la distribución exclusiva con la distribución selectiva sólo queda exenta por la Exención por Categorías si la venta activa en otros territorios no está restringida. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, se ofrecen las siguientes directrices para evaluar casos concretos de distribución exclusiva.
- (163) La posición de mercado del proveedor y de sus competidores es de importancia primordial, ya que la pérdida de competencia dentro de una misma marca únicamente puede ser problemática si la competencia entre marcas es reducida. Cuanto más fuerte sea la «posición del proveedor», tanto más importante será la pérdida de competencia dentro de una misma marca. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, puede plantearse un riesgo de reducción significativa de la competencia dentro de una misma marca. Para poder aplicar una exención, la pérdida de competencia dentro de la marca debe compensarse mediante eficiencias reales.
- (164) La «posición de los competidores» puede tener un doble significado. En general, si los competidores son fuertes, la reducción de la competencia dentro de las marcas se ve compensada por una suficiente competencia entre marcas. Sin embargo, si el número de competidores se reduce considerablemente y su posición de mercado en términos de cuota de mercado, capacidad y red de distribución es similar a grandes rasgos, existe un riesgo de colusión. La pérdida de competencia dentro de las marcas puede incrementar este riesgo, especialmente cuando varios proveedores gestionan sistemas de distribución similares. Los acuerdos múltiples de distribución exclusiva, es decir, cuando varios proveedores designan al mismo distribuidor exclusivo en un determinado territorio, pueden incrementar aún más el riesgo de colusión. Si se concede a un distribuidor autorizado el derecho exclusivo a distribuir dos o más productos importantes que compiten en el mismo territorio, es probable que la competencia se reduzca entre estas marcas. Cuanto mayor sea la cuota de mercado acumulada de las marcas distribuidas por el distribuidor múltiple autorizado, mayor será el riesgo de colusión y más se reducirá la competencia entre marcas. Estas situaciones de efectos acumulativos pueden constituir un motivo para retirar el beneficio de la Exención por Categorías aun cuando las cuotas de mercado de los proveedores estén por debajo del umbral establecido en la misma.
- (165) Los «obstáculos a la entrada», que pueden impedir a los proveedores crear nuevos distribuidores o encontrar distribuidores alternativos, son menos importantes a la hora de evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. La exclusión de otros proveedores no surge en tanto la distribución exclusiva no se combine con una marca única.
- (166) La exclusión de otros distribuidores no constituye problema alguno cuando el proveedor que gestiona el sistema exclusivo de distribución designa a un número elevado de distribuidores exclusivos en el mismo mercado y no se restringe a éstos la venta a otros distribuidores no designados. No obstante, la exclusión de otros distribuidores puede convertirse en un problema en caso de «poder de compra» y poder de mercado en los niveles inferiores del mercado, especialmente en caso de territorios muy grandes, cuando el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado. Serviría de ejemplo el caso de una cadena de supermercados que se convierte en el único distribuidor de una marca que ocupa una posición de liderazgo en un mercado nacional de alimentación al por menor. La exclusión de otros distribuidores puede verse agravada en caso de acuerdos múltiples de distribución exclusiva. Este tipo de casos, acogidos al beneficio de la Exención por Categorías si la cuota de mercado de cada proveedor es inferior al 30 %, pueden justificar la retirada de la Exención por Categorías.
- (167) Asimismo, el poder de compra puede incrementar el riesgo de colusión por lo que respecta a los compradores, si compradores importantes, posiblemente establecidos en territorios distintos, imponen acuerdos de distribución exclusiva a uno o varios proveedores.

- (168) La «madurez del mercado» es importante, ya que la pérdida de competencia dentro de las marcas y la discriminación de precios pueden representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultar menos grave en un mercado con una demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado en transformación.
- (169) El «nivel de intercambios» es importante, pues los posibles efectos negativos pueden diferir entre el nivel mayorista y el minorista. La distribución exclusiva se aplica principalmente a la distribución de bienes y servicios finales. La pérdida de competencia dentro de las marcas es especialmente probable en el nivel minorista si se combina con territorios grandes, ya que los consumidores finales dispondrán de pocas posibilidades de elección entre un distribuidor de precio elevado y servicio de calidad y otro de precio bajo y servicio de menos calidad en una marca importante.
- (170) Un fabricante que elige a un mayorista para que sea su distribuidor exclusivo lo hace, por lo general, en relación con un territorio mayor, como puede ser todo un Estado del EEE. En tanto el mayorista pueda vender el producto sin limitaciones a minoristas de los niveles inferiores del mercado, no es probable que haya efectos anticompetitivos apreciables, siempre y cuando el fabricante no sea dominante. La posible pérdida de competencia dentro de las marcas en el nivel mayorista puede compensarse fácilmente por las eficiencias obtenidas en logística, promoción, etc., sobre todo cuando el fabricante está establecido en un país diferente. La exclusión de otros mayoristas en ese territorio no es probable, pues un proveedor con una cuota de mercado superior al 30 % posee en general capacidad de negociación suficiente para no elegir a un mayorista menos eficiente. Los posibles riesgos de los acuerdos múltiples de distribución exclusiva para la competencia entre marcas son, sin embargo, mayores en el nivel mayorista que en el minorista.
- (171) La combinación de la distribución exclusiva con la marca única puede suponer el problema añadido de la exclusión de otros proveedores del mercado, sobre todo en caso de que exista una densa red de distribuidores exclusivos en territorios pequeños, o en caso de efecto acumulativo. Esto puede hacer necesaria la aplicación de los principios anteriormente expuestos sobre la marca única. Sin embargo, cuando la combinación no lleva a una exclusión significativa, la combinación de la distribución exclusiva con la marca única puede favorecer la competencia por aumentar los incentivos para que el distribuidor exclusivo centre sus esfuerzos en una marca en particular. Por lo tanto, en ausencia de tal efecto de exclusión, la combinación de la distribución exclusiva con la no competencia puede gozar de exención para toda la duración del acuerdo y, en particular, en el nivel mayorista.
- (172) La combinación de la distribución exclusiva con la compra exclusiva incrementa los posibles riesgos de una menor competencia dentro de las marcas y de partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. La distribución exclusiva ya limita el arbitraje de los clientes, al limitar el número de distribuidores, y también suele restringir la libertad de los distribuidores en lo que respecta a la venta activa. La compra exclusiva, que obliga a los distribuidores exclusivos a adquirir directamente al fabricante sus suministros de una determinada marca, elimina además el posible arbitraje de los distribuidores exclusivos, a quienes se impide comprar a otros distribuidores del sistema. Esto aumenta las posibilidades de que el proveedor limite la competencia dentro de las marcas aplicando al mismo tiempo condiciones de venta desiguales. Por tanto, es poco probable que la combinación de la distribución exclusiva con la compra exclusiva pueda beneficiarse de una exención en el caso de los proveedores con una cuota de mercado superior al 30 %, a menos que existan eficiencias muy claras y sustanciales que lleven a precios más bajos para todos los consumidores finales. La falta de tales eficiencias puede ocasionar también la retirada de la exención por categorías, cuando la cuota de mercado del proveedor sea inferior al 30 %.
- (173) La «naturaleza del producto» no constituye un aspecto muy importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. Sí lo es, sin embargo, cuando se analiza la cuestión de las posibles eficiencias, esto es, una vez acreditada la existencia de un efecto anticompetitivo apreciable.
- (174) La distribución exclusiva puede conducir a eficiencias, sobre todo cuando se requieran inversiones de los distribuidores para proteger o crear la imagen de marca. En general, se dan más eficiencias en nuevos productos, en productos complejos, en productos cuyas cualidades sean difíciles de determinar antes del consumo (los llamados «productos de experiencia») o incluso después del consumo (los llamados «productos de confianza»). Además, la distribución exclusiva puede permitir ahorros de costes logísticos gracias a economías de escala en el transporte y la distribución.
- (175) Ejemplo de distribución exclusiva en el nivel mayorista:
- A es líder del mercado de un bien de consumo duradero. A vende su producto a través de mayoristas exclusivos. Los territorios de los mayoristas corresponden a todo el Estado en los Estados del EEE más pequeños y a una región en los Estados del EEE de mayor tamaño. Estos distribuidores exclusivos se ocupan de las ventas en sus territorios a todos los minoristas. No venden a los consumidores finales. Los mayoristas son responsables de la promoción en sus mercados. Esto incluye el

