

Diario Oficial

de las Comunidades Europeas

ISSN 0257-7763

C 266

45º año

31 de octubre de 2002

Edición
en lengua española

Comunicaciones e informaciones

<u>Número de información</u>	Sumario	Página
	I <i>Comunicaciones</i>	
	ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO	
	Órgano de Vigilancia de la AELC	
2002/C 266/01	Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal	1



I

(Comunicaciones)

ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

DIRECTRICES SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE A LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

(2002/C 266/01)

- A. La presente comunicación se adopta con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE) y 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 sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal»⁽¹⁾. Esta Comunicación no vinculante establece los principios utilizados por la Comisión Europea para la evaluación de los acuerdos horizontales con arreglo al artículo 81 del Tratado CE.
- C. El Órgano de Vigilancia de la AELC considera que el mencionado texto es pertinente a efectos 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.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Finalidad

1. Las presentes Directrices exponen los principios aplicables a la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal con arreglo al artículo 53 del Tratado⁽²⁾. Una

cooperación tiene «carácter horizontal» si es objeto de un acuerdo o práctica concertada entre empresas situadas en el mismo nivel o niveles del mercado. Se trata, por lo general, de una cooperación entre competidores. Abarca, por ejemplo, ámbitos como la investigación y el desarrollo, la producción, las compras o la comercialización.

⁽¹⁾ DO C 3 de 6.1.2001, p. 2.

⁽²⁾ La competencia para tramitar casos individuales incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 53 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.

2. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden causar problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción, repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su

poder de mercado y ello causa efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y calidad de los productos.

3. Por otra parte, los acuerdos de cooperación horizontal pueden generar ventajas económicas considerables. Las empresas deben adaptarse a una competencia creciente, a un mercado en constante evolución a causa de la mundialización, a la rapidez de los progresos técnicos y al mayor dinamismo de los mercados en general. La cooperación puede ser un medio de repartir los riesgos, ahorrar costes, compartir conocimientos técnicos y lanzar las innovaciones con mayor rapidez al mercado. Para las pequeñas y medianas empresas, en particular, la cooperación es un medio importante para adaptarse a la evolución de los mercados.
4. Aun admitiendo las ventajas económicas que pueden resultar de la cooperación, el Órgano de Vigilancia de la AELC debe velar por mantener una competencia efectiva. El artículo 53 constituye el marco legal para una evaluación ponderada que tenga en cuenta tanto los efectos contrarios a la competencia como las ventajas económicas.
5. En el pasado, las orientaciones para evaluar la cooperación horizontal con arreglo al artículo 53 se establecían en dos Comunicaciones del Órgano de Vigilancia de la AELC y en dos exenciones por categorías. Los actos que antes se mencionaban en el punto 6 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) n° 417/85⁽³⁾, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 2236/97⁽⁴⁾] y en el punto 7 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) n° 418/85⁽⁵⁾, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 2236/97] establecían, respectivamente, la exención de determinadas formas de acuerdos de especialización y acuerdos de investigación y desarrollo (I+D). Estas dos exenciones por categorías han sido sustituidas por el acto que ahora se menciona en el punto 6 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CE) n° 2658/2000⁽⁶⁾], relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos de especialización («exención por categorías de los acuerdos de especialización»), y por el acto que ahora se menciona en el punto 7 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Regla-

mento (CE) n° 2659/2000⁽⁷⁾], relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo («exención por categorías de los acuerdos de I+D»). Las dos Comunicaciones contenían unas orientaciones relativas a determinados tipos de acuerdos de cooperación excluidos del artículo 53⁽⁸⁾ y al tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo⁽⁹⁾.

6. La evolución de los mercados ha producido un incremento en la variedad y uso de las formas de cooperación horizontal. Por lo tanto, es necesario disponer de unas orientaciones más completas y actualizadas para que las condiciones de aplicabilidad del artículo 53 en este ámbito sean más claras y transparentes. La evaluación de los acuerdos debe hacer más hincapié en los criterios económicos para reflejar mejor los cambios registrados recientemente en la casuística de la aplicación de las normas de competencia y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia⁽¹⁰⁾.
7. El objeto de las presentes Directrices es proporcionar un marco analítico para los tipos de cooperación horizontal más habituales. Este marco se basa principalmente en criterios de análisis del contexto económico en el que se inscribe un acuerdo de cooperación concreto. Ciertos criterios económicos como el poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación puede producir en los mercados y, por consiguiente, para su evaluación a la luz del artículo 53. Dada la enorme diversidad de los tipos de cooperación horizontal y de sus combinaciones, así como de las condiciones de mercado imperantes, es imposible formular respuestas adaptadas a cada situación posible. No obstante, el presente marco analítico basado en criterios económicos ayudará a las empresas a evaluar por sí mismas la compatibilidad de sus acuerdos de cooperación con el artículo 53.
8. Las presentes Directrices no sólo sustituyen las Comunicaciones citadas en el apartado 5, sino que además abarcan un abanico más amplio de los tipos de acuerdos horizontales más corrientes. De este modo, complementan los Reglamentos de exención por categorías de los acuerdos de especialización y de exención por categorías de los acuerdos de I+D.

⁽³⁾ DO L 53 de 22.2.1985, p. 1.

⁽⁴⁾ DO L 306 de 11.11.1997, p. 12.

⁽⁵⁾ DO L 53 de 22.2.1985, p. 5.

⁽⁶⁾ DO L 304 de 5.12.2000, p. 3, tal y como se incorporó al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 113/2000, de 22 de diciembre de 2000 (DO L 52 de 22.2.2001, p. 38, y Suplemento EEE del DO 9 de 22.2.2001, p. 5), entrada en vigor el 1 de enero de 2001.

⁽⁷⁾ DO L 304 de 5.12.2000, p. 7, tal y como se incorporó al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 113/2000, de 22 de diciembre de 2000 (DO L 52 de 22.2.2001, p. 38, y Suplemento EEE del DO 9 de 22.2.2001, p. 5), entrada en vigor el 1 de enero de 2001.

⁽⁸⁾ DO L 153 de 18.6.1994, p. 25, y Suplemento EEE del DO 15 de 18.6.1994, p. 24.

⁽⁹⁾ DO L 186 de 21.7.1994, p. 58, y Suplemento EEE del DO 22 de 21.7.1994, p. 4.

⁽¹⁰⁾ Las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia son pertinentes para la práctica del Órgano de Vigilancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del Acuerdo EEE y en el artículo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción.

1.2. **Ámbito de aplicación de las Directrices**

9. Las presentes Directrices regulan los acuerdos o prácticas concertadas (en lo sucesivo, «los acuerdos») entre dos o más empresas que operan en el mismo nivel o en los mismos niveles del mercado (por ejemplo, en el mismo nivel de producción o distribución). En este contexto, se centra la atención en la cooperación entre competidores. A efectos de las presentes Directrices, se entiende por «competidores» tanto los competidores reales⁽¹¹⁾ como los potenciales⁽¹²⁾.
10. Sin embargo, las presentes Directrices no abarcan todos los acuerdos horizontales posibles. Sólo contemplan las formas de cooperación que pueden incrementar la eficiencia, a saber, los acuerdos de investigación y desarrollo, de producción, de compra, de comercializa-

ción, de normalización o de protección del medio ambiente. Otros tipos de acuerdos horizontales entre competidores, por ejemplo sobre el intercambio de información o sobre participaciones minoritarias, serán tratados por separado.

11. Los acuerdos concluidos entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, es decir, los acuerdos verticales, están en principio excluidos de las presentes Directrices y están cubiertos por el Reglamento que se menciona en el punto 2 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CE) n° 2790/1999⁽¹³⁾], relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas («exención por categorías de restricciones verticales») y por las Directrices del Órgano de Vigilancia sobre las restricciones verticales⁽¹⁴⁾. Con todo, cuando los acuerdos verticales, por ejemplo un acuerdo de distribución, sean concluidos entre competidores, sus efectos sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los de los acuerdos horizontales. Por consiguiente, dichos acuerdos deben valorarse con arreglo a los principios descritos en las presentes Directrices. Ello no excluye la aplicación adicional de las Directrices sobre restricciones verticales a tales acuerdos para evaluar las restricciones verticales contenidas en los mismos⁽¹⁵⁾.
12. Los acuerdos pueden combinar distintas fases de cooperación, por ejemplo las actividades de I+D con la fabricación de productos resultantes de estas actividades. Salvo que entren en el ámbito de aplicación del artículo 57 del Acuerdo EEE sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, estos acuerdos están cubiertos por las presentes Directrices. La sección de las Directrices aplicable a cada acuerdo se determina en función del centro de gravedad de la cooperación en cuestión. A la hora de definir este centro de gravedad deben tenerse en cuenta dos factores concretos: en primer lugar, el punto de partida de la cooperación y, en segundo lugar, el grado de integración de las distintas funciones que se combinan. Por lo tanto, una cooperación que suponga compartir las actividades de investigación y desarrollo y la fabricación conjunta de los productos resultantes de estas actividades se regirá normalmente por la sección dedicada a los «Acuerdos de investigación y desarrollo», porque la producción en común sólo se producirá si resulta exitosa la actividad conjunta de I+D. Esto significa que los resultados de la I+D conjunta son determinantes para la producción. Por consiguiente, puede considerarse que el acuerdo de I+D

⁽¹¹⁾ Se considera que una empresa es un competidor real si opera en el mismo mercado de referencia o si, de no existir el acuerdo, es capaz de adaptar su producción a la fabricación de los productos en cuestión y de comercializarlos a corto plazo sin ningún coste o riesgo adicional considerable, como respuesta a unos incrementos pequeños pero permanentes de los precios relativos (sustituibilidad inmediata de la oferta). El mismo razonamiento puede llevar a la agrupación de diferentes áreas geográficas. En cambio, cuando la sustituibilidad de la oferta implique la necesidad de introducir unas adaptaciones importantes en los activos materiales e inmateriales, realizar inversiones adicionales, tomar decisiones estratégicas o incurrir en retrasos, la empresa no podrá considerarse un competidor, sino un competidor potencial (véase a continuación). Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia relativa a la definición de 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 del DO 28 de 16.7.1998, p. 3).

⁽¹²⁾ Se considera que una empresa es un competidor potencial si existen pruebas de que, de no existir el acuerdo, sería capaz y posiblemente realizaría las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado en cuestión, en respuesta a un aumento pequeño y permanente de los precios relativos. Esta evaluación debe basarse en un criterio realista, ya que no basta con la posibilidad puramente teórica de penetrar en el mercado [véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia en el EEE (apartado 24); véase también el XIII Informe de la Comisión Europea sobre la política de competencia, apartado 55, y la Decisión 90/410/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.009 — Elopak/Metal Box-Odin (DO L 209 de 8.8.1990, p. 15)]. El acceso al mercado debe tener lugar con la suficiente rapidez para que la amenaza del acceso potencial actúe como una presión sobre el comportamiento de los participantes en el mercado. En condiciones normales esto significa que el acceso debe producirse en un plazo breve. En las Directrices del Órgano de Vigilancia sobre las restricciones verticales (Decisión n° 250/01/COL del Órgano de Vigilancia, de 25 de julio de 2001, aún sin publicar, punto 26) se parte de un período máximo de un año a efectos de la aplicación de la exención por categorías de restricciones verticales (véase la nota 14). Sin embargo, en casos particulares pueden tomarse en consideración períodos más largos. El período que las empresas ya activas en el mercado necesitan para ajustar sus capacidades puede emplearse como patrón para determinar dicho período.

⁽¹³⁾ DO L 336 de 29.12.1999, p. 21.

⁽¹⁴⁾ Decisión n° 250/01/COL del Órgano de Vigilancia, de 25 de julio de 2001, aún sin publicar.

⁽¹⁵⁾ La delimitación entre acuerdos horizontales y verticales se seguirá desarrollando en los capítulos sobre los acuerdos de compra (capítulo 4) y acuerdos de comercialización (capítulo 5). Véanse también las Directrices sobre restricciones verticales, puntos 26 y 29.

constituye el punto de partida de la cooperación. La conclusión sería diferente si el acuerdo previera una integración total de las actividades de producción y una integración solamente parcial de algunas actividades de I+D. En este caso, los posibles efectos contrarios a la competencia y las ventajas económicas potenciales de la cooperación estarían estrechamente vinculados a la producción en común, de modo que el acuerdo se examinaría a la luz de los principios expuestos en la sección relativa a los «Acuerdos de producción». Los acuerdos más complejos, como las alianzas estratégicas en las que se combinan, de distintas maneras, una serie de ámbitos y medios de cooperación diferentes, no entran en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices. La evaluación de cada ámbito de cooperación que forme parte de una alianza puede realizarse con arreglo a la sección correspondiente de las presentes Directrices. Sin embargo, los acuerdos complejos también deben analizarse en su integridad. Dada la diversidad de ámbitos que pueden combinarse en una alianza, es imposible dar una orientación general para la evaluación global de tales acuerdos. Las alianzas u otras formas de cooperación que consistan esencialmente en declaraciones de intenciones son imposibles de evaluar con arreglo a las normas de competencia mientras carezcan de un ámbito de aplicación preciso.