patrocinio de acontecimientos locales, pero también explicar y promocionar los nuevos productos entre los minoristas de sus territorios. La tecnología y los productos innovadores se están desarrollando con bastante rapidez en este mercado y el servicio preventa a los minoristas y los consumidores finales desempeña un papel importante. Los mayoristas no están obligados a comprar todos los productos de la marca del proveedor A al propio productor y el arbitraje por los mayoristas o los minoristas es viable, pues los costes de transporte son relativamente bajos en comparación con el valor del producto. Los mayoristas no tienen obligaciones de no competencia. Los minoristas también venden varias marcas de proveedores competidores y no existen acuerdos exclusivos o selectivos de distribución en el nivel minorista. En el mercado EEE de ventas a los mayoristas, A posee una cuota de mercado de alrededor del 50 %. Su cuota de mercado en los distintos mercados minoristas nacionales oscilaría entre el 40 % y el 60 %. A tiene entre 6 y 10 competidores en cada mercado nacional: B, C y D son los principales, y están también presentes en cada mercado nacional, con cuotas de mercado que varían entre el 20 % y el 5 %. Los restantes productores son nacionales, con cuotas de mercado inferiores. B, C y D cuentan con redes de distribución similares, mientras que los productores locales tienden a vender sus productos directamente a los minoristas.

En el mercado al por mayor descrito anteriormente, el riesgo de menor competencia dentro de las marcas y de discriminación de precios es escaso. No se impide el arbitraje, y la ausencia de competencia dentro de las marcas no es excesivamente pertinente en el nivel mayorista. En el nivel minorista no se impide la competencia dentro de las marcas ni entre marcas. Por otra parte, la competencia entre marcas apenas se ve afectada por acuerdos exclusivos en el nivel mayorista. Esto hace que, si existen efectos anticompetitivos, sea probable que se cumplan las condiciones para obtener una exención.

(176) Ejemplo de acuerdos múltiples de distribución exclusiva en un mercado oligopolístico:

En el mercado nacional de un producto final, existen cuatro líderes de mercado, cada uno de los cuales posee una cuota de alrededor del 20 %. Estos cuatro líderes de mercado venden su producto a través de distribuidores exclusivos en el mercado minorista. Se ofrece a los minoristas un territorio exclusivo, que corresponde a la ciudad en que están situados, o a un distrito de la ciudad en el caso de las grandes ciudades. En la mayor parte de los territorios, los cuatro líderes de mercado designan al mismo minorista exclusivo («acuerdo múltiple»), a menudo situado en el centro y preferentemente especializado en el producto. El 20 % del mercado nacional restante está integrado por pequeños productores

locales, el mayor de los cuales posee una cuota del 5 % en el mercado nacional. En general, estos productores locales venden sus productos a través de otros minoristas, en particular debido a que los distribuidores exclusivos de los cuatro mayores proveedores muestran en general poco interés por vender estas marcas menos conocidas y más baratas. Existe una acusada diferenciación de marcas y productos en el mercado. Los cuatro líderes de mercado realizan grandes campañas publicitarias nacionales y poseen sólidas imágenes de marca, mientras que los productores marginales no hacen publicidad de sus productos en el ámbito nacional. El mercado es bastante maduro, con una demanda estable y sin innovaciones importantes en producto ni en tecnología. El producto es relativamente simple.

En un mercado oligopolístico como éste, existe un riesgo de colusión entre los cuatro líderes de mercado. Este riesgo se ve incrementado por los acuerdos múltiples. La competencia dentro de las marcas está limitada por la exclusividad territorial. La competencia entre las cuatro marcas principales es reducida en el nivel minorista, ya que un minorista fija el precio de las cuatro marcas en cada territorio. El acuerdo de distribución múltiple supone que, si un productor rebaja el precio de su marca, el minorista no estará dispuesto a transmitir este recorte de precios al consumidor final, pues ello reduciría sus ventas y los beneficios resultantes de las ventas de las demás marcas. Por tanto, los productores tendrán menos interés por entrar en una competencia de precios entre sí. La competencia de precios entre marcas existe principalmente en los bienes con escasa imagen de marca de los productores marginales. Los posibles argumentos sobre la eficiencia de los distribuidores exclusivos (comunes) son escasos: el producto es relativamente simple, la reventa no requiere inversiones específicas ni formación y la publicidad se efectúa principalmente en el nivel de los productores.

Si bien cada uno de los líderes de mercado posee una cuota inferior al umbral, es posible que no se justifique la exención de conformidad con el apartado 3 del artículo 53 y que sea necesario retirar la Exención por Categorías.

(177) Ejemplo de distribución exclusiva combinada con compra exclusiva:

El fabricante A es líder en el mercado del EEE de un bien de consumo voluminoso y duradero, con una cuota de mercado de entre el 40 % y el 60 % en la mayor parte de los mercados minoristas nacionales. En cada Estado del EEE tiene unos 7 competidores con cuotas de mercado muy inferiores, el mayor de los cuales alcanza una cuota del 10 %. Estos competidores únicamente están presentes en uno o dos mercados nacionales. A través de sus filiales nacionales, A vende su producto a distribuidores exclusivos en el mercado minorista, quienes no están autorizados a realizar ventas activas en los

territorios de los demás. Además, los minoristas están obligados a adquirir los productos del fabricante A exclusivamente a la filial nacional del fabricante A en su país respectivo. Los minoristas que venden la marca del fabricante A son los principales revendedores de ese tipo de producto en su territorio. Gestionan marcas de la competencia, pero con diversos grados de éxito y aceptación. A aplica diferencias de precios de entre un 10 % y un 15 % según los mercados y diferencias más pequeñas dentro de cada uno de ellos. Esto se traduce en que las diferencias de precios son más pequeñas en el nivel minorista. El mercado es relativamente estable por lo que respecta a la demanda y la oferta, y no se producen cambios tecnológicos de importancia.

En estos mercados, la pérdida de competencia dentro de las marcas no sólo obedece a la exclusividad territorial en el nivel minorista, sino que además se ve agravada por la obligación de compra exclusiva impuesta a los minoristas. La obligación de compra exclusiva ayuda a mantener los mercados y territorios separados al imposibilitar el arbitraje entre los minoristas exclusivos. Los minoristas exclusivos tampoco pueden realizar ventas activas en los territorios de los demás y en la práctica tienden a evitar la distribución en otros territorios, lo que hace posible que se produzcan discriminaciones de precios. El arbitraje por consumidores o comerciantes independientes se ve limitado por el volumen del producto.

Es improbable que los posibles beneficios de eficiencia de este sistema, relacionados con economías de escala en transporte y costes de promoción en el nivel de los minoristas, compensen el efecto negativo de la discriminación de precios y la menor competencia dentro de las marcas. Por tanto, es improbable que se cumplan las condiciones para obtener una exención.

### 2.3. Asignación de cliente exclusivo

(178) En un acuerdo de asignación de cliente exclusivo, el proveedor acuerda vender sus productos solamente a un distribuidor para la reventa a una categoría particular de clientes. Al mismo tiempo, el distribuidor se ve generalmente limitado en su venta activa a otras categorías de clientes asignadas en exclusiva. Los posibles riesgos de competencia residen principalmente en la menor competencia dentro de las marcas y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Cuando todos o la mayoría de los proveedores practican una asignación de cliente exclusivo, la colusión puede verse facilitada, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores.

(179) La asignación de cliente exclusivo goza de dispensa en virtud de la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no supera el umbral del 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, como por ejemplo con obligaciones de no competencia, imposición de cantidades o compra exclusiva. Por lo general, una combinación de la asignación de cliente exclusivo con la distribución selectiva es especialmente grave, ya que la venta activa a los usuarios finales por los distribuidores designados habitualmente no es libre. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, la orientación facilitada en el apartado anterior respecto de la distribución exclusiva se aplica *mutatis mutandis* para evaluar la asignación de cliente exclusivo, sin perjuicio de las observaciones específicas que figuran a continuación.

(180) La asignación de clientes suele dificultar el arbitraje por parte de éstos. Además, como cada distribuidor designado posee su propia categoría de clientes, los distribuidores no designados, no incluidos en esta categoría, pueden sufrir dificultades para obtener el producto. Esto reduce el posible arbitraje por los distribuidores no designados. Por tanto, por encima del umbral de cuota de mercado del 30 % de la Exención por Categorías, es poco probable la exención de la asignación de cliente exclusivo, salvo en caso de efectos de eficiencia claros y sustanciales.

(181) La asignación de cliente exclusivo se aplica principalmente a los productos intermedios y en el nivel mayorista cuando atañe a productos finales, en cuyo caso pueden distinguirse grupos de clientes con demandas específicas diferentes en cuanto al producto.

(182) La asignación de cliente exclusivo puede permitir eficiencias, sobre todo en caso de que se requieran inversiones de los distribuidores, por ejemplo, en equipos específicos, técnicas o conocimientos para adaptarse a las necesidades de su tipo de clientes. El periodo de depreciación de estas inversiones indica la duración justificada de un sistema de asignación de cliente exclusivo. En general, se dan más eficiencias en nuevos productos, en productos complejos y en productos que deban adaptarse a las necesidades del cliente concreto. Es más probable que puedan determinarse necesidades diferenciadas en el caso de productos intermedios, es decir, productos vendidos a tipos diferentes de compradores profesionales. En consecuencia, es improbable que la asignación de consumidores finales permita lograr eficiencia alguna y disfrute por ello de una exención.

(183) Ejemplo de asignación de cliente exclusivo:

Una empresa ha desarrollado una instalación sofisticada de extinción por aspersión. La empresa posee actualmente una cuota del 40 % en el mercado de instalaciones de extinción por aspersión. Cuando empezó a vender este producto avanzado, contaba ya con una cuota de mercado del 20 % con un producto más antiguo. La instalación del nuevo tipo de extintor pos aspersión depende del tipo de edificio en que se instale y el uso del mismo (oficinas, fábricas de productos químicos, hospitales, etc.). La empresa ha designado a varios distribuidores para vender y e instalar los aparatos de rociado. Cada distribuidor ha debido formar a sus empleados en los aspectos generales y específicos de la instalación de rociado para cada categoría particular de clientes. A fin de garantizar que los distribuidores se especialicen, la empresa ha asignado a cada uno de ellos una categoría exclusiva de clientes y les ha prohibido las ventas activas a las categorías exclusivas de clientes asignadas a los demás distribuidores. Transcurridos cinco años, se permitirá a todos los distribuidores exclusivos vender activamente a todas las categorías de clientes, de modo que terminará el sistema de asignación de cliente exclusivo. El proveedor podrá entonces empezar por su parte a vender a nuevos distribuidores. El mercado es muy dinámico, con dos entradas recientes y una serie de avances tecnológicos. Los competidores, con cuotas de mercado situadas entre el 25 % y el 5 %, también están modernizando sus productos.

Dado que la exclusividad es de duración limitada y permite garantizar que los distribuidores puedan recuperar sus inversiones y concentrar primero sus esfuerzos de venta en una determinada categoría de clientes a fin de aprender a desenvolverse en este sector, y dado que los posibles efectos anticompetitivos resultan limitados por tratarse de un mercado dinámico, es probable que se cumplan las condiciones para obtener una exención.

#### 2.4. Distribución selectiva

(184) Los acuerdos de distribución selectiva, como los acuerdos de distribución exclusiva, restringen, por una parte, el número de distribuidores autorizados, y, por otra, las posibilidades de reventa. La diferencia con la distribución exclusiva reside en que la restricción del número de distribuidores autorizados no depende del número de territorios, sino de criterios de selección relacionados, en primer lugar, con la naturaleza de los productos. Otra diferencia radica en que la restricción de la reventa no consiste en una restricción de las ventas activas en un territorio, sino en una restricción de todo tipo de venta a distribuidores no autorizados, de modo que tan sólo quedan como posibles compradores los distribuidores designados y los clientes finales. Casi siempre se utiliza una distribución selectiva para distribuir bienes o servicios finales de marca.

(185) Los posibles riesgos residen en una menor competencia dentro de las marcas y, sobre todo en caso de efecto acumulativo, la exclusión de un determinado tipo o tipos de distribuidores y la mayor facilidad de la colusión entre proveedores o compradores. A la hora de evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva con arreglo al apartado 1 del artículo 53, debe hacerse una distinción entre la distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa. En la distribución selectiva puramente cualitativa se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en virtud de criterios objetivos necesarios por la naturaleza de los productos, tales como la formación del personal de venta, el servicio prestado en el punto de venta, la venta de una determinada gama de productos, etc.<sup>(37)</sup>. La aplicación de estos criterios no limita directamente el número de distribuidores autorizados. En general, se considera que la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del apartado 1 del artículo 53 por ausencia de efectos anticompetitivos, siempre y cuando se cumplan tres condiciones. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate ha de necesitar un sistema de distribución selectiva, en el sentido de que tal sistema debe constituir una necesidad legítima, habida cuenta de la naturaleza del producto, para preservar su calidad y garantizar un uso correcto. En segundo lugar, los revendedores han de ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme para todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario<sup>(38)</sup>. La distribución selectiva cuantitativa añade otro tipo de criterios de selección que limitan de forma más directa el número potencial de distribuidores autorizados, por ejemplo, al exigir ventas mínimas o máximas, fijar el número de distribuidores autorizados, etc.

(186) La distribución selectiva cualitativa y cuantitativa puede beneficiarse de la Exención por Categorías hasta una cuota de mercado del 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, como, por ejemplo, la no competencia o la distribución exclusiva, siempre y cuando no se restrinjan las ventas activas de los distribuidores entre sí o de éstos a los usuarios finales. La Exención por Categorías exime la distribución selectiva con independencia de la naturaleza del producto de que se trate. No obstante, si la

<sup>(37)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Comisión*, [1996] Rec. II-1961.