13. Los criterios establecidos en las presentes Directrices se aplican a la cooperación relativa tanto a los bienes como a los servicios que entran en el ámbito de aplicación del Acuerdo EEE⁽¹⁶⁾, a los que se alude colectivamente con el término «productos». Sin embargo, las Directrices no se aplican cuando sean aplicables determinadas normas sectoriales, como ocurre en el caso de los transportes y de los seguros⁽¹⁷⁾. Las operaciones que entran en el

ámbito de aplicación del artículo 57 del Acuerdo EEE tampoco se ven afectadas por las presentes Directrices.

14. El artículo 53 sólo se aplica a aquellos acuerdos de cooperación horizontal que puedan afectar al comercio entre las Partes Contratantes del Acuerdo EEE. Las presentes Directrices no analizan si un determinado acuerdo puede afectar al comercio. Por lo tanto, los principios que se expondrán a continuación sobre la aplicabilidad del artículo 53 se basan en la presunción de que el comercio entre las Partes Contratantes del Acuerdo EEE se ve, de hecho, afectado. Sin embargo, en la práctica, este aspecto deberá examinarse caso por caso.
15. El artículo 53 no se aplica a acuerdos de menor importancia porque no pueden restringir apreciablemente la competencia por su objeto o efecto. Las presentes Directrices no prejuzgan la aplicación de la actual Comunicación *de minimis* ni de cualquiera de sus versiones futuras⁽¹⁸⁾.
16. La evaluación con arreglo al artículo 53 tal como se describe en las presentes Directrices no prejuzga la posible aplicación paralela del artículo 54 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal. Además, estas Directrices no prejuzgan la interpretación que el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pudieran hacer de la aplicación del artículo 81 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal.

⁽¹⁶⁾ Se ha de señalar que el Acuerdo EEE tiene un ámbito de aplicación más limitado que el Tratado CE, a raíz, por ejemplo, de la ausencia de una unión aduanera y por su aplicación limitada a determinados productos conforme al artículo 8 del Tratado EEE.

⁽¹⁷⁾ Punto 10 del anexo XIV del Acuerdo EEE y capítulo VI del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción [Reglamento (CEE) n° 1017/68 del Consejo, DO L 175 de 23.7.1968, p. 1, transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable]; punto 11 del anexo XIV del Acuerdo EEE y capítulo IX del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción [Reglamento (CEE) n° 4056/86 del Consejo, DO L 378 de 31.12.1986, p. 4, transporte marítimo]; capítulo XI del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción [Reglamento (CEE) n° 3975/87 del Consejo, DO L 374 de 31.12.1987, p. 1, transporte aéreo]; punto 11 b) del anexo XIV del Acuerdo EEE y capítulo IX del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción [Reglamento (CEE) n° 1617/93 de la Comisión, DO L 155 de 26.6.1993, p. 18, exención por categorías en materia de planificación conjunta y coordinación de horarios, utilización conjunta de líneas, consultas relativas a tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y asignación de períodos horarios en los aeropuertos]; punto 11 c) del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CE) n° 823/2000 de la Comisión, DO L 100 de 20.4.2000, p. 24, exención por categorías de determinados acuerdos entre compañías de transporte marítimo de línea regular]; punto 15 a) del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) n° 3932/92 de la Comisión, DO L 398 de 31.12.1992, p. 7, exención por categorías de determinados acuerdos en el sector de seguros].

1.3. Principios fundamentales de la evaluación a tenor del artículo 53

1.3.1. Apartado 1 del artículo 53

17. El apartado 1 del artículo 53 se aplica a los acuerdos de cooperación que tengan por objeto o efecto impedir, limitar o falsear el juego de la competencia (en lo sucesivo, «restricciones de competencia»).
18. En algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 53 sea inmediatamente aplicable. Se trata de los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia mediante la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados o de la clientela. Se presume que estas restricciones

⁽¹⁸⁾ Véase la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, DO L 200 de 16.7.1998, p. 55, y Suplemento EEE del DO 28 de 16.7.1998, p. 13.

producen efectos negativos en los mercados. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar que están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53.

19. Sin embargo, muchos acuerdos de cooperación horizontal no tienen por objeto la restricción de la competencia, por lo que es necesario analizar sus efectos. Para ello, no basta con que el acuerdo limite la competencia entre las partes. Debe darse, además, la probabilidad de que afecte a la competencia en el mercado en una medida tal que quepa esperar que produzca efectos de mercado negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y calidad de los productos o servicios.
20. La posibilidad de que el acuerdo en cuestión cause o no tales efectos negativos depende del contexto económico, de modo que será necesario tener en cuenta a la vez la naturaleza del acuerdo y el poder de mercado conjunto de las partes, el cual determina, junto con otros factores estructurales, la capacidad de la cooperación para afectar de forma considerable la competencia en general.

Naturaleza del acuerdo

21. La naturaleza de un acuerdo está en función de elementos tales como el ámbito y el objetivo de la cooperación, la competencia entre las partes y el alcance de la combinación de sus actividades. Estos elementos indican la probabilidad de que las partes coordinen su comportamiento en el mercado.
22. Es poco probable que determinados tipos de acuerdos, como la mayoría de los acuerdos de I+D o la cooperación en materia de normalización o de protección del medio ambiente, produzcan restricciones que afecten a los precios o a la producción. Si es que estos acuerdos producen algún efecto negativo, éste afectará más bien a la innovación o a la diversidad de productos. También pueden crear problemas de cierre del mercado.
23. Otros tipos de cooperación, como los acuerdos de producción o compra, implican generalmente un cierto grado de reparto de los costes (totales). Si dicho grado alcanza una magnitud importante, será más fácil para las partes coordinar los precios del mercado y la producción. Sólo se puede alcanzar un grado significativo de reparto de costes si se cumplen ciertas condiciones: en primer lugar, el ámbito de cooperación (por ejemplo, la producción o las compras) debe representar

una proporción importante de los costes totales en un mercado determinado; en segundo lugar, las partes deben combinar en gran medida sus actividades en el ámbito objeto de la cooperación. Así ocurre, en particular, cuando fabrican o compran conjuntamente un bien intermedio importante o una parte considerable de su producción total de un producto final.

Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

24. Por su propia naturaleza, algunas categorías de acuerdos no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Se trata normalmente de casos de cooperación que no implican coordinación alguna del comportamiento competitivo de las partes en el mercado, como por ejemplo:
- la cooperación entre empresas no competidoras,
 - la cooperación entre empresas competidoras que no pueden realizar por separado el proyecto o la actividad cubierta por el acuerdo de cooperación,
 - la cooperación referente a una actividad que no influye en los parámetros relevantes para la competencia.

Estos tipos de cooperación sólo pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si los participantes son empresas con un considerable poder de mercado⁽¹⁹⁾ y si es probable que causen problemas de cierre del mercado de cara al acceso de terceros.

Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

25. Existe otra categoría de acuerdos que, de antemano, puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Se trata de los acuerdos de cooperación cuyo objeto consiste en limitar la competencia mediante la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados o de la clientela. Estas restricciones se consideran las más dañinas, porque interfieren directamente en el resultado del juego de la competencia. La fijación de precios y la limitación de la producción tienen el efecto inmediato de que los consumidores tengan que pagar precios más elevados o no puedan obtener las cantidades deseadas. El reparto de mercados o de la clientela reduce la elección de los clientes y, por tanto, también provoca unos precios más altos o una producción inferior. En consecuencia, puede presumirse que estos acuerdos

⁽¹⁹⁾ Las empresas pueden tener un poder de mercado significativo por debajo del nivel de dominio de mercado, que es el umbral para la aplicación del artículo 54.

producen efectos negativos en el mercado y, por ello, están casi siempre prohibidos ⁽²⁰⁾.

Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

26. Los acuerdos que no forman parte de las categorías citadas deben ser examinados con mayor profundidad a fin de determinar si entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. El análisis deberá emplear criterios referentes al mercado, como la posición de las partes en los mercados y otros factores estructurales.

Poder de mercado y estructura del mercado

27. El punto de partida del análisis es la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación. De este modo, puede determinarse si, gracias a esta cooperación, las partes están en condiciones de adquirir, mejorar o aumentar su poder de mercado, es decir, si tienen la capacidad de producir efectos de mercado negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios. Para llevar a cabo este análisis, se ha de definir el mercado o los mercados de referencia utilizando la metodología recogida en la Comunicación del Órgano de Vigilancia sobre la definición del mercado ⁽²¹⁾. Las presentes Directrices brindarán una orientación adicional en los casos en que se vean afectados determinados tipos de mercado específicos, como los mercados de compra o tecnológicos.

28. Si las partes tienen una escasa cuota de mercado conjunta ⁽²²⁾, es poco probable que la cooperación

produzca efectos restrictivos y, en principio, no será necesario proceder a un análisis adicional. Si una parte en un acuerdo de tan sólo dos partes no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, ni siquiera una elevada cuota de mercado conjunta podrá considerarse, en principio, un indicio de un efecto restrictivo de la competencia en el mercado ⁽²³⁾. Dada la diversidad de formas de cooperación y los diferentes efectos que pueden producir en los mercados en función de las condiciones existentes, es imposible definir un umbral de cuota de mercado general a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente para causar efectos restrictivos.

29. Además de la posición de mercado de las partes y la suma de sus cuotas de mercado, cabe la posibilidad de que se haya de tener en cuenta el grado de concentración del mercado, es decir, la posición y el número de competidores, como factor adicional para evaluar el impacto de la cooperación en la competencia en el mercado. Se puede utilizar como indicador el índice Herfindahl-Hirschman («IHH»), que suma los cuadrados de las cuotas individuales de mercado de cada competidor ⁽²⁴⁾: si el IHH es inferior a 1 000, la concentración del mercado se considera baja; si el IHH oscila entre 1 000 y 1 800, el grado de concentración es moderado; y si es superior a 1 800, el grado de concentración es elevado. Otro indicador posible sería el grado de concentración de la empresa principal, que es la suma de las cuotas individuales de mercado de los principales competidores ⁽²⁵⁾.

30. En función de la posición de las partes en el mercado y del índice de concentración de éste, será necesario tener en cuenta, asimismo, otros factores, como la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada y la probabilidad de que se produzcan entradas en el mercado, la capacidad de los compradores/proveedores para contrarrestar el poder de mercado o la naturaleza de los productos (por ejemplo, su homogeneidad o grado de madurez). Cuando sea probable que se produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito de la innovación pero éstos no puedan evaluarse de una manera adecuada a partir de los mercados existentes, puede resultar necesario tener en cuenta determinados factores específicos para analizar estos efectos (véase la sección 2 sobre los acuerdos de I+D).

⁽²⁰⁾ Sin embargo, excepcionalmente esto no se aplica a una empresa en participación de producción. Es inherente al funcionamiento de tales empresas en participación que las decisiones sobre producción sean adoptadas en común por las partes. Si la empresa en participación comercializa además los productos fabricados en común, las decisiones sobre precios deben adoptarse conjuntamente las partes en el acuerdo. En este caso, la inclusión en el acuerdo de disposiciones sobre precios o producción no da lugar automáticamente a que el acuerdo entre en el ámbito del apartado 1 del artículo 53. Las disposiciones sobre precios o producción deberán evaluarse conjuntamente con los demás efectos de la empresa en participación sobre el mercado para determinar la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 53 (véase el punto 90).

⁽²¹⁾ Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a la definición de 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 del DO 28 de 16.7.1998, p. 3.

⁽²²⁾ Las cuotas de mercado deberían calcularse normalmente sobre la base del valor de las ventas en el mercado (véase el artículo 6 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D y el artículo 6 de la exención por categorías de los acuerdos de especialización). Para determinar la cuota de mercado de una parte en un mercado concreto, es necesario tener en cuenta las empresas que están vinculadas a las partes (véase el apartado 2 del artículo 2 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D y el apartado 2 del artículo 2 de la exención por categorías de los acuerdos de especialización).

⁽²³⁾ Si hay más de dos partes, la cuota colectiva de todos los competidores cooperadores tiene que ser significativamente superior a la cuota del mayor competidor participante único.