<sup>(38)</sup> Vea las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 31/800 *L'Oréal/PVBA* [1980] ECR 3775, considerandos 15 y 16; 26/76, *Metro I*, [1977] Rec. 1875, considerandos 20 y 21; asunto 107/84, *AEG*, [1983] Rec. 3151, considerando 35; y asunto T-19/91 *Vichy/Comisión*, 1992] Rec. II-415; considerando 65.

naturaleza del producto no exige el uso de la distribución selectiva, un sistema de este tipo no aporta, por lo general, suficientes efectos de eficiencia para contrarrestar una reducción significativa de la competencia dentro de una marca. Si se producen efectos anticompetitivos apreciables, es probable que se retire el beneficio de la Exención por Categorías. Además, se ofrecen las siguientes orientaciones para evaluar la distribución selectiva en casos individuales que no queden cubiertos por la Exención por Categorías o en caso de efecto acumulativo derivado de la existencia de redes paralelas de distribución selectiva.

- (187) La posición de mercado del proveedor y de sus competidores es de importancia primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos, pues la pérdida de competencia dentro de las marcas únicamente puede ser problemática si la competencia entre marcas es limitada. La pérdida de competencia dentro de las marcas resulta tanto más problemática cuanto más fuerte es la posición del proveedor. Otro factor importante es el número de redes de distribución selectiva presentes en el mismo mercado. Cuando únicamente la aplica un proveedor no dominante, la distribución selectiva cuantitativa no crea, en general, efectos negativos netos, siempre y cuando los bienes objeto del contrato, habida cuenta de su naturaleza, exijan el uso de un sistema de distribución selectiva y a condición de que los criterios de selección aplicados sean necesarios para garantizar una distribución eficiente de los bienes de que se trate. Sin embargo, de hecho se observa que, a menudo, la distribución selectiva se aplica por una serie de proveedores en un mercado dado.
- (188) La posición de los competidores puede tener un doble significado y su importancia es especialmente grande en caso de efecto acumulativo. En general, si los competidores son fuertes, la reducción de la competencia dentro de las marcas se ve ampliamente compensada por una suficiente competencia entre marcas. Sin embargo, si la mayoría de los principales proveedores hace uso de una distribución selectiva, se producirá una pérdida significativa de competencia dentro de las marcas y una posible exclusión de ciertos tipos de distribuidores, así como un mayor riesgo de colusión entre dichos proveedores principales. La distribución selectiva siempre ha planteado un riesgo mayor de exclusión de distribuidores más eficientes que la distribución exclusiva, debido a la restricción de las ventas a los distribuidores no designados que se produce en el primer tipo de distribución. Así se pretende dotar a los sistemas de distribución selectiva de un carácter cerrado, que hace imposible que los distribuidores no designados obtengan suministros. Esto lo convierte en un sistema particularmente idóneo para evitar la presión a la baja sobre los márgenes del fabricante por parte de los almacenes de descuento, así como sobre los márgenes de los distribuidores no designados.
- (189) Cuando la Exención por Categorías se aplica a redes individuales de distribución selectiva, puede plantearse la retirada de la exención por categorías o su no aplicación en caso de efectos acumulativos. No obstante, es poco probable que surja un problema de efecto acumulativo cuando la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva sea inferior al 50 %. Tampoco es probable que se plantee un problema cuando el índice de cobertura sea superior al 50 %, pero la cuota de mercado combinada de los cinco mayores proveedores (CR5) sea inferior al 50 %. Cuando tanto la CR5 como la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva excedan del 50 %, la evaluación variará en función de si los cinco mayores proveedores aplican o no la distribución selectiva. Cuanto más fuerte sea la posición de los competidores que no aplican la distribución selectiva, tanto menos probable será la exclusión de otros distribuidores. Si los cinco mayores proveedores aplican la distribución selectiva, pueden surgir problemas de competencia, en particular, con respecto a los acuerdos que aplican criterios de selección cuantitativos que limitan directamente el número de distribuidores designados. En general, es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 53 si los sistemas de distribución selectiva en cuestión impiden que accedan al mercado nuevos distribuidores con capacidad para vender adecuadamente los productos de que se trate, especialmente almacenes de descuento, limitando de este modo la distribución en beneficio de determinadas cadenas y en perjuicio de los consumidores finales. Otras formas más indirectas de distribución selectiva cuantitativa, derivadas por ejemplo de la combinación de criterios de selección puramente cualitativos con la imposición a los distribuidores de un volumen mínimo de adquisiciones anuales, tienen menos probabilidades de producir efectos negativos netos si tal volumen no representa una proporción significativa del volumen de negocios total del distribuidor obtenido con el tipo de productos de que se trate y no excede de lo necesario para que el proveedor pueda recuperar la inversión específicamente ligada a la relación o realizar economías de escala en la distribución. En cuanto a las contribuciones individuales, por lo general no se considera que un proveedor con una cuota de mercado inferior al 5 % contribuye de forma significativa a un efecto acumulativo.
- (190) Los «obstáculos a la entrada» son de interés principalmente en el caso de la exclusión del mercado de los distribuidores no autorizados. En general, los obstáculos a la entrada son considerables, pues generalmente aplican la distribución selectiva los fabricantes de productos de marca. Los minoristas excluidos necesitan, por lo general, tiempo y una inversión considerable para lanzar marcas propias u obtener suministros competitivos de otra manera.

- (191) El «poder de compra» puede aumentar el riesgo de colusión entre distribuidores y de este modo alterar sensiblemente el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva. La exclusión del mercado de minoristas más eficientes puede agravarse aún más en caso de que una sólida organización entre los distribuidores autorizados imponga al proveedor criterios de selección cuyo objetivo sea limitar la distribución en beneficio de sus miembros.
- (192) La letra c) del artículo 5 de la Exención por Categorías establece que el proveedor no podrá imponer una obligación que impida a los distribuidores autorizados, directa o indirectamente, vender las marcas de proveedores competidores concretos. Esta condición tiene como objetivo específico evitar la colusión horizontal para excluir determinadas marcas mediante la creación de un club selecto de marcas por parte de los proveedores que encabezan el mercado. Es improbable que esta clase de obligación pueda gozar de exención cuando la CR5 sea igual o mayor al 50 %, a menos que ninguno de los proveedores que impongan dicha obligación figure entre los cinco mayores proveedores del mercado.
- (193) La exclusión de otros proveedores no constituye, por lo general, un problema en tanto otros proveedores puedan utilizar los mismos distribuidores, esto es, en tanto el sistema de distribución selectiva no se combine con una marca única. En caso de que exista una densa red de distribuidores autorizados o en caso de efecto acumulativo, la combinación de la distribución selectiva con una cláusula de no competencia puede plantear un riesgo de exclusión de otros proveedores. En este caso se aplican los principios anteriormente expuestos sobre la marca única. Cuando la distribución selectiva no se combina con la no competencia, la exclusión de proveedores competidores del mercado puede seguir siendo un problema si los principales proveedores no sólo aplican criterios de selección puramente cualitativos, sino que imponen a sus distribuidores determinadas obligaciones adicionales, como la obligación de reservar a sus productos un espacio mínimo en las estanterías o de garantizar que las ventas de sus productos por parte del distribuidor representen un porcentaje mínimo del volumen de negocios total del distribuidor. Es poco probable que se plantee este problema cuando el índice de cobertura, es decir, la parte del mercado cubierta por la distribución selectiva, sea inferior al 50 % o cuando se rebase este índice de cobertura pero la cuota de mercado de los cinco principales proveedores se sitúe por debajo del 50 %.
- (194) La madurez del mercado es importante, ya que la pérdida de competencia dentro de las marcas y la posible exclusión de proveedores o distribuidores pueden representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultan menos graves en un mercado con una demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado que cambian.
- (195) La distribución selectiva puede ser eficiente cuando permite ahorros de costes logísticos debidos a economías de escala en el transporte, lo que puede suceder con independencia de la naturaleza del producto (eficiencia 6 del apartado 116). Sin embargo, ésta es generalmente sólo una eficiencia marginal de los sistemas de distribución selectiva. Para solucionar un problema de parasitismo entre los distribuidores (eficiencia 1 del apartado 116) o ayudar a la creación de una imagen de marca (eficiencia 8 del apartado 116), la naturaleza del producto es muy pertinente. En general, la exención es más probable en nuevos productos, productos complejos o productos cuya calidad sea difícil de determinar antes del consumo (los llamados «productos de experiencia») o incluso después del consumo (los llamados «productos de confianza»). La combinación de la distribución selectiva con la distribución exclusiva es probable que infrinja el artículo 53 si la aplica un proveedor cuya cuota de mercado es superior al 30 % o en caso de efectos acumulativos, aun cuando las ventas activas dentro de los territorios sean libres. En situaciones excepcionales, tal combinación puede cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 53 si resulta imprescindible para proteger inversiones sustanciales y ligadas específicamente a la relación realizadas por los distribuidores autorizados (eficiencia 4 del apartado 116).
- (196) Para garantizar que se opta por la restricción menos anticompetitiva, es conveniente determinar si pueden obtenerse las mismas eficiencias a un coste comparable mediante, por ejemplo, solamente requisitos de servicio.
- (197) Ejemplo de distribución selectiva cuantitativa:
- En un mercado de bienes de consumo duraderos, el líder de mercado (marca A), con una cuota de mercado del 35 %, vende su producto a los consumidores finales a través de una red de distribución selectiva. Existen varios criterios de admisión a la red: la tienda debe emplear a personal formado y prestar servicios de preventa, en la tienda debe haber una parte dedicada a la venta del producto y de productos similares de alta tecnología, y la tienda debe vender una amplia gama de modelos del proveedor y presentarlos de manera atractiva. Por otra parte, el número de minoristas admisibles a la red se limita directamente a través del establecimiento de un número máximo de minoristas por número de habitantes en cada provincia o zona urbana. El fabricante A tiene 6 competidores en este mercado. Sus mayores competidores, B, C y D, poseen cuotas de mercado de respectivamente 25 %, 15 % y 10 %, mientras que los demás productores tienen cuotas de mercado más pequeñas. A es el único fabricante que practica la distribución selectiva. Los distribuidores

selectivos de la marca A siempre gestionan algunas marcas de la competencia. Sin embargo, las marcas de la competencia también se venden ampliamente en las tiendas que no participan en la red de distribución selectiva de A. Los canales de distribución son diversos: por ejemplo, las marcas B y C se venden en la mayoría de las tiendas seleccionadas de A, pero también en otras tiendas que ofrecen un servicio de elevada calidad y en hipermercados. La marca D se vende principalmente en tiendas de servicios especializados. La tecnología evoluciona en este mercado con gran rapidez, y los principales proveedores mantienen una sólida imagen de calidad de sus productos a través de la publicidad.

En este mercado, el índice de cobertura de la distribución selectiva es del 35 %. La competencia intramarca para la marca A puede reducirse, pero los consumidores tienen acceso a minoristas de menor calidad de servicio y menor precio en las marcas B y C, que poseen una imagen de calidad comparable a la de la marca A. Por otra parte, no se excluye el acceso a minoristas con un servicio de alta calidad para otras marcas, ya que no existe limitación alguna a la capacidad de los distribuidores seleccionados de vender marcas de la competencia, y la limitación cuantitativa al número de minoristas para la marca A deja libertad a otros minoristas que ofrecen un servicio de alta calidad para distribuir marcas de la competencia. En este caso, teniendo en cuenta los requisitos de servicio y las eficiencias que es probable que éstos permitan, así como el efecto limitado en la competencia dentro de las marcas, es probable que se cumplan las condiciones para que la red de distribución selectiva de A obtenga una exención.

(198) Ejemplo de distribución selectiva con efectos acumulativos:

En el mercado de un determinado artículo deportivo, existen siete fabricantes cuyas cuotas de mercado respectivas son: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % y 7 %. Los cinco mayores fabricantes distribuyen sus productos mediante un sistema de distribución selectiva cuantitativa, mientras que los dos más pequeños emplean otros tipos de sistemas de distribución, lo que permite un índice de cobertura de la distribución selectiva del 85 %. Los criterios de acceso a las redes de distribución selectiva son extraordinariamente uniformes entre los fabricantes: las tiendas deben contar con personal formado y prestar servicios de preventa, en la tienda debe haber una parte, cuyas dimensiones mínimas se especifican, dedicada a la venta del artículo. La tienda debe estar situada en una calle comercial y este tipo de artículo debe representar al menos el 30 % del volumen de ventas total de la tienda. Generalmente el mismo distribuidor es designado distribuidor selectivo para las cinco marcas. Las dos marcas que no practican distribución selectiva venden generalmente a través de minoristas menos especializados, con niveles de servicio inferiores. El mercado es estable, tanto en el lado de la

oferta como en el de la demanda, y existe una fuerte diferenciación de imagen de marca y producto. Los cinco líderes del mercado poseen sólidas imágenes de marca, logradas mediante la publicidad y el patrocinio, mientras que los dos fabricantes más pequeños poseen una estrategia de productos más baratos, sin una imagen de marca fuerte.

En este mercado se niega el acceso de los almacenes de descuento a las cinco principales marcas. El requisito de que este tipo de artículo represente por lo menos del 30 % de la actividad de los distribuidores autorizados y los criterios de presentación y servicios de preventa excluyen a la mayor parte de los almacenes de descuento de la red de distribuidores autorizados. Como consecuencia de ello, los consumidores no tienen más opción que comprar las cinco principales marcas en tiendas de servicio de calidad elevada y precios altos. Esto reduce la competencia entre las 5 principales marcas. El hecho de que las dos marcas más pequeñas puedan comprarse en tiendas de servicio de calidad y precio inferiores no compensa esta situación, pues la imagen de marca de los cinco líderes de mercado es muy superior. La competencia entre marcas también se ve limitada por los acuerdos múltiples de distribución. Si bien existe cierto grado de competencia dentro de las marcas, y el número de minoristas no está directamente limitado, los criterios de admisión son lo bastante estrictos para llevar a que exista un pequeño número de minoristas para las cinco marcas principales en cada territorio.

Las eficiencias asociadas a estos sistemas de distribución selectiva cuantitativa son escasas: el producto no es muy complejo y no justifica un servicio especialmente caro. A menos que los fabricantes puedan probar que su red de distribución selectiva presenta eficiencias claras, es probable que deba retirarse la Exención por Categorías debido a sus efectos acumulativos, que implican menos opciones y precios más altos para los consumidores.

## 2.5. Franquicia

(199) Los acuerdos de franquicia contienen licencias de derechos de propiedad intelectual relativos, en particular, a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o servicios. Además de la licencia de DPI, el franquiciador generalmente facilita asistencia comercial o técnica al franquiciado durante la vigencia del contrato. La licencia y la asistencia forman parte integrante del método comercial que se otorga en régimen de franquicia. Por lo general, el franquiciador recibe del franquiciado un canon por el uso de un concepto método concreto. La franquicia

puede permitir al franquiciador establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos. Además de facilitar un método comercial, habitualmente los acuerdos de franquicia contienen una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se distribuyen, en especial mediante distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva, o formas más débiles de estas prácticas.