⁽²⁴⁾ Un mercado compuesto por cuatro empresas con unas cuotas de mercado del 30 %, 25 %, 25 % y 20 % tiene un IHH de 2 550 (900+625+625+400) con anterioridad a la cooperación. Si las dos primeras empresas del mercado se unieran para una cooperación, el IHH pasaría a 4 050 (3 025+625+400) una vez iniciada la cooperación. Este IHH resultante de la cooperación es relevante para la evaluación de los posibles efectos de esta cooperación en el mercado.

⁽²⁵⁾ Por ejemplo, el coeficiente de concentración de tres empresas CC3 es la suma de las cuotas de mercado de los tres principales competidores de un mercado.

1.3.2. Apartado 3 del artículo 53

31. Los acuerdos que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 pueden beneficiarse de una exención siempre que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 53. Así sucede cuando el acuerdo:

- contribuye a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico,
 - reserva a los usuarios una parte equitativa del beneficio resultante,
- y no:
- impone a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos mencionados,
 - brinda a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Ventajas económicas

32. La primera condición requiere que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o distribución de productos o a promover el progreso técnico o económico. Como estas ventajas se refieren a mejoras de eficiencia estáticas o dinámicas, pueden denominarse «ventajas económicas». Estas últimas pueden compensar los efectos restrictivos de la competencia. Por ejemplo, una cooperación puede permitir a las empresas ofrecer bienes o servicios a precios inferiores, mejorar la calidad o lanzar innovaciones al mercado con mayor rapidez. La mayoría de las mejoras de eficiencia se derivan de la combinación e integración de distintas capacidades o recursos. Las partes han de demostrar la probabilidad de que la cooperación produzca unas eficiencias y que éstas no pueden lograrse por medios menos restrictivos (véase también más adelante). Es necesario justificar las mejoras de eficiencia invocadas y no bastan las especulaciones o declaraciones genéricas sobre reducciones de costes.
33. El Órgano de Vigilancia no tiene en cuenta los ahorros de costes derivados de una reducción de la producción, del reparto de los mercados o del mero ejercicio del poder de mercado.

Parte equitativa para los usuarios

34. Las ventajas económicas deben beneficiar no sólo a las partes en el acuerdo, sino también a los consumidores. En general, la repercusión de las ventajas a los consumidores dependerá de la intensidad de la competencia en

el mercado de referencia. Normalmente, las presiones competitivas garantizarán que los ahorros de costes se repercutan en forma de precios más bajos o que las empresas tengan un incentivo para incorporar nuevos productos al mercado con la mayor rapidez posible. Por tanto, si se mantiene en el mercado un grado suficiente de competencia que restrinja efectivamente la capacidad de las partes en el acuerdo de ejercer su poder de mercado, el juego de la competencia garantizará, en principio, que los consumidores obtengan una parte equitativa de las ventajas económicas.

Indispensabilidad

35. La restricción de la competencia debe ser imprescindible para alcanzar las ventajas económicas. Si existen medios menos restrictivos para obtener ventajas comparables, las ganancias de eficiencia invocadas no pueden servir para justificar las restricciones de competencia. El carácter indispensable de una restricción depende de la situación del mercado y de la duración del acuerdo. Los acuerdos de exclusividad, por ejemplo, pueden impedir que una de las partes en el acuerdo practique el parasitismo y, por lo tanto, pueden ser aceptables. En algunos casos, en cambio, pueden no ser necesarios e incluso agravar los efectos restrictivos.

Ausencia de eliminación de la competencia

36. El último criterio de eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate está relacionado con la cuestión del dominio. Si una empresa es dominante o se convierte en dominante como consecuencia de un acuerdo horizontal, en principio no pueden quedar exentos los acuerdos que produzcan efectos contrarios a la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 53.

Reglamentos de exención por categorías para los acuerdos de I+D y de especialización

37. Siempre que se reúnan determinadas condiciones, puede presumirse que ciertas categorías de acuerdos cumplen los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 53. Éste es el caso, en particular, de los acuerdos de I+D y de los acuerdos de producción en los que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede generar unas mejoras de eficiencia importantes. Las presentes Directrices deben considerarse complementarias de los Reglamentos de exención por categorías de los acuerdos de I+D y de especialización. Estos Reglamentos de exención por categorías eximen los acuerdos más corrientes del ámbito de la producción/especialización hasta una cuota de mercado del 20 % y los del ámbito de la I+D hasta una cuota de mercado del 25 %, siempre que los acuerdos en cuestión cumplan los

requisitos de aplicación de la exención por categoría y no contengan restricciones especialmente graves («cláusulas negras») que hagan inaplicable la exención por categorías. Los Reglamentos de exención por categorías no contemplan la separabilidad en caso de restricciones especialmente graves. Si hay una o más restricciones de este tipo, el beneficio de la exención por categorías se pierde para todo el acuerdo.

1.4. Estructura de los siguientes capítulos relativos a los tipos de cooperación

38. Las Directrices se dividen en capítulos relativos a determinados tipos de acuerdos. Cada capítulo está estructurado conforme al marco analítico descrito en el punto 1.3. Cuando proceda, se proporcionarán algunas indicaciones específicas sobre la definición de los mercados de referencia (por ejemplo, en el ámbito de la I+D o por lo que se refiere a los mercados de compra).

2. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

2.1. Definición

39. Los acuerdos de I+D pueden variar tanto en su forma como en su ámbito de aplicación. Abarcan desde la subcontratación de algunas actividades de I+D hasta el perfeccionamiento conjunto de las tecnologías existentes, pasando por la cooperación en materia de investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos. Pueden revestir la forma de acuerdos de cooperación o de empresas controladas conjuntamente. El presente capítulo se aplica a todas las formas de acuerdos de I+D, incluidos los acuerdos accesorios de fabricación o comercialización de los productos resultantes de la I+D, siempre que el centro de gravedad de la cooperación sea la I+D, con la excepción de las concentraciones y empresas en participación que entren en el ámbito de aplicación del artículo 57 del Acuerdo EEE.

40. La cooperación en materia de I+D puede reducir los costes innecesarios y duplicados, permitir un intercambio intenso de ideas y experiencias que resulte beneficioso para todos los implicados y, de este modo, desembocar en un desarrollo de productos y tecnologías más rápido que si no mediaran estas iniciativas. Por regla general, la cooperación en I+D tiende a aumentar las actividades de investigación y desarrollo en su conjunto.

41. Las pequeñas y medianas empresas (PYME) constituyen una comunidad dinámica y heterogénea que debe hacer frente a numerosos retos, en particular a las mayores exigencias de las grandes empresas para las cuales a menudo actúan como subcontratistas. En los sectores con un alto grado de I+D, las PYME de crecimiento rápido —a menudo denominadas *start-up companies*— también persiguen una posición de liderazgo en los segmentos de mercado de desarrollo rápido. Para poder

afrontar estos retos y seguir siendo competitivas, las PYME deben innovar constantemente. Gracias a la cooperación en I+D, es probable que aumente el conjunto de las actividades de I+D de las PYME y se refuerce su capacidad de resistir a la competencia de las empresas más potentes.

42. No obstante, en algunos casos los acuerdos de I+D pueden causar problemas de competencia, tales como efectos restrictivos sobre los precios, la producción, la innovación y la diversidad o calidad de los productos.

2.2. Mercados de referencia

43. El elemento clave para definir el mercado de referencia en el marco de la evaluación de los efectos de un acuerdo de I+D es determinar los productos, las tecnologías o las actividades de I+D que ejercerán una presión competitiva sobre las partes. Entre las distintas situaciones posibles, se encuentran, en un extremo, las innovaciones que pueden desembocar en un producto (o una tecnología) que va a competir en un mercado de productos (o de tecnologías) existente. Éste es el caso de las actividades de I+D orientadas a la introducción de mejoras o modificaciones ligeras (por ejemplo, nuevos modelos de un producto). En esta situación, los efectos potenciales afectan al mercado de los productos existentes. En el otro extremo se sitúan las innovaciones que pueden desembocar en un producto muy novedoso que creará su propio mercado (por ejemplo, una nueva vacuna para una enfermedad incurable hasta entonces). En este caso, los mercados existentes sólo constituyen mercados de referencia si están relacionados de algún modo con la innovación en cuestión. Esta es la razón por la que, en la medida de lo posible, se deben evaluar los efectos de la cooperación sobre la innovación. No obstante, la mayoría de los casos probablemente se sitúe entre estos dos extremos: se trata de situaciones en las cuales los trabajos de innovación pueden desembocar en la puesta a punto de productos (o tecnologías) que sustituirán, a largo plazo, otros productos (o tecnologías) existentes (por ejemplo, los discos compactos, que han sustituido los discos de vinilo). Un análisis minucioso de estas situaciones podría requerir el estudio tanto de los mercados existentes como de la repercusión de los acuerdos sobre la innovación.

Mercados existentes

a) *Mercados de producto*

44. Si la cooperación se refiere a actividades de I+D orientadas hacia la mejora de productos existentes, estos últimos, incluidos sus productos de sustitución cercanos, constituyen el mercado de referencia afectado por la cooperación⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Para la definición del mercado, véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia relativa a la definición del mercado de referencia.

45. Si las actividades de I+D tienen por objeto modificar profundamente un producto existente, o incluso lanzar un nuevo producto que sustituya productos existentes, la sustitución del producto existente puede ser imperfecta o producirse sólo a largo plazo. Por consiguiente, es probable que los antiguos y los posibles nuevos productos no pertenezcan al mismo mercado de referencia. Ahora bien, el mercado de los productos existentes puede verse afectado si resulta probable que la puesta en común de las actividades de I+D implique una coordinación del comportamiento de las partes como proveedores de productos existentes. Sin embargo, el poder de mercado existente sólo se puede rentabilizar si las partes ocupan conjuntamente una posición de fuerza tanto en el mercado de los productos existentes como en el ámbito de las actividades de investigación y desarrollo.
46. Si la I+D se refiere a un componente importante de un producto final, es posible que a efectos de la evaluación no sólo resulte pertinente el mercado de dicho componente, sino también el mercado existente del producto final. Por ejemplo, si varios fabricantes de automóviles cooperan en la I+D de un nuevo tipo de motor, el mercado de los automóviles puede verse afectado por esta cooperación. Sin embargo, a efectos de la evaluación, el mercado de los productos finales sólo constituirá un mercado de referencia si el componente a que se refiere la I+D es un componente técnica o económicamente esencial de estos productos finales y si las partes del acuerdo de I+D son competidores importantes en el mercado de estos productos finales.
- b) *Mercados de tecnologías*
47. La cooperación en I+D puede referirse no sólo a productos, sino también a tecnologías. Cuando se comercializan derechos de propiedad intelectual independientemente de los productos a los que corresponden, debe definirse asimismo el mercado tecnológico de referencia. Los mercados de tecnologías incluyen los derechos de propiedad intelectual que se ceden bajo licencia, así como sus sustitutos cercanos, es decir, otras tecnologías que los clientes podrían utilizar como alternativa.
48. El método para definir los mercados de tecnologías se inspira en los mismos principios que la definición del mercado de productos⁽²⁷⁾. Empezando por la tecnología comercializada por las partes, hay que determinar esas otras tecnologías a las que los clientes podrían pasar como respuesta a un pequeño pero constante aumento de los precios relativos. Una vez determinadas dichas tecnologías, pueden calcularse las cuotas de mercado dividiendo los ingresos en concepto de licencias realizados por las partes por los ingresos totales en concepto de licencias de todos los vendedores de tecnologías sustitutivas.
49. La posición de las partes en el mercado de tecnologías existentes es un criterio de evaluación pertinente cuando una cooperación en I+D pretende mejorar radicalmente una tecnología existente o poner a punto una nueva tecnología destinada a sustituir una tecnología existente. Sin embargo, la cuota de mercado de las partes sólo puede tomarse como punto de partida del análisis. En los mercados de tecnologías, debe ponerse especial énfasis en la competencia potencial. Si ciertas empresas que actualmente no dan licencias sobre su tecnología tienen acceso potencial al mercado de la tecnología, podrían limitar la capacidad de las partes para subir los precios de su tecnología (véase el ejemplo 3 más adelante).
50. La cooperación en I+D puede no afectar, o no sólo afectar, a la competencia en los mercados existentes, sino a la competencia en el mercado de la innovación. Tal es el caso cuando la cooperación se refiere al desarrollo de nuevos productos o nuevas tecnologías, que, si son emergentes, pueden llegar a sustituir los productos o tecnologías existentes, o bien están destinados a un nuevo uso y, por lo tanto, no sustituirán productos o tecnologías existentes, sino que crearán una demanda completamente nueva. Los efectos sobre la competencia en el ámbito de la innovación son importantes en este tipo de situaciones, pero puede suceder que su evaluación sea insuficiente si el análisis se limita a la competencia real o potencial en los mercados de productos o tecnologías existentes. A este respecto, cabe distinguir dos situaciones, en función de la naturaleza del proceso de innovación en un sector de actividad determinado.
51. En la primera situación, que se da por ejemplo en la industria farmacéutica, el proceso de innovación está estructurado de tal manera que es posible determinar en una fase temprana los polos de investigación y desarrollo. Estos polos son las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como la sustitución de esta I+D, es decir la I+D de productos o tecnologías alternativos a los que son objeto de la cooperación en cuestión y que tengan un acceso comparable a los recursos y sigan un calendario similar. En este caso, puede analizarse si tras el acuerdo quedará un número suficiente de polos de I+D. El análisis se inicia por las actividades de I+D de las partes. Es necesario, a

(27) Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia relativa a la definición del mercado de referencia; véase asimismo, a modo de ejemplo, la Decisión 94/811/CE de la Comisión, de 8 de junio de 1994, en el asunto IV/M.269 — Shell/Montecatini (DO L 332 de 22.12.1994, p. 48).