(200) La cobertura por la Exención por Categorías de las licencias de derechos de propiedad industrial que contienen los acuerdos de franquicia se ha tratado en los apartados 23 a 45. En cuanto a las restricciones verticales a la compra, venta y reventa de bienes y servicios recogidas en un acuerdo de franquicia, tales como la distribución selectiva, la no competencia o la distribución exclusiva, la Exención por Categorías se aplica hasta el umbral de cuota de mercado del 30 % por parte del franquiciador o del proveedor designado por éste<sup>(39)</sup>. Las directrices formuladas anteriormente en relación a este tipo de restricciones también se aplican a la franquicia, con sujeción a las precisiones específicas siguientes.

- 1) Conforme a la norma general 8 (véase el apartado 119), cuanto más importante es la transferencia de conocimientos técnicos, más fácilmente cumplen las restricciones verticales las condiciones para la exención.
- 2) Las obligaciones de no competencia en los bienes o servicios adquiridos por el franquiciado quedan fuera del apartado 1 del artículo 53 cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. En estos casos tampoco es pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 53, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

(201) Ejemplo de franquicia:

Un fabricante ha desarrollado un nuevo formato para la venta de golosinas en las llamadas «tiendas de chucherías» donde las golosinas pueden colorearse a gusto del consumidor. El fabricante de golosinas también ha desarrollado las máquinas para colorear las golosinas.

También produce los líquidos colorantes. La calidad y la frescura del líquido son de importancia vital para producir buenas golosinas. El fabricante ha logrado con sus golosinas un éxito gracias a una serie de comercios al por menor propios, que actúan todos con el mismo nombre comercial y con una imagen uniforme (estilo de decoración de las tiendas, publicidad común, etc.). Para ampliar las ventas, el fabricante ha empezado a aplicar un sistema de franquicia. Los franquiciados están obligados a comprar las golosinas, el líquido y la máquina de colorante al fabricante, a mantener la misma imagen y operar con la marca registrada, a pagar un canon de franquicia, a contribuir a la publicidad común y a garantizar el secreto del manual de instrucciones elaborado por el franquiciador. Además, sólo se permite a los franquiciados vender en los locales acordados y a los usuarios finales o a otros franquiciados, y no se les permite vender otras golosinas. El franquiciador tiene la obligación de no designar a otro franquiciado ni explotar por sí mismo comercios al por menor en un determinado territorio contractual. El franquiciador tiene también la obligación de actualizar y seguir desarrollando sus productos, la presentación comercial y el manual de instrucciones y de poner estas mejoras a disposición de todos los minoristas franquiciados. Los acuerdos de franquicia se celebran por un periodo de 10 años.

Los minoristas compran las golosinas en un mercado nacional, bien a productores nacionales que se adaptan a los gustos nacionales, o bien a mayoristas que importan dulces de productores extranjeros además de vender productos de fabricantes nacionales. En este mercado los productos del franquiciador compiten con otras marcas de golosinas. El franquiciador posee una cuota de mercado del 30 % en el mercado de dulces vendidos a minoristas. La competencia procede de varias marcas nacionales e internacionales, a veces producidas por grandes empresas diversificadas de alimentación. Existen muchos puntos de venta potenciales de dulces, en forma de estancos, minoristas generales de alimentación, cafeterías y tiendas de golosinas especializadas. En el mercado de las máquinas de colorante, la cuota de mercado del franquiciador se sitúa por debajo del 10 %.

La mayoría de las obligaciones recogidas en los acuerdos de licencia pueden considerarse necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial o para mantener la identidad y reputación comunes de la red, y quedan fuera del apartado 1 del artículo 53. Las restricciones a la venta (territorio contractual y distribución selectiva) ofrecen a los franquiciados incentivos para invertir en la máquina de colorante y en el concepto de licencia y, si bien no son necesarias, al menos ayudan a mantener la identidad común, lo que compensa la pérdida de competencia dentro de las marcas. La cláusula de no competencia que excluye a otras marcas de golosinas de

<sup>(39)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 107/82 AEG [1983] Rec. 3151, considerando 35; y del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-19/91 Vichy/Comisión, [1992] Rec. II-415; considerando 65. Véanse también los considerandos 89 a 95, en especial el 95.

las tiendas durante el periodo completo de duración de los acuerdos permite al franquiciador mantener la uniformidad de los comercios e impide que los competidores se beneficien de su denominación comercial. No ocasiona ninguna exclusión grave, dado el gran número de comercios potencialmente disponibles para otros productores de golosinas. Es probable que los acuerdos de franquicia de este franquiciador cumplan las condiciones para obtener una exención conforme al apartado 3 del artículo 53 por cuanto las obligaciones contenidas en los mismos se contemplan en el apartado 1 del artículo 53.

## 2.6. Suministro exclusivo

- (202) El suministro exclusivo, tal y como está definido en la letra c) del artículo 1 de la Exención por Categorías, es la forma extrema de la distribución limitada en cuanto a la restricción del número de compradores: en el acuerdo se especifica que sólo hay un comprador en el EEE al que el proveedor puede vender un determinado producto final. En el caso de los bienes o servicios intermedios, el suministro exclusivo significa que existe un solo comprador dentro del EEE o un solo comprador dentro del EEE para un uso específico. En el caso de los bienes o servicios intermedios, el suministro exclusivo se denomina a menudo suministro industrial.
- (203) El suministro exclusivo, tal y como está definido en la letra c) del artículo 1 de la Exención por Categorías, goza de exención con arreglo al apartado 1 del artículo 2 en relación con el apartado 2 del artículo 3 del mismo hasta una cuota de mercado del comprador del 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, por ejemplo, la no competencia. Por encima del umbral de cuota de mercado se ofrecen las siguientes orientaciones para evaluar casos concretos de suministro exclusivo.
- (204) El principal riesgo de competencia del suministro exclusivo reside en la exclusión de otros compradores. La cuota de mercado del comprador en el nivel superior del mercado de adquisición es sin duda importante para evaluar su capacidad para «imponer» el suministro exclusivo, que excluye el acceso de otros compradores a los suministros. La importancia del comprador en el nivel inferior del mercado es, sin embargo, el factor que determina si puede plantearse un problema de competencia. Si el comprador no posee ningún poder de mercado en el nivel inferior, no cabe esperar ningún efecto negativo apreciable para los consumidores. No obstante, es previsible que se produzcan efectos negativos cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior del mercado de suministro así como en el nivel superior del mercado de compra supera el 30 %. Cuando la cuota de mercado del comprador en el

nivel superior no excede del 30 %, pueden seguir produciéndose importantes efectos de exclusión, especialmente cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior excede del 30 %. En tales casos, puede resultar necesario retirar la Exención por Categorías. Si una empresa ocupa una posición dominante en el nivel inferior del mercado, cualquier obligación para suministrar los productos exclusiva o principalmente al comprador dominante es fácil que surta efectos anticompetitivos graves.

- (205) No sólo es de importancia la posición de mercado del comprador en los niveles superior e inferior del mercado, sino también en qué medida y por cuánto tiempo existe una obligación de suministro exclusivo. Cuanto mayor sea el porcentaje de suministro vinculado y la duración del suministro exclusivo, más importante será previsiblemente la exclusión. Los acuerdos de suministro exclusivo de duración inferior a cinco años suscritos por empresas no dominantes requieren, por lo general, sopesar los efectos favorables y los anticompetitivos; en cambio, los acuerdos de duración superior a cinco años no se consideran, en la mayoría de los tipos de inversiones, necesarios para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión de tales acuerdos de suministro exclusivo a largo plazo.
- (206) La posición de mercado de los compradores competidores en el nivel superior del mercado es importante, pues sólo es probable que se excluya a los compradores competidores por motivos anticompetitivos, es decir, para aumentar sus costes, si son claramente más pequeños que el comprador que practica la exclusión.
- La exclusión de compradores competidores ya establecidos no es muy probable si éstos poseen un poder de compra similar y pueden ofrecer a los proveedores posibilidades de venta similares. En ese caso, sólo puede excluirse a operadores potenciales, que pueden no estar en condiciones de garantizar suministros cuando toda una serie de compradores principales suscribe contratos de suministro exclusivo con la mayoría de los proveedores del mercado. Este efecto acumulativo puede llevar a la retirada del beneficio de la Exención por Categorías.
- (207) Los obstáculos a la entrada al nivel del proveedor son pertinentes para establecer si existe una exclusión real. En la medida en que para los compradores competidores sea eficiente suministrar por sí mismos este bien o servicio mediante una integración vertical ascendente, es poco probable que la exclusión constituya un problema real. Sin embargo, existen a menudo importantes obstáculos a la entrada.

- (208) El poder de compensación de los proveedores es pertinente, ya que no es fácil que proveedores importantes permitan que se les impida el acceso a compradores alternativos. La exclusión supone, por tanto, un riesgo principalmente en caso de proveedores débiles y compradores fuertes. En caso de proveedores fuertes, el suministro exclusivo puede combinarse con la no competencia. La combinación con la no competencia hace aplicables las normas en materia de marca única. Cuando existan inversiones ligadas específicamente a la relación por ambos lados (problema de «cautividad»), la combinación de suministro exclusivo y no competencia, es decir, la exclusividad recíproca en acuerdos de suministro industriales, está generalmente justificada debajo del nivel de posición dominante.
- (209) Por último, el nivel de intercambios y la naturaleza del producto son pertinentes para determinar la exclusión. La exclusión es menos probable en el caso de un producto intermedio o cuando el producto es homogéneo. En primer lugar, un fabricante excluido que usa ciertos insumos posee generalmente más flexibilidad para atender a la demanda de sus clientes que el mayorista/minorista para atender a la demanda del consumidor final, para el cual las marcas pueden desempeñar un papel importante. En segundo, la pérdida de una posible fuente de suministro es menos grave para los compradores excluidos en caso de productos homogéneos que en el caso de un producto heterogéneo de grados y calidades diversos.
- (210) En caso de productos intermedios homogéneos, es probable que los efectos anticompetitivos puedan quedar exentos por debajo del nivel de posición dominante. Cuando se trata de productos finales de marca o de productos intermedios diferenciados donde existen obstáculos de acceso, el suministro exclusivo puede tener graves efectos anticompetitivos si los compradores competidores son relativamente pequeños en comparación con el comprador, aun cuando éste no sea dominante en el nivel inferior del mercado.
- (211) En caso de que se observen efectos anticompetitivos apreciables, es posible conceder una exención de conformidad con el apartado 3 del artículo 53 siempre y cuando la empresa no sea dominante. Cabe prever que existan eficiencias en caso de problema de cautividad (puntos 4 y 5 del apartado 116), lo cual es más probable en productos intermedios que en productos finales. Otras eficiencias son menos probables. No parece previsible que las posibles economías de escala en la distribución (punto 6 del apartado 116) justifiquen el suministro exclusivo.
- (212) En caso de problema de cautividad, y aún más en caso de economías de escala en la distribución, la imposición de cantidades al proveedor, tales como los requisitos mínimos de suministro, bien podría constituir una alternativa menos restrictiva.
- (213) Ejemplo de suministro exclusivo:
- En el mercado de un determinado tipo de componentes (mercado de producto intermedio) el proveedor A acuerda con el comprador B desarrollar, con sus propios conocimientos técnicos, mediante una inversión considerable en nuevas máquinas y con ayuda de las especificaciones suministradas por el comprador B, una versión diferente del componente B deberá hacer inversiones considerables para incorporar el nuevo componente. Se acuerda que A sólo suministre el nuevo producto al comprador B durante un período de 5 años a partir de la fecha de la primera entrada en el mercado. B estará obligado a comprar exclusivamente a A el nuevo producto durante el mismo período de 5 años. Tanto A como B pueden seguir respectivamente vendiendo y comprando otras versiones del componente. La cuota de mercado del comprador B en el nivel superior del mercado del componente y en el nivel inferior del mercado de los bienes finales es de un 40 %. La cuota de mercado del proveedor del componente es de un 35 %. Existen otros dos proveedores de componentes con cuotas de mercado de alrededor del 20-25 %, así como una serie de pequeños proveedores.
- El acuerdo, dadas las considerables inversiones, es probable que cumpla las condiciones para obtener una exención habida cuenta de las eficiencias y de lo limitado del efecto de exclusión. Se excluye a otros compradores de una versión concreta de un producto de un proveedor que posee una cuota de mercado del 35 %, y existen otros proveedores de componentes que pueden desarrollar nuevos productos del mismo tipo. La exclusión de parte de la demanda del comprador B a otros proveedores se limita a un máximo del 40 % del mercado.
- (214) El suministro exclusivo se basa en una obligación directa o indirecta que lleva al proveedor a vender a un único comprador. La imposición de cantidades al proveedor se basa en los incentivos acordados entre el proveedor y el comprador, mediante los cuales aquél concentra sus ventas principalmente en un comprador. La imposición de cantidades al proveedor puede tener efectos similares al suministro exclusivo, si bien más atenuados. La evaluación de la imposición de cantidades dependerá del grado de exclusión de otros compradores del nivel superior del mercado.

## 2.7. Vinculación

(215) Existe vinculación cuando el proveedor supedita la venta de un producto a la compra de otro producto distinto a sí mismo o a un tercero designado por él. Al primer producto se le denomina bien o servicio vinculante, y al segundo, producto vinculado. Si la vinculación no está objetivamente justificada por la naturaleza de los productos o su uso comercial, tal práctica puede constituir un abuso a efectos del artículo 54<sup>(40)</sup>. El artículo 53 puede aplicarse a los acuerdos horizontales o prácticas concertadas entre proveedores competidores para supeditar la venta de un producto a la adquisición de otro producto distinto. Asimismo, la vinculación puede constituir una restricción vertical contemplada en el artículo 53 si redundada en una obligación de marca única (véase los apartados 138 a 160) en lo que respecta al producto vinculado. Sólo esta última situación se aborda en las presentes Directrices.

(216) El factor más importante para determinar si se está ante un bien distinto es la demanda de los compradores. Dos productos son distintos si, en ausencia de vinculación, desde el punto de vista de los compradores los productos son adquiridos en dos mercados distintos. Por ejemplo, habida cuenta de que los clientes desean comprar zapatos con cordones, los fabricantes de zapatos han adoptado como práctica comercial suministrar zapatos con cordones. Por tanto, la venta de zapatos con cordones no representa una práctica de vinculación. A menudo las combinaciones se han convertido en práctica aceptada porque la naturaleza del producto hace que sea difícil desde el punto de vista técnico suministrar un producto sin suministrar otro producto.