Competencia en materia de innovación (actividades de I+D)

continuación, definir unos polos de I+D verosímiles y en los que exista competencia. Para medir la verosimilitud de los polos competidores, deben tenerse en cuenta los aspectos siguientes: la naturaleza, el ámbito y la importancia de otras posibles actividades de I+D, su acceso a recursos financieros y humanos, a conocimientos técnicos y patentes, otros activos específicos, su calendario y su capacidad de explotar los posibles resultados. Un polo de investigación y desarrollo no es un polo competidor verosímil si no se puede considerar que es una actividad de sustitución próxima a la actividad de I+D de las partes desde el punto de vista, por ejemplo, del acceso a los recursos o de su calendario.

52. En la segunda situación, los esfuerzos de innovación en un sector no están estructurados de manera suficientemente clara para permitir la definición de polos de investigación y desarrollo. En este caso, el Órgano de Vigilancia, salvo que mediaran circunstancias excepcionales, no trataría de evaluar los efectos sobre la innovación de una cooperación concreta en I+D, sino que limitaría su evaluación a los mercados de productos o tecnologías relacionados con la cooperación en cuestión.

Cálculo de las cuotas de mercado

53. El cálculo de las cuotas de mercado, tanto a efectos de la exención por categorías de I+D como de las presentes Directrices, debe reflejar la distinción entre los mercados existentes y la competencia en materia de innovación. Al principio de una cooperación, el punto de referencia es el mercado de productos que pueden mejorarse o reemplazarse por los productos en desarrollo. Si el acuerdo de I+D sólo está destinado a mejorar o perfeccionar productos existentes, este mercado abarca los productos directamente afectados por la I+D. Por consiguiente, las cuotas de mercado se pueden calcular sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Si la I+D se propone sustituir un producto existente, el nuevo producto será, si resulta exitoso, un sustituto de los productos existentes. Para evaluar la posición competitiva de las partes, también es posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Por consiguiente, la exención por categorías de I+D basa la exención de estos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia respecto de los productos susceptibles de ser mejorados o sustituidos por los productos objeto del contrato». Para que la exención se aplique de oficio, esta cuota de mercado no puede exceder del 25 %⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Apartado 2 del artículo 4 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D.

54. Si la I+D se propone crear un producto que suscitará una demanda completamente nueva, las cuotas de mercado no pueden calcularse en función de las ventas. Sólo es posible un análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia en materia de innovación. Por consiguiente, la exención por categorías de los acuerdos de I+D exime estos acuerdos con independencia de la cuota de mercado durante un período de siete años a partir de la primera comercialización del producto⁽²⁹⁾. Sin embargo, si el acuerdo eliminara la competencia efectiva en la innovación podría retirarse el beneficio de la exención por categorías⁽³⁰⁾. Tras el período de siete años, las cuotas de mercado pueden calcularse en función del valor de las ventas, y se aplica el límite del 25 % a la cuota de mercado⁽³¹⁾.

2.3. Evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

2.3.1. *Naturaleza del acuerdo*

2.3.1.1. Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

55. La mayoría de los acuerdos de I+D no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Este es el caso, en primer lugar, de los acuerdos de cooperación en I+D en una fase principalmente teórica, muy distante de la explotación de sus posibles resultados.
56. Además, la cooperación en I+D entre empresas no competidoras generalmente no restringe la competencia⁽³²⁾. Las relaciones de competencia entre las partes deben analizarse en el contexto de los mercados existentes o de innovación afectados. Si las partes no están en condiciones de efectuar independientemente las labores de I+D necesarias, no hay competencia que pueda resultar restringida. Esta observación puede aplicarse, por ejemplo, a las empresas que ponen en común conocimientos, tecnologías y otros recursos complementarios. La cuestión de la competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista. Por ejemplo, las partes no pueden considerarse competidores potenciales por el mero hecho de que la cooperación les permita realizar estas actividades de I+D. La cuestión determinante consiste en saber si cada parte dispone, por su cuenta, de los medios necesarios en términos de activos físicos, conocimientos técnicos u otros recursos.

⁽²⁹⁾ Apartado 1 del artículo 4 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D.

⁽³⁰⁾ Apartado 2 del artículo 7 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D.

⁽³¹⁾ Apartado 3 del artículo 4 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D.

⁽³²⁾ Una cooperación en I+D entre empresas no competidoras puede producir, sin embargo, la exclusión del acceso al mercado con arreglo al apartado 1 del artículo 53, si implica la explotación exclusiva de los resultados y si afecta a empresas de las cuales una tiene un poder de mercado significativo en tecnologías clave.

57. La cooperación en materia de I+D mediante la externalización de actividades de I+D que antes efectuaba la propia empresa a menudo la realizan empresas especializadas, institutos de investigación u organismos académicos que no participan en la explotación de los resultados. Se trata generalmente de acuerdos combinados con una transferencia de conocimientos técnicos o con una cláusula de suministro exclusivo de los posibles resultados. Dado el carácter complementario de los participantes en la cooperación, en este caso no se aplica el apartado 1 del artículo 53.
58. Una cooperación en I+D que no abarca la explotación conjunta de los posibles resultados por medio de licencias, producción o comercialización del producto no suele entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Estos acuerdos «puros» de I+D sólo pueden plantear un problema de competencia si se reduce significativamente la competencia efectiva en el ámbito de la innovación.
- 2.3.1.2. Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53
59. Si el verdadero objeto de un acuerdo no es la I+D, sino la creación de un cartel encubierto —por ejemplo, de fijación de precios, limitación de la producción o reparto de los mercados, prácticas que, por otra parte, están prohibidas— éste entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Sin embargo, un acuerdo de I+D que contemple la explotación en común de los posibles resultados futuros no será necesariamente restrictivo de la competencia.
- 2.3.1.3. Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53
60. Los acuerdos de I+D que no pueden calificarse, de entrada, de acuerdos manifiestamente no restrictivos pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53⁽³³⁾ y deben analizarse en su contexto económico. Esta observación vale para toda cooperación en I+D que se realice en una fase próxima a la comercialización y que sea acordada por empresas competidoras en los mercados de productos o tecnologías existentes o en los mercados de la innovación.
- 2.3.2. *Poder de mercado y estructura del mercado*
61. La cooperación en I+D puede producir tres tipos de efectos negativos en los mercados: en primer lugar, puede limitar la innovación; en segundo lugar, puede implicar la coordinación del comportamiento de las partes en los mercados existentes; y, en tercer lugar, pueden aparecer problemas de cierre del mercado en la fase de explotación de los resultados. Sin embargo, estos tipos de efectos negativos sobre el mercado sólo pueden producirse cuando los participantes en la cooperación tienen un poder importante en los mercados existentes o cuando se reduce significativamente la competencia en la innovación. Si no hay poder de mercado, las empresas no tienen incentivos para coordinar su comportamiento en los mercados existentes ni reducir o retrasar la innovación. Los problemas de cierre del mercado sólo pueden plantearse en el marco de una cooperación en la que participe al menos un operador con un poder de mercado significativo en una tecnología clave y que dé lugar a una explotación exclusiva de los resultados.
62. No hay un máximo absoluto de cuota de mercado que indique que un acuerdo de I+D crea un cierto grado de poder de mercado y que, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Sin embargo, los acuerdos de I+D quedan exentos si se celebran entre partes con una cuota de mercado combinada que no exceda del 25 % y se cumplen los demás requisitos de aplicación de la exención por categorías de los acuerdos de I+D. Por consiguiente, para la mayoría de los acuerdos de I+D, los efectos restrictivos sólo tienen que analizarse si la cuota de mercado conjunta de las partes supera el 25 %.
63. Los acuerdos que no pueden beneficiarse de la exención por categorías de los acuerdos de I+D debido a que el poder de mercado de las partes sea mayor no tienen que ser necesariamente restrictivos de la competencia. Sin embargo, cuanto más fuerte sea la posición conjunta de las partes en los mercados existentes o cuanto más se limite la competencia en la innovación, más probable será que haya de aplicarse el apartado 1 del artículo 53, y la evaluación del acuerdo en cuestión exigirá un análisis más preciso.
64. Si la I+D se destina a mejorar o perfeccionar productos o tecnologías existentes, los posibles efectos afectarán al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. Con todo, la probabilidad de que se produzcan efectos sobre los precios, la producción o la innovación en los mercados existentes sólo se da si las partes ocupan conjuntamente una posición de fuerza, si la entrada en estos mercados es difícil y si las actividades de innovación alternativas son escasas. Además, si la I+D sólo afecta a un insumo poco importante para el producto final, los efectos sobre la competencia entre estos productos finales serán, si los hubiera, muy limitados. Por regla general, debe distinguirse entre los acuerdos puros de I+D y una cooperación más amplia que abarque distintas fases de la explotación de los resultados (es decir, concesión de licencias, producción y comercialización). Según se ha señalado anteriormente, los acuerdos puros de I+D no suelen entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Esto se aplica muy especialmente a las labores de I+D destinadas a una mejora limitada de productos o tecnologías existentes. Si, en tal supuesto, la cooperación en materia de I+D abarca una explotación conjunta limitada a la

⁽³³⁾ Con arreglo al punto 3 del apartado 2 del artículo 4 del capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, los acuerdos cuyo único objeto sea la investigación y el desarrollo en común pueden ser notificados, aunque no es obligatorio, al Órgano de Vigilancia de la AELC.

concesión de licencias, es poco probable que se planteen efectos restrictivos tales como el cierre del acceso al mercado. En cambio, si la cooperación se extiende a la producción o comercialización conjunta de los productos o tecnologías a los que se incorporarán estas mejoras ligeras, deberá ser objeto de un examen más pormenorizado. En primer lugar, si en la cooperación participan grandes competidores, es más probable que se produzcan efectos negativos sobre los precios y la producción en los mercados existentes. En segundo lugar, la cooperación puede asemejarse más a un acuerdo de producción cuando las actividades de I+D no constituyan, de hecho, el centro de gravedad de la colaboración.

65. Si las actividades de investigación y desarrollo se consagran a la puesta a punto de un producto (o de una tecnología) totalmente nuevo que originará su propio mercado, es relativamente poco probable que produzcan efectos sobre los precios y la producción en los mercados existentes. El análisis debe centrarse en las restricciones que puedan afectar a la innovación y que se refieren, por ejemplo, a la calidad y diversidad de los posibles futuros productos o tecnologías o también a la rapidez de la innovación. Estos efectos restrictivos pueden producirse cuando dos o más empresas de entre las pocas que desarrollen ese producto nuevo comienzan a cooperar en una fase en que cada una de ellas está a punto de lanzar el producto por su cuenta. En este caso, se puede restringir la innovación mediante un acuerdo puro de I+D. Sin embargo, la cooperación en I+D para la puesta a punto de un producto completamente nuevo tiene, en general, efectos positivos sobre la competencia. Este principio sigue siendo en gran medida válido cuando la cooperación abarca la explotación conjunta de los resultados, o incluso su comercialización conjunta. En estos casos la explotación conjunta sólo plantea un problema cuando se obstaculiza el acceso a tecnologías clave. Esta clase de problemas desaparece, en cambio, si las partes conceden licencias a terceros.

66. La mayoría de los acuerdos de I+D se encuentran en algún lugar a medio camino entre los dos extremos descritos. Por ello, pueden producir efectos en la innovación y también tener repercusiones en los mercados existentes. Así pues, puede resultar pertinente estudiar tanto el mercado existente como el efecto sobre la innovación para medir las posiciones conjuntas de las dos partes, el grado de concentración de los mercados, el número de operadores o innovadores y las condiciones de entrada en los mercados. En algunos casos se pueden producir efectos restrictivos sobre los precios o la producción en los mercados existentes y efectos negativos sobre la innovación debido a una disminución de la cadencia del desarrollo. Por ejemplo, si unos competidores importantes en un mercado de tecnologías existente cooperan en el desarrollo de una nueva tecnología susceptible de sustituir en algún momento los productos existentes, esta cooperación producirá probablemente efectos restrictivos si las partes tienen un poder de

mercado significativo en el mercado existente (lo que las incitará a explotarlo) y si, además, tienen una posición de fuerza en el ámbito de la I+D. Es posible que se produzca un efecto similar si el principal operador de un mercado existente coopera con un competidor mucho más pequeño o incluso con un competidor potencial que está a punto de hacer su aparición en el mercado con un producto nuevo o una tecnología nueva que pueda amenazar la posición del operador dominante.

67. Algunos acuerdos también pueden quedar excluidos de la exención por categorías independientemente de cuál sea el poder de mercado de las partes. Es el caso, en particular, de los acuerdos que limitan el acceso de una de las partes a los resultados de los trabajos, ya que, generalmente, estos acuerdos no fomentan el progreso económico y técnico mediante una mayor difusión de los conocimientos técnicos entre las partes⁽³⁴⁾. La exención por categorías establece una excepción explícita a esta norma general relativa a los organismos universitarios, institutos de investigación o empresas especializadas que prestan la I+D como un servicio y no suelen participar en la explotación industrial de sus resultados⁽³⁵⁾. No obstante, conviene tener en cuenta que los acuerdos que establecen derechos de acceso exclusivos pueden, cuando entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, cumplir los criterios de exención formulados en el apartado 3 de dicho artículo, en particular si estos derechos de acceso exclusivos son económicamente indispensables en función del mercado, los riesgos y las considerables inversiones necesarias para explotar los resultados de la investigación y el desarrollo.

2.4. Evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53

2.4.1. Ventajas económicas

68. La mayoría de los acuerdos de I+D, independientemente de que contemplen o no la explotación conjunta de los resultados, producen unas ventajas económicas en forma de ahorros de costes y de un fructífero intercambio de ideas y experiencias, lo que acelera el desarrollo o perfeccionamiento de nuevos productos o tecnologías. En estas circunstancias, parece razonable eximir los acuerdos que den lugar a una restricción de la competencia hasta una cuota de mercado límite por debajo de la cual cabe en general presumir, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 53, que los efectos positivos de los acuerdos de I+D compensarán los eventuales efectos negativos sobre la competencia. Por esta razón, la exención por categorías de los acuerdos de I+D exime los acuerdos que cumplan determinados requisitos (véase

⁽³⁴⁾ Véase el apartado 2 del artículo 3 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D.

⁽³⁵⁾ Véase el apartado 2 del artículo 3 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D.

el artículo 3) y que no incluyen restricciones especialmente graves (véase el artículo 5), siempre que la cuota de mercado combinada de las partes en los mercados afectados existentes no exceda del 25 %.

69. Si la cooperación crea o refuerza un poder de mercado considerable, las partes deben demostrar que la cooperación en materia de I+D produce unas ventajas significativas, que la comercialización de nuevos productos o nuevas tecnologías es más rápida o que se generan otros incrementos de eficiencia.

2.4.2. *Indispensabilidad*

70. Un acuerdo de I+D no puede quedar exento si impone restricciones que no son indispensables para lograr las ventajas citadas. En la mayoría de los casos, las cláusulas enumeradas en el artículo 5 de la exención por categorías de los acuerdos de I+D impiden la concesión de una exención, incluso tras un examen individualizado del acuerdo, y por ello pueden considerarse un buen ejemplo de las restricciones que no son indispensables para la cooperación.

2.4.3. *Ausencia de eliminación de la competencia*

71. No será posible conceder una exención si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos (o tecnologías) en cuestión. Si, a raíz de un acuerdo de I+D, una empresa es dominante o empieza a hacerse con el dominio en un mercado existente o en el ámbito de la innovación, dicho acuerdo produce efectos contrarios a la competencia en el sentido del artículo 53 y, por tanto, no puede en principio quedar exento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la innovación si el acuerdo combina los dos únicos polos de investigación existentes.

abarcará la duración de la fase de I+D y —cuando se vean afectadas la producción y comercialización conjuntas de los posibles resultados— una fase adicional destinada al posible lanzamiento e introducción en el mercado. La razón que justifica esta fase adicional de exención radica en que las primeras empresas que lleguen a un mercado con un nuevo producto o una nueva tecnología dispondrán a menudo de unas cuotas de mercado muy elevadas y en que, por lo general, las actividades de I+D que prosperen se verán recompensadas con derechos de propiedad intelectual. Por regla general, no se puede deducir que una posición de mercado fuerte derivada de la ventaja de llevar la iniciativa implique la eliminación de la competencia. Por consiguiente, la exención por categorías abarca los acuerdos de I+D durante un período adicional de siete años (es decir, más allá de la fase de I+D), independientemente de que en este período las partes se hagan o no con una cuota de mercado elevada gracias a sus nuevos productos o tecnologías. Ello también es válido para la evaluación individual de casos no abarcados por la exención por categorías, siempre que se cumplan los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 53 por lo que se refiere a los demás aspectos del acuerdo. Esto no excluye la posibilidad de que un período de más de siete años también satisfaga los criterios del apartado 3 del artículo 53, si se puede demostrar que es el plazo mínimo que se necesita para garantizar una rentabilidad adecuada de la inversión realizada.

74. Si, una vez transcurrido ese período, se lleva a cabo una nueva evaluación de un acuerdo de cooperación de I+D a raíz de una denuncia, por ejemplo, el análisis se ha de basar en la situación de mercado que exista en ese momento. La exención por categorías sigue siendo de aplicación si la cuota de las partes en el mercado de referencia en ese momento no es superior al 25 %. De modo análogo, el apartado 3 del artículo 53 sigue aplicándose a los acuerdos de I+D que queden al margen de la exención por categorías, siempre que se cumplan los requisitos para la concesión de una exención.

Momento de la evaluación y duración de la exención

72. Los acuerdos de I+D que abarcan la producción y comercialización conjuntas de nuevos productos o nuevas tecnologías exigen una atención especial por lo que se refiere al momento en que se realiza la evaluación.
73. Cuando se inicia un acuerdo de cooperación de I+D, se ignora si tendrá éxito, como también suelen desconocerse factores tales como la futura posición de mercado de las partes y el desarrollo que los mercados de productos o tecnológicos tendrán en el futuro. En consecuencia, en la fecha en que se establece la cooperación, la evaluación se circunscribe a los mercados de productos o tecnológicos ya existentes o a los mercados de innovación descritos en el presente capítulo. Si de esta evaluación se desprende que no es probable que se vaya a eliminar la competencia, el acuerdo de I+D puede beneficiarse de una exención, que, por lo general,

2.5. Ejemplos

75. Ejemplo 1

Situación: Dos empresas importantes operan en el mercado EEE de fabricación de componentes electrónicos ya existentes: A (30 %) y B (30 %). Cada una de ellas ha realizado inversiones cuantiosas en las actividades de I+D necesarias para fabricar componentes electrónicos miniaturizados y desarrollado unos primeros prototipos. En un momento dado, acuerdan aunar sus actividades de I+D mediante la creación de una empresa en participación para completar tales actividades y fabricar los componentes, que se revenderán a las matrices para que éstas los comercialicen por separado. El resto del mercado está formado por pequeñas empresas que carecen de recursos suficientes para llevar a cabo las inversiones necesarias.

Análisis: Aunque es probable que en algunos ámbitos los componentes electrónicos miniaturizados compitan con los componentes ya existentes, se trata básicamente de una nueva tecnología, por lo que se ha de realizar un análisis de los polos de investigación que se destinan a este mercado futuro. Si la empresa en participación sigue adelante, sólo habrá un camino para la tecnología de fabricación necesaria, mientras que sería probable que A y B pudieran introducirse en el mercado por separado con productos distintos. Si bien el acuerdo podría ser ventajoso al presentar una nueva tecnología con mayor rapidez, al mismo tiempo también reduce la variedad y hace que las partes compartan costes. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que las partes pueden explotar su posición de fuerza en el mercado ya existente. Al no tener competencia en las actividades de I+D, cabe la posibilidad de que se reduzcan drásticamente sus incentivos para seguir investigando a buen ritmo en nuevas tecnologías. A pesar de que algunos de estos problemas podrían resolverse exigiendo a las partes que concediesen a terceros licencias de conocimientos técnicos esenciales para la fabricación de componentes miniaturizados en condiciones razonables, puede que no sea posible superar todas las barreras y satisfacer las condiciones para la concesión de una exención.

76. Ejemplo 2

Situación: La empresa A, una pequeña empresa de investigación que carece de una organización de comercialización propia, ha descubierto y patentado un medicamento basado en una nueva tecnología que revolucionará el tratamiento de una determinada enfermedad. La empresa A celebra un acuerdo de I+D con B, gran fabricante de unos productos farmacéuticos que hasta ese momento se han empleado en el tratamiento de la misma enfermedad. La empresa B carece de un programa similar de I+D. Por lo que se refiere a los productos ya existentes, la empresa B posee una cuota de mercado aproximada del 75 % en todos los Estados miembros, pero las patentes expirarán a lo largo de los cinco años siguientes. Existen otros dos polos de investigación que se encuentran más o menos en la misma fase de desarrollo y que emplean la misma tecnología básica nueva. La empresa B aportará unos recursos y conocimientos técnicos considerables para el desarrollo del producto, así como un acceso futuro al mercado. Obtiene una licencia para la producción y distribución exclusivas del producto resultante durante la vigencia de la patente. Se espera que las partes estén en condiciones de introducir conjuntamente el producto en el mercado en un plazo de cinco y siete años.

Análisis: Es probable que el producto pertenezca a un nuevo mercado de referencia. Las partes aportan a la cooperación recursos y capacidades complementarios, con lo que aumenta de forma sustancial la probabilidad

de que el producto llegue finalmente al mercado. Aunque es probable que la empresa B goce de un poder considerable en el mercado ya existente, este poder irá disminuyendo a corto plazo y la existencia de otros polos de investigación posiblemente neutralizará todo incentivo para reducir las actividades de I+D. Es probable que los derechos de explotación durante el período de patente restante sean necesarios para que la empresa B lleve a cabo las inversiones considerables que se necesitan y la empresa A no cuenta con recursos de comercialización propios. Por consiguiente, resulta improbable que el acuerdo restrinja la competencia.

77. Ejemplo 3

Situación: Dos empresas de ingeniería que fabrican componentes para automóviles acuerdan crear una empresa en participación con objeto de combinar sus actividades de I+D con vistas a mejorar la producción y el rendimiento de un componente ya existente. Además, aúnan sus divisiones existentes de concesión de licencias de tecnología en este ámbito, si bien continuarán fabricando por separado. Las dos empresas poseen en el EEE unas cuotas de mercado del 15 % y 20 % del mercado de productos de equipos originales. En este mercado hay otros dos grandes competidores, además de varios programas internos de investigación llevados a cabo por grandes fabricantes de automóviles. En el mercado mundial de concesión de licencias de tecnología para estos productos poseen cuotas del 20 % y 25 %, en términos de ingresos generados, y existen otras dos tecnologías importantes. El ciclo de vida del producto para este componente suele ser de dos a tres años. En cada uno de los cinco últimos años, alguna de las empresas importantes ha introducido una nueva versión o mejora.

Análisis: Habida cuenta de que ninguna de las actividades de I+D de estas empresas está destinada a la fabricación de un producto completamente nuevo, los mercados que se han de tener en cuenta son los de componentes ya existentes y los de concesión de licencias de la tecnología pertinente. Aunque en términos generales se solapan sus programas actuales de I+D, la menor duplicación que supone la cooperación les podría permitir gastar más en I+D que si actuaran por separado. Existen otras varias tecnologías y la cuota conjunta de las partes en el mercado de equipos originales no las sitúa en una posición dominante. Aunque su cuota del 45 % en el mercado de tecnologías es muy alta, existen tecnologías competidoras. Además, los fabricantes de vehículos, que actualmente no conceden licencias para su tecnología, también pueden introducirse en este mercado, con lo que restringirían la capacidad de las partes para elevar los precios. Como ya se ha indicado, es probable que se conceda una exención a la empresa en participación.

3. ACUERDOS DE PRODUCCIÓN (INCLUIDOS LOS ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN)

3.1. Definición

78. Los acuerdos de producción pueden variar en cuanto a su forma y alcance. Pueden revestir la forma de una producción conjunta a través de una empresa en participación⁽³⁶⁾—es decir, una empresa controlada conjuntamente que gestiona una o más plantas de producción—o realizarse mediante acuerdos de especialización o subcontratación por los que una parte se compromete a hacerse cargo de la fabricación de un determinado producto.
79. Generalmente, cabe distinguir entre tres categorías de acuerdos de producción: acuerdos de producción conjunta, por los que las partes acuerdan producir determinados productos en común (unilaterales o recíprocos); acuerdos de especialización, por los que las partes acuerdan unilateral o recíprocamente abandonar la producción de un producto y comprárselo a la otra parte; y acuerdos de subcontratación, por los que una parte (el «contratista») encarga a otra parte (el «subcontratista») la fabricación de un producto.
80. Los acuerdos de subcontratación son acuerdos verticales. Por tanto, en la medida en que contienen restricciones a la competencia, están cubiertos por la exención por categorías y las Directrices sobre restricciones verticales. Hay, sin embargo, dos excepciones a esta norma: los acuerdos de subcontratación entre competidores⁽³⁷⁾ y los acuerdos de subcontratación entre no competidores que impliquen la transferencia de conocimientos técnicos al subcontratista⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Como se ha indicado anteriormente, las empresas en participación que entran en el ámbito de aplicación del artículo 57 del Acuerdo EEE no son objeto de las presentes Directrices. Las empresas en participación de plenas funciones que no alcanzan la dimensión comunitaria o de la AELC suelen incumbir a las autoridades de competencia de los Estados del EEE. La aplicación del capítulo II del Protocolo 4 sólo podría ser pertinente si tal empresa en participación de plenas funciones diera lugar a restricciones de la competencia resultantes de la coordinación de las empresas matrices al margen de la empresa en participación (consecuencias indirectas o efecto *spill-over*). A este respecto, la Comisión Europea ha declarado que, en la medida de lo posible, dejará la evaluación de tales operaciones en manos de los Estados miembros [véase la declaración para el acta del Consejo sobre el Reglamento (CE) nº 1310/97, punto 4]. El Órgano de Vigilancia de la AELC aplicará un principio similar a los Estados de la AELC.

⁽³⁷⁾ Apartado 4 del artículo 2 de la exención por categorías de restricciones verticales.

⁽³⁸⁾ Apartado 3 del artículo 2 de la exención por categorías de restricciones verticales. Véase también el punto 33 de las Directrices sobre restricciones verticales, en el que se señala que los acuerdos de subcontratación entre no competidores, con arreglo a los cuales el comprador sólo facilita al proveedor unas especificaciones que describen los bienes o servicios que deben prestarse, están cubiertos por la exención por categorías de restricciones verticales.

81. Los acuerdos de subcontratación entre competidores están cubiertos por las presentes Directrices⁽³⁹⁾. Las orientaciones para la evaluación de los acuerdos de subcontratación entre no competidores que impliquen la transferencia de conocimientos técnicos al subcontratista figuran en una Comunicación separada⁽⁴⁰⁾.

3.2. Mercados de referencia

82. Con objeto de evaluar la relación de competencia entre las partes cooperantes, se han de definir, en primer lugar, el o los mercados de productos y el o los mercados geográficos de referencia directamente afectados por la cooperación (es decir, el mercado o mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo). En segundo lugar, es posible que un acuerdo de producción celebrado en un mercado afecte al comportamiento competitivo de las partes en un mercado ascendente o descendente o en un mercado vecino que esté estrechamente relacionado con el mercado directamente afectado por la cooperación (los denominados mercados *spill-over* o mercados indirectamente afectados)⁽⁴¹⁾. No obstante, estas consecuencias indirectas sólo se producen si la cooperación en un mercado conduce necesariamente a la coordinación del comportamiento competitivo en otro mercado, es decir, si existen interdependencias entre los mercados y si las partes gozan de una posición de fuerza sobre el mercado indirectamente afectado.

3.3. Evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

3.3.1. Naturaleza del acuerdo

83. La principal fuente de problemas de competencia que pueden surgir de los acuerdos de producción es la coordinación del comportamiento competitivo de las partes en tanto que proveedores. Este tipo de problemas de competencia se plantea cuando las partes cooperantes son competidores reales o potenciales en al menos uno de estos mercados de referencia, es decir, los mercados directamente afectados por la cooperación o los posibles mercados indirectamente afectados.

⁽³⁹⁾ Si un acuerdo de subcontratación entre competidores establece que el contratista abandone la producción del artículo al que se refiere el acuerdo, éste constituye un acuerdo de especialización unilateral que está cubierto, en determinadas condiciones, por la exención por categorías de los acuerdos de especialización.

⁽⁴⁰⁾ Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a su evaluación de determinados acuerdos de subcontratación en relación con el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, DO L 153 de 18.6.1994, p. 30, y Suplemento EEE del DO L 15 de 18.6.1994, p. 29.

⁽⁴¹⁾ A lo que también se hace referencia en el apartado 4 del artículo 2 del Reglamento mencionado en el punto 1 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) nº 4064/89, DO L 395 de 30.12.1989, p. 1, versión corregida en el DO L 257 de 21.9.1990, p. 13, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) nº 1310/97, DO L 180 de 9.7.1997, p. 1, el Reglamento de concentraciones].

84. El hecho de que las partes sean competidores no conlleva automáticamente la coordinación de sus actividades. Además, por regla general, las partes necesitan cooperar en lo relativo a una parte significativa de sus actividades para lograr un grado sustancial de reparto de costes. Cuanto mayor sea este grado, mayor será el potencial para limitar la competencia de precios, especialmente en el caso de productos homogéneos.
85. Además de los problemas de coordinación, los acuerdos de producción también pueden suscitar problemas de exclusión en el acceso al mercado y otras consecuencias negativas para terceros. Éstos no se deben a una relación competitiva entre las partes, sino a una posición de mercado fuerte de al menos una de ellas (por ejemplo, en un mercado ascendente de un componente esencial, que permite a las partes incrementar los costes de sus rivales en un mercado descendente) en el contexto de una relación más vertical o complementaria entre las partes cooperantes. Por tanto, la posibilidad de exclusión ha de ser examinada principalmente en el caso de la producción conjunta de un componente importante y de los acuerdos de subcontratación (véase más adelante).
- 3.3.1.1. Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53
86. A menos que surjan problemas de cierre del mercado, los acuerdos de producción entre empresas no competidoras no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Lo mismo sucede con los acuerdos por los que se adquieren insumos o componentes hasta entonces fabricados para el consumo propio (producción cautiva) a un tercero mediante subcontratación o especialización unilateral, a menos que existan indicios de que la empresa que hasta ese momento sólo producía para consumo propio pudiera haberse introducido en el mercado para vender a terceros sin incurrir en costes sustanciales o sin correr riesgos adicionales en respuesta a pequeños cambios permanentes de los precios relativos de mercado.
87. Ni siquiera los acuerdos de producción entre competidores entran necesariamente en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. En primer lugar, no se puede catalogar de restrictiva de la competencia la cooperación entre empresas que compiten en mercados estrechamente relacionados con el mercado directamente afectado por la cooperación, si dicha cooperación constituye la única vía posible y comercialmente justificable de introducirse en un mercado nuevo, de lanzar un producto o servicio nuevos o de llevar a cabo un proyecto específico.
88. En segundo lugar, es muy poco probable que haya un efecto en el comportamiento competitivo de las partes en su calidad de proveedores del mercado, si sólo comparten una pequeña proporción de sus costes totales. Así, por ejemplo, es de suponer que existe un escaso grado de reparto de los costes totales en el caso de que dos o más empresas se pongan de acuerdo sobre la especialización o producción en común de un producto intermedio que sólo represente una pequeña proporción de los costes de fabricación del producto final y, en consecuencia, de los costes totales. Lo mismo cabe decir de un acuerdo de subcontratación entre competidores en los que los insumos comprados por un competidor a otro sólo representan una pequeña proporción de los costes de producción del producto final. También cabe presumir que hay un escaso grado de reparto de los costes totales en caso de que las partes fabriquen conjuntamente un producto final que sólo represente una pequeña proporción en relación con la producción total del producto final. Aun en el caso de que se fabrique conjuntamente una proporción elevada, cabe la posibilidad, sin embargo, de que el grado de reparto de los costes totales sea escaso o moderado si la cooperación afecta a productos heterogéneos que requieren una comercialización costosa.
89. En tercer lugar, los acuerdos de subcontratación entre competidores no están comprendidos en el apartado 1 del artículo 53 si se limitan a ventas y compras individuales en el mercado sin más obligaciones y sin formar parte de una relación comercial más amplia entre las partes ⁽⁴²⁾.
- 3.3.1.2. Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53
90. Los acuerdos que fijan los precios de los suministros de mercado de las partes, limitan la producción o reparten mercados o grupos de clientes tienen por objeto restringir la competencia y casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. No obstante, esto no se aplica:
- cuando las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), ni
 - cuando una empresa en participación que también está a cargo de la distribución de los productos manufacturados fija los precios de estos productos, siempre que esta fijación de precios sea el resultado de la incorporación de las diferentes actividades ⁽⁴³⁾.
- ⁽⁴²⁾ Sin embargo, al igual que cualquier acuerdo de subcontratación, este tipo de acuerdos puede entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si contiene restricciones verticales, como las restricciones sobre ventas pasivas, el mantenimiento de precios de venta, etc.
- ⁽⁴³⁾ No obstante, las empresas en participación de producción que también se hacen cargo de la distribución son en su mayoría empresas en participación de plenas funciones.

En ambos supuestos, el acuerdo relativo a la producción o los precios no será evaluado por separado, sino a la luz de los efectos globales de la empresa de participación sobre el mercado, con objeto de determinar la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 53.

3.3.1.3. Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

91. Los acuerdos de producción que, sobre la base de los factores anteriores, no puedan calificarse de claramente restrictivos o de no restrictivos en absoluto pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53⁽⁴⁴⁾ y, en tal caso, deben analizarse en su contexto económico. Ello es válido para los acuerdos de cooperación entre competidores que, aunque creen un grado significativo de reparto de costes, no impliquen, sin embargo, unas restricciones especialmente graves como las descritas anteriormente.

3.3.2. *Poder de mercado y estructura del mercado*

92. El punto de partida para el análisis es la posición de las partes en el mercado o mercados de que se trate. Ello se debe a que, sin poder de mercado, las partes en un acuerdo de producción no tienen incentivos para coordinar su comportamiento competitivo como proveedores. En segundo lugar, si las partes no gozan de poder de mercado, la competencia no se ve afectada, aun en el caso de que coordinen sus actividades.

93. No hay un máximo absoluto de cuota de mercado que indique que un acuerdo de producción crea un determinado poder de mercado y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Sin embargo, quedan exentos todos aquellos acuerdos relativos a la especialización unilateral o recíproca y los de producción conjunta, siempre que se celebren entre partes que cuenten con una cuota de mercado conjunta que no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia y que cumplan los demás requisitos de aplicación de la exención por categorías de los acuerdos de especialización. Por tanto, para los acuerdos cubiertos por la exención por categorías de los acuerdos de especialización, los efectos restrictivos sólo se analizarán si la cuota de mercado combinada de las partes excede del 20 %.

94. Los acuerdos que no están cubiertos por dicha exención han de ser analizados con mayor detenimiento. El punto de partida para el análisis ha de ser la posición de mercado de las partes, y, a continuación, el coeficiente de concentración, el número de operadores y los demás factores descritos en el capítulo 1.

95. Por lo general, sólo se analizarán los mercados de referencia directamente afectados por la cooperación. No obstante, en determinadas circunstancias, como, por ejemplo, cuando las partes gozan de una posición conjunta muy fuerte en los mercados ascendentes o descendentes o en mercados estrechamente relacionados por otras razones con los mercados directamente afectados por la cooperación, cabe la posibilidad de que también tengan que analizarse estos mercados indirectamente afectados. Esto se aplica especialmente a la cooperación en mercados ascendentes por parte de empresas que también gozan de una posición conjunta de gran fuerza en los mercados descendentes. De igual modo, podrían tener que examinarse problemas de exclusión si las partes tienen individualmente una posición fuerte como proveedores o como compradores de un insumo.

Posición de mercado de las partes, grado de concentración, número de operadores y otros factores estructurales

96. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 20 %, se ha de evaluar cuál es el impacto probable del acuerdo de producción en el mercado. A este respecto, la concentración y las cuotas de mercado constituirán un factor importante. Cuanto mayor sea la cuota de mercado de las partes, más elevada será la concentración en el mercado de que se trate. No obstante, una cuota de mercado ligeramente superior a la permitida en la exención por categorías de los acuerdos de especialización no implica necesariamente un alto coeficiente de concentración. Así, por ejemplo, en un mercado con una concentración moderada [IHH por debajo de 1 800⁽⁴⁵⁾] puede darse una cuota de mercado conjunta de las partes que supere ligeramente el 20 %. En tal supuesto, es poco probable que se produzcan efectos restrictivos. Con todo, en un mercado más concentrado, una cuota de mercado superior al 20 % puede, junto con otros elementos, restringir la competencia (véase también el ejemplo 1 a continuación). Es posible, sin embargo, que el panorama cambie si el mercado se caracteriza por un gran dinamismo, con entradas de nuevos competidores y cambios frecuentes en las posiciones de mercado.

97. Por lo que se refiere a la producción conjunta, también pueden desempeñar una función importante los efectos de red, es decir, los vínculos existentes entre un número considerable de competidores. En un mercado concentrado, la creación de un nuevo vínculo puede introducir un factor desestabilizador y facilitar la colusión, aun cuando las partes posean una cuota conjunta de mercado que, incluso siendo significativa, no deje de ser moderada (véase el ejemplo 2 a continuación).

98. Aunque en circunstancias específicas la cooperación entre competidores potenciales también puede plantear problemas de competencia, esta posibilidad se circunscribe a casos en los que un operador fuerte de un

⁽⁴⁴⁾ Con arreglo al punto 3 del apartado 2 del artículo 4 del capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, los acuerdos cuyo único objeto sea la especialización en la fabricación de productos no han de ser notificados, en determinadas condiciones, al Órgano de Vigilancia de la AELC, si bien pueden ser voluntariamente notificados.

⁽⁴⁵⁾ Véase el punto 29.

mercado coopera con una empresa que tenga posibilidades reales de introducirse en el mercado, como puede ser un proveedor potente del mismo producto o servicio en un mercado geográfico vecino. La reducción de la competencia potencial genera problemas específicos si la competencia real ya es escasa y la amenaza de entrada en el mercado constituye una fuente importante de competencia.

Cooperación en mercados ascendentes

99. La producción conjunta de un componente importante o de otros insumos que entren en la composición del producto final fabricado por las partes puede tener consecuencias negativas en determinadas circunstancias:

- problemas de cierre del mercado (véase el ejemplo 3 a continuación), siempre que las partes gocen de una posición fuerte en el mercado de insumos de referencia (uso no cautivo) y que no se produzca el cambio del uso cautivo a no cautivo ante un incremento pequeño pero permanente del precio relativo del producto en cuestión,
- efectos indirectos (véase el ejemplo 4 a continuación), a condición de que el insumo represente un elemento de coste importante y que las partes estén en posición de fuerza en el mercado descendente del producto final.

Acuerdos de subcontratación entre competidores

100. Pueden surgir problemas similares si un competidor subcontrata un componente importante u otro insumo para el producto final con un competidor. Esto puede originar:

- problemas de cierre del mercado si las partes tienen una fuerte posición como proveedores o como compradores en el mercado del insumo de referencia (uso no cautivo). La subcontratación puede entonces llevar a que otros competidores no estén en condiciones de obtener el insumo a un precio competitivo o a que otros abastecedores no puedan suministrar el insumo de manera competitiva si van a perder gran parte de su demanda,
- efectos indirectos si el insumo es un componente importante de los costes y las partes tienen una posición fuerte en el mercado descendente del producto final.

Acuerdos de especialización

101. Los acuerdos de especialización recíproca con cuotas de mercado que superen el límite máximo de la exención por categorías entrarán casi siempre en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 y han de ser analizados con detenimiento debido al riesgo de división del mercado (véase el ejemplo 5 a continuación).

3.4. Evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53

3.4.1. *Ventajas económicas*

102. Puede presumirse que los tipos más comunes de acuerdos de producción generan ciertas ventajas económicas en forma de economías de escala o de alcance o mejores tecnologías de producción, a menos que sean un instrumento de fijación de precios, restricción de la producción o reparto de clientes y mercados. En estas circunstancias, parece razonable eximir los acuerdos que dan lugar a una restricción de la competencia hasta una determinada cuota de mercado límite por debajo de la cual, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 53, cabe presumir en general que los efectos positivos de los acuerdos de producción compensarán cualquier efecto negativo sobre la competencia. Por tanto, los acuerdos sobre especialización unilateral o recíproca, así como de producción conjunta, se eximen en bloque (exención por categorías de los acuerdos de especialización), siempre que no contengan restricciones especialmente graves (véase el artículo 5) y se celebren entre partes cuya cuota de mercado combinada no supere el 20 % en los mercados de referencia.

103. Para los acuerdos excluidos de la exención por categorías, las partes han de demostrar la existencia de mejoras en la producción u otras ventajas. No se pueden tener en cuenta aquellas ventajas que sólo beneficien a las partes o los ahorros de costes que se deban a la reducción de la producción o al reparto de mercados.

3.4.2. *Indispensabilidad*

104. Las restricciones que vayan más allá de lo estrictamente necesario para lograr las ventajas económicas descritas anteriormente no son aceptables. A modo de ejemplo, no se debería restringir el comportamiento competitivo de las partes por lo que se refiere a la producción no relacionada con la cooperación.

3.4.3. *Ausencia de eliminación de la competencia*

105. No será posible conceder la exención si se brinda a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto

de una parte sustancial de los productos en cuestión. Si como consecuencia de un acuerdo de producción una empresa es dominante o se convierte en dominante, en principio ese acuerdo que produce efectos contrarios a la competencia en el sentido del artículo 53 no puede eximirse. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos contemplados por la cooperación y en los posibles mercados indirectamente afectados.

3.5. Ejemplos

Producción conjunta

106. Los dos ejemplos siguientes se refieren a casos hipotéticos que plantean problemas de competencia en el mercado de referencia al que pertenecen los productos fabricados conjuntamente.

107. Ejemplo 1

Situación: Dos proveedores, A y B, de un producto químico básico X deciden construir un nuevo centro de producción cuyo control confían a una empresa en participación. Esta planta fabricará aproximadamente el 50 % de la producción total de A y B. X es un producto homogéneo que puede ser sustituido por otros, es decir, que constituye un mercado de referencia por sí solo. El mercado se encuentra bastante estancado. Las partes no aumentarán notablemente su producción total, sino que cerrarán dos fábricas antiguas y transferirán su capacidad a la nueva planta. Tanto A como B poseen una cuota de mercado del 20 %. Otros tres grandes proveedores están presentes en el mercado, con sendas cuotas del 10-15 %, así como varios pequeños proveedores.

Análisis: Es probable que esta empresa en participación incida en el comportamiento competitivo de las partes, ya que la coordinación les dará un poder de mercado considerable, si es que no las sitúa en una posición dominante. Es probable que se produzcan graves efectos restrictivos. En un supuesto como éste, en el que no se puede esperar un incremento significativo de la producción, resulta improbable que estos efectos se vean compensados por grandes mejoras en la eficiencia.

108. Ejemplo 2

Situación: Dos proveedores, A y B, crean una empresa en participación en el mismo mercado de referencia del ejemplo 1. La empresa en participación también fabrica el 50 % de la producción total de las partes. A y B tienen sendas cuotas del 15 % en un mercado en el que operan otras tres empresas: C, con una cuota del 30 %; D, con un 25 %, y E, con un 15 %. B ya posee una planta de producción común con E.

Análisis: En este caso, el mercado se caracteriza por la existencia de un número muy reducido de empresas y por estructuras bastante simétricas. La empresa en participación crea un vínculo suplementario entre las empresas. La coordinación entre A y B reforzaría, de hecho, la concentración del mercado y, además, vincularía a E con A y B. Es probable que esta coordinación tenga graves consecuencias restrictivas y —como sucede en el ejemplo 1— no es de esperar que mejore mucho la eficiencia.

109. El ejemplo 3 también se refiere al mercado de referencia al que pertenecen los productos fabricados conjuntamente, pero pone de manifiesto la importancia de otros criterios distintos de la cuota de mercado (en este ejemplo, el paso de una producción cautiva a una producción no cautiva y viceversa).

110. Ejemplo 3

Situación: A y B crean una empresa en participación de producción para la fabricación de un producto intermedio X por medio de la reestructuración de sus plantas actuales. La empresa en participación vende el producto X exclusivamente a A y B y fabrica el 40 % de la producción total de A del producto X y el 50 % de la de B. A y B son usuarios cautivos del producto X y también proveedores del mercado no cautivo. La cuota de A en la producción total de X es del 10 %, la de B, del 20 %, y la de la empresa en participación, del 14 %. Sin embargo, en el mercado no cautivo A y B tienen una cuota de mercado del 25 % y del 35 %, respectivamente.

Análisis: A pesar de la sólida posición de las partes en el mercado no cautivo, es posible que la cooperación no elimine la competencia efectiva en el mercado del producto X, si los costes del paso de la utilización cautiva a la no cautiva son reducidos.

Sin embargo, sólo el paso muy rápido de una a otra compensaría la elevada cuota de mercado (60 %) de las partes. En caso contrario, esta empresa en participación de producción plantearía graves problemas de competencia que ni siquiera podrían compensarse con ventajas económicas importantes.

111. El ejemplo 4 se refiere a una cooperación relativa a un producto intermedio importante que produce efectos indirectos en un mercado descendente.

112. Ejemplo 4

Situación: A y B crean una empresa en participación de producción para la fabricación de un producto intermedio X. Cerrarán sus propias plantas de fabricación del producto X y cubrirán su demanda de dicho

producto recurriendo exclusivamente a la empresa en participación. El producto intermedio representa el 50 % del coste total del producto final Y. Tanto A como B poseen una cuota del 20 % en el mercado de Y. El mercado cuenta con otros dos grandes proveedores del producto Y, que poseen cada uno el 15 % del mercado, además de varios pequeños competidores.

Análisis: En este ejemplo, el reparto de costes es elevado. Además, las partes ganarían poder de mercado gracias a la coordinación de su comportamiento en el mercado del producto Y. Este caso plantea problemas desde el punto de vista de la competencia y la evaluación es casi idéntica a la del ejemplo 1, a pesar de que en este caso la cooperación se efectúa en un mercado ascendente.

Especialización recíproca

113. Ejemplo 5

Situación: Tanto A como B fabrican y suministran los productos homogéneos X e Y, que pertenecen a mercados distintos. La cuota de mercado que A posee del producto X es del 10 %, y la del producto Y, del 30 %. La cuota de mercado de B del producto X es del 10 %, y la del producto Y, del 30 %. Por razones de economías de escala, A y B celebran un acuerdo de especialización recíproca con arreglo al cual, en el futuro, A fabricará exclusivamente el producto X y B, sólo el producto Y. Acuerdan, asimismo, aprovisionarse mutuamente con objeto de continuar ambos como proveedores del mercado. Dada la homogeneidad de los productos, los costes de distribución son muy escasos. Los mercados cuentan con otros dos proveedores fabricantes de los productos X e Y, con sendas cuotas de mercado cercanas al 15 %, mientras que los demás proveedores poseen cuotas del 5-10 %.

Análisis: El grado de reparto de costes es muy elevado y sólo se mantienen separados los relativamente escasos costes de distribución. Por lo tanto, el margen de competencia que queda es muy reducido. Las partes ganarían poder de mercado gracias a la coordinación de su comportamiento en los mercados de X e Y. Además, es probable que los suministros de Y procedentes de A y los de X procedentes de B desciendan con el tiempo. Este ejemplo plantea problemas de competencia que las economías de escala probablemente no compensarían.

La situación podría ser diferente si los productos X e Y fueran heterogéneos y si los costes de comercialización y distribución representaran una proporción muy importante (por ejemplo, el 65-70 % de los costes totales). Además, si la oferta de una gama completa de estos productos diferenciados fuese una condición para competir con éxito, la retirada de una o de varias partes como proveedores del producto X o Y sería improbable. En tal supuesto, se podrían cumplir los requisitos para acogerse a una exención (siempre que las economías de escala fuesen significativas), a pesar de las elevadas cuotas de mercado.

Subcontratación entre competidores

114. Ejemplo 6

Situación: A y B son competidores en el mercado del producto final X. A tiene una cuota de mercado del 15 % y B, del 20 %. Ambos fabrican asimismo el producto intermedio Y, que es un insumo para la producción de X, pero que también se utiliza para fabricar otros productos. Y representa el 10 % del coste de X. A sólo produce Y para consumo interno, mientras que B también vende Y a terceros. Su cuota de mercado de Y es del 10 %. A y B pactan un acuerdo de subcontratación por el que A comprará el 60 % de sus necesidades de Y a B. Seguirá produciendo el 40 % de sus necesidades internamente para no perder los conocimientos técnicos sobre la producción de Y.

Análisis: Como A sólo produce Y para consumo interno, hay que analizar primero si A es un candidato potencial con posibilidades reales de acceder al mercado de ventas de Y a terceros. Si no es el caso, el acuerdo no restringe la competencia en lo relativo a Y. Tampoco son probables los efectos indirectos en el mercado de X a la vista del escaso grado de reparto de costes creado por el acuerdo.

Si A fuera considerado un candidato potencial con posibilidades reales de acceder al mercado de ventas de Y a terceros, debería tomarse en consideración la posición de B en el mercado de Y. Como la cuota de mercado de B es bastante baja, el resultado del análisis no cambiaría.

4. ACUERDOS DE COMPRA

4.1. Definición

115. Este capítulo trata de los acuerdos relativos a la adquisición conjunta de productos. Este tipo de compra puede realizarse por medio de una empresa controlada conjuntamente, de una sociedad en la que un gran número de empresas poseen una pequeña participación o en virtud de una relación contractual o hasta de una forma más laxa de cooperación.

116. A menudo son las PYME las que celebran estos acuerdos de compra con el fin de lograr volúmenes y descuentos similares a los que consiguen sus competidores más grandes. Estos acuerdos celebrados entre PYME favorecen, por lo general, la competencia. Aunque se cree un cierto grado de poder de mercado, este hecho puede verse compensado por las economías de escala, siempre que las partes agrupen realmente las cantidades adquiridas.

117. Las compras conjuntas pueden estar relacionadas tanto con acuerdos horizontales como verticales. En estos casos es necesario proceder a un análisis en dos fases. En primer lugar, los acuerdos tienen que evaluarse con arreglo a los principios descritos en las presentes Directrices. Si, tras el análisis, se concluye que la cooperación entre competidores en el ámbito de la compra es aceptable, será necesaria otra evaluación para examinar los acuerdos verticales celebrados con proveedores o vendedores particulares. Esta última evaluación seguirá las normas de la exención por categorías y las Directrices sobre restricciones verticales⁽⁴⁶⁾.

118. Un ejemplo de ello sería una asociación constituida por un grupo de minoristas para la compra conjunta de productos. Los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o las decisiones adoptadas por la asociación tienen que evaluarse primero como un acuerdo horizontal con arreglo a las presentes Directrices. 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. Estos acuerdos están cubiertos, hasta un cierto límite, por la exención por categorías relativa a las restricciones verticales⁽⁴⁷⁾. No se presumirán ilegales los acuerdos excluidos de la exención por categoría vertical, pero podrán requerir un examen individual.

4.2. Mercados de referencia

119. Dos son los mercados que pueden verse afectados por la compra conjunta: en primer lugar, el mercado o mercados directamente afectados por la cooperación, es decir, el mercado o mercados de compra de referencia; en segundo lugar, los mercados de venta, es decir, el mercado o mercados descendentes en los que las partes en el acuerdo de compra conjunta operan como vendedores.

120. La definición de mercados de compra de referencia se ajusta a los principios que figuran en la Comunicación del Órgano de Vigilancia sobre la definición del mercado de referencia y se basa en el concepto de posibilidad de sustitución con el fin de determinar las presiones competitivas. La única diferencia en relación con la definición de los «mercados de venta» es que la posibilidad de sustitución debe definirse desde el punto de vista de la oferta, y no de la demanda. Dicho de otro modo, las alternativas de los proveedores son esenciales a la

hora de determinar las presiones competitivas ejercidas sobre los compradores. Éstas podrían analizarse, por ejemplo, examinando la reacción de los proveedores frente a una pequeña, aunque duradera, disminución de los precios. Una vez definido el mercado, la cuota en el mismo será igual al porcentaje que representan las compras de las partes interesadas en relación con las ventas totales del producto o servicio comprado en el mercado en cuestión.

121. Ejemplo 1

Un grupo de fabricantes de automóviles acuerda comprar conjuntamente el producto X. Sus compras conjuntas de X ascienden a 15 unidades. El conjunto de las ventas de X a fabricantes de automóviles representa 50 unidades. No obstante, X se vende también a fabricantes de productos distintos de los vehículos automóviles. La totalidad de las ventas de X representa 100 unidades. Por lo tanto, la cuota de mercado (de compra) del grupo es del 15 %.

122. Si las partes compiten, además, en uno o más mercados de venta, éstos también serán mercados de referencia para la evaluación. Es más probable que se produzcan restricciones de la competencia en estos mercados si las partes obtienen un determinado poder de mercado coordinando su comportamiento y si comparten una parte sustancial de sus costes totales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando unos minoristas que operan en los mismos mercados al detalle de referencia compran conjuntamente cantidades importantes de los productos que ofrecen a la reventa. Otro tanto puede suceder si fabricantes y vendedores de un producto final que compiten entre sí adquieren conjuntamente una proporción importante de sus insumos. Los mercados de venta deben definirse aplicando la metodología descrita en la Comunicación del Órgano de Vigilancia sobre la definición del mercado de referencia.

4.3. Evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

4.3.1. Naturaleza del acuerdo

4.3.1.1. Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

123. Debido a su propia naturaleza, los acuerdos de compra conjunta se celebran entre empresas que, como mínimo, compiten en los mercados de compra. Si, a pesar de todo, hay cooperación entre compradores competidores que no operan en el mismo mercado de referencia descendente (tal es el caso, por ejemplo, de los minoristas que operan en distintos mercados geográficos y que no pueden considerarse verdaderos competidores potenciales), el apartado 1 del artículo 53 casi nunca será de aplicación, a menos que las partes gocen de una posición muy fuerte en estos mercados, lo que podría usarse para perjudicar la posición competitiva de los demás operadores en sus respectivos mercados de venta.

⁽⁴⁶⁾ Véanse las Directrices sobre restricciones verticales, punto 29.

⁽⁴⁷⁾ Apartado 2 del artículo 2 de la exención por categorías de restricciones verticales.

4.3.1.2. Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

124. Los acuerdos de compra sólo entran por su naturaleza en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si la cooperación no se refiere realmente a compras conjuntas, sino que se utiliza como instrumento para constituir un cartel encubierto, mediante el empleo, por ejemplo, de prácticas prohibidas como la fijación de los precios, la limitación de la producción o el reparto de los mercados.

4.3.1.3. Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

125. La mayoría de los acuerdos de compra deben analizarse en función de su contexto económico. El análisis debe abarcar tanto los mercados de compra como los de venta.

4.3.2. *Poder de mercado y estructura del mercado*

126. El punto de partida del análisis es el examen del poder de compra de las partes. Cabe presumir la existencia de poder de compra cuando un acuerdo de compra se refiere a una parte suficientemente importante del volumen total de un mercado de compra de productos, de modo que los precios puedan caer por debajo del nivel de competencia o se pueda bloquear el acceso al mercado de compradores competidores. Cabe la posibilidad de que un alto grado de poder de compra ejercido sobre los proveedores de un mercado provoque problemas de eficiencia tales como pérdidas de calidad, reducción de las iniciativas de innovación o, en último término, un suministro por debajo del nivel óptimo. No obstante, una de las principales preocupaciones que plantea una situación de poder de compra es la posibilidad de que la reducción de los precios no beneficie a los clientes en la fase descendente del mercado y que implique un aumento de los costes para los competidores de los compradores en los mercados de venta, bien porque los proveedores intenten compensar las reducciones de precios a un grupo de clientes aumentando los precios facturados a los demás o porque los competidores tengan un menor acceso a proveedores eficientes. Por lo tanto, los mercados de compra y de venta se caracterizan por una serie de relaciones de interdependencia que se exponen a continuación.

Relaciones de interdependencia entre el mercado o mercados de compra y de venta

127. La cooperación entre compradores que compiten entre sí puede reducir sensiblemente la competencia mediante la creación de poder de compra. Mientras que la creación de poder de compra puede traducirse en una reducción de los precios al consumo, dicho poder no siempre favorece la competencia y, en algunas circunstancias, puede incluso tener graves repercusiones negativas sobre la misma.

128. En primer lugar, no puede considerarse que una reducción de los costes de adquisición derivada del ejercicio

de poder de compra favorezca la competencia si los compradores en su conjunto tienen tal poder en los mercados de venta. En ese caso, es probable que los consumidores no se beneficien del ahorro de costes. Cuanto mayor poder conjunto tengan las partes en sus mercados de venta, mayor será el incentivo para que coordinen su comportamiento como vendedores. Eso les resultará quizá aún más fácil si llegan a compartir gran parte de sus costes mediante la adquisición conjunta. Si, por ejemplo, un grupo de grandes minoristas compra conjuntamente gran parte de sus productos, también compartirá una proporción importante de sus costes. Por consiguiente, las consecuencias negativas de las compras conjuntas pueden ser muy similares a las de la producción conjunta.

129. En segundo lugar, el poder de compra puede crear o incrementar el poder en los mercados de venta para excluir a los competidores o incrementar sus costes. El hecho de que un grupo de clientes posea un gran poder de compra puede excluir a los compradores competidores limitando su acceso a proveedores eficientes. También puede producir incrementos de costes para sus competidores, ya que los proveedores tratarán de compensar las reducciones de precios aplicadas a un grupo de clientes aumentando los precios facturados a otros clientes (por ejemplo, discriminaciones en materia de descuentos ejercidas por los proveedores de minoristas). No obstante, ello sólo será posible si los proveedores del mercado de compra poseen también un cierto poder de mercado. En ambos casos, el poder de compra puede restringir aún más la competencia en los mercados de venta.

130. No existe límite máximo absoluto que indique que una cooperación en el ámbito de la compra genera un cierto poder de mercado y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. No obstante, en muchos casos, es improbable que exista poder de mercado si las partes en el acuerdo tienen una cuota de mercado conjunta inferior al 15 % en los mercados de compra y también una cuota de mercado conjunta inferior al 15 % en los mercados de venta. De cualquier modo, en ese nivel de cuota de mercado es probable que el acuerdo en cuestión cumpla los requisitos del apartado 3 del artículo 53 explicados a continuación.

131. Una cuota de mercado superior a este límite máximo no implica automáticamente que la cooperación tenga efectos negativos en el mercado, pero requiere una evaluación más detallada del impacto de un acuerdo de compra conjunta en el mismo, centrándose en factores como la concentración del mercado y la posible existencia de poder de negociación por parte de los proveedores más potentes. Es probable que las compras conjuntas en las que participen partes con una cuota conjunta muy superior al 15 % en un mercado concentrado entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, y las partes deberán poner de manifiesto que estos acuerdos implican unos aumentos de eficiencia susceptibles de compensar sus efectos restrictivos.

4.4. Evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53

4.4.1. Ventajas económicas

132. Los acuerdos de compra pueden implicar unas ventajas económicas, como las economías de escala en el ámbito de los pedidos y transportes, que pueden compensar los efectos restrictivos. Si, tomadas en conjunto, las partes disponen de un poder de compra o venta importante, la cuestión de las ganancias de eficiencia ha de analizarse cuidadosamente. No pueden tenerse en cuenta los ahorros realizados en el ámbito de los costes que se deban al simple ejercicio del poder de compra y de los que no se benefician los consumidores.

4.4.2. Indispensabilidad

133. Los acuerdos de compra no pueden quedar exentos si imponen restricciones que no sean indispensables para la consecución de las ventajas mencionadas. En determinados casos, la obligación de comprar exclusivamente en el marco del acuerdo de cooperación puede ser indispensable para alcanzar el volumen necesario para la realización de economías de escala. No obstante, tal obligación debe evaluarse en el contexto preciso de cada asunto concreto.

4.4.3. Ausencia de eliminación de la competencia

134. No será posible conceder la exención si se brinda a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esta evaluación ha de abarcar los mercados de compra y de venta. Pueden tomarse como punto de partida las cuotas de mercado conjuntas de las partes. Seguidamente, se ha de determinar si estas cuotas indican la existencia de una posición dominante y si hay circunstancias atenuantes, tales como un poder de negociación de los proveedores en los mercados de compra o unas posibilidades de penetración en los mercados de venta. Si como consecuencia de un acuerdo de compra una empresa es dominante o se convierte en dominante en el mercado de compra o de venta, ese acuerdo que surte efectos contrarios a la competencia en el sentido del artículo 53 no puede en principio quedar exento.

4.5. Ejemplos

135. Ejemplo 2

Situación: Dos fabricantes, A y B, deciden comprar conjuntamente el componente X. Ambos compiten en su mercado de venta. Sus compras conjuntas representan el 35 % de las ventas totales de X en el EEE, que se considera el mercado geográfico de referencia. Hay otros seis fabricantes (competidores de A y B en su mercado

de venta), que representan el 65 % restante del mercado de compra; uno de ellos posee el 25 % de este mercado y los demás, una parte mucho más pequeña. La oferta se encuentra bastante concentrada, ya que existen seis proveedores del componente X, dos de los cuales poseen sendas cuotas del 30 %, y los restantes tienen cuotas situadas entre el 10 % y el 15 % (IHH 2 300-2 500). En su mercado de venta, A y B poseen una cuota de mercado conjunta del 35 %.

Análisis: Debido al poder de las partes en su mercado de venta, cabe la posibilidad