(217) El principal efecto negativo que produce la vinculación sobre la competencia es la posible exclusión en el mercado del bien vinculado. Existe vinculación cuando por lo menos se da una forma de imposición de cantidades al comprador en lo que respecta al bien vinculado. Cuando, además, se acuerda una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculado, se acentúa el posible efecto de exclusión en el mercado de dicho producto. La vinculación también puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente en tres tipos de situaciones. En primer lugar, cuando los bienes vinculante y vinculado son parcialmente sustituibles desde el punto de vista del comprador. En segundo lugar, cuando la vinculación permite que se produzcan discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del bien vinculante; por ejemplo, cuando se vincula la venta de cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopadoras (*metering*). En tercer lugar,

cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un equipo original con un plazo largo de sustitución, resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación. En último lugar, la vinculación puede reforzar los obstáculos de acceso al mercado tanto del bien vinculante como del bien vinculado.

(218) La vinculación está exenta por el apartado 1 del artículo 2 en relación con el artículo 3 de la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor tanto en el mercado del bien vinculado como en el del bien vinculante no excede del 30 %. Puede combinarse con otras restricciones verticales no especialmente graves, como la cláusula de no competencia, la imposición de cantidades con respecto al bien vinculante o la adquisición exclusiva. Por encima del umbral de cuota de mercado se ofrecen las siguientes orientaciones para la evaluación de la vinculación en casos concretos.

(219) Lógicamente, la posición del proveedor en el mercado del producto vinculante reviste una importancia crucial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos. En general, es el proveedor quien impone este tipo de acuerdo. La posición del proveedor en el mercado del bien vinculante es la razón principal de que a un comprador le pueda resultar difícil rechazar una obligación de vinculación.

(220) Para valorar el poder de mercado del proveedor es importante la posición de sus competidores en el mercado del producto vinculante. En tanto sus competidores sean lo suficientemente numerosos y pujantes no cabe esperar efectos anticompetitivos, pues los compradores contarán con alternativas suficientes para adquirir el producto vinculante sin el producto vinculado, salvo en el supuesto de que otros proveedores estén aplicando sistemas de vinculación similares. Además, resultan pertinentes para determinar la posición del proveedor en el mercado los obstáculos de acceso al mercado del producto vinculante. Cuando la vinculación se combina con una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculante, el proveedor fortalece considerablemente su posición.

(221) El poder de compra es un factor pertinente, pues los clientes importantes no se verán fácilmente forzados a aceptar la vinculación sin obtener por lo menos una parte de las posibles eficiencias. Por tanto, la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone fundamentalmente un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo.

<sup>(40)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-333/94 P Tetrapak/Comisión [1996] Rec. I-5951, considerando 37.

(222) Cuando se acredita la presencia de efectos anticompetitivos considerables se plantea la cuestión de una posible exención con arreglo al apartado 3 del artículo 53,

siempre y cuando la empresa no ocupe una posición dominante. Las obligaciones de vinculación pueden contribuir a producir eficiencias derivadas de la producción o distribución conjuntas. En caso de que el proveedor no produzca el producto vinculado también pueden generarse eficiencias si éste adquiere grandes cantidades del producto vinculado. Para que la vinculación pueda obtener una exención ha de demostrarse, no obstante, que por lo menos una parte de estas reducciones de costes se transmiten al consumidor. Por tanto, normalmente la vinculación no puede quedar exenta cuando el minorista tiene capacidad para obtener de forma regular suministros de los mismos productos o de productos similares en condiciones mejores que las ofrecidas por el proveedor que aplica la vinculación. Puede existir otro tipo de eficiencia si la vinculación contribuye a garantizar una determinada uniformidad y normalización (eficiencia 8 del apartado 116). No obstante, es necesario demostrar que los efectos positivos no pueden alcanzarse con el mismo grado de eficiencia exigiendo al comprador utilizar o revender productos que satisfagan niveles mínimos de calidad sin exigirle adquirirlos al proveedor o a un tercero designado por éste. Los requisitos relativos a los niveles mínimos de calidad quedarían, en principio, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. En caso de que el proveedor del producto vinculante imponga al comprador los proveedores a los que ha de comprar el producto vinculado, por ejemplo porque resulta imposible formular niveles mínimos de calidad, esta práctica también podría quedar fuera del apartado 1 del artículo 53, especialmente cuando el proveedor del producto vinculante no obtiene un beneficio (financiero) directo de la designación de los proveedores del producto vinculado.

(223) El efecto de los precios supracompetitivos se considera en sí mismo anticompetitivo. El efecto de exclusión depende del porcentaje vinculado sobre el total de las ventas en el mercado del bien vinculado. Para determinar qué puede calificarse de exclusión considerable con arreglo al apartado 1 del artículo 53 puede aplicarse el análisis de la marca única. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 % es poco probable la exención, salvo en el supuesto de que haya eficiencias claras que se transmitan, al menos parcialmente, a los consumidores. La exención es aún menos probable cuando la vinculación se combina con la no competencia, ya sea con respecto al bien vinculado o con respecto al bien vinculante.

(224) La retirada de la Exención por Categorías es probable en caso de que la vinculación no genere eficiencias o de que tales eficiencias no se transmitan al consumidor (véase el apartado 222). También puede producirse la retirada en caso de efecto acumulativo, si la mayoría de los proveedores aplican acuerdos de vinculación similares sin que las posibles eficiencias se transmitan, al menos parcialmente, a los consumidores.

## 2.8. Precios de reventa recomendados y máximos

(225) La práctica consistente en recomendar un precio de reventa a un revendedor o exigirle que respete un precio de reventa máximo está cubierta por la Exención por Categorías, sin perjuicio de las observaciones formuladas al respecto en los apartados 46 a 56 a propósito del MPR, cuando la cuota de mercado del proveedor no excede del umbral del 30 %. Se ofrece la siguiente orientación para evaluar los casos que se sitúan por encima del umbral de cuota de mercado del 30 % y los casos de retirada de la Exención por Categorías.

(226) El posible riesgo que representan para la competencia los precios máximos y recomendados es, en primer lugar, que el precio máximo o recomendado actuará como punto de referencia para los revendedores y podría ser aplicado por la mayoría o la totalidad de ellos. Un segundo riesgo para la competencia se deriva de que los precios máximos o recomendados pueden facilitar la colusión entre proveedores.

(227) El factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la posición de mercado del proveedor. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del proveedor, mayor será el riesgo de que un precio de reventa máximo o recomendado lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que éstos podrían utilizarlo como punto de referencia. Los revendedores podrían tener dificultades para desviarse de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado. En estas circunstancias, la práctica de imponer un precio de reventa máximo o recomendado puede infringir el apartado 1 del artículo 53 si redunde en un nivel de precios uniforme.

(228) El segundo factor más importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios máximos y recomendados es la posición de mercado de los

competidores. Especialmente cuando se trata de un oligopolio cerrado, la práctica de aplicar o publicar precios máximos o recomendados puede facilitar la colusión entre los proveedores, al intercambiar información sobre el nivel de precios preferido y al disminuir la probabilidad de que bajen los precios de reventa. La práctica consistente en imponer un precio de reventa máximo o recomendado que produzca tales efectos podría también infringir el apartado 1 del artículo 53.

## 2.9. Otras restricciones verticales

- (229) Las restricciones verticales y las combinaciones hasta aquí descritas representan tan sólo una parte. Existen otras restricciones y combinaciones para las cuales no se ofrece aquí orientación directa alguna. No obstante, deberán abordarse según los mismos principios, con la ayuda de las mismas normas generales y prestando idéntica atención a sus efectos en el mercado.
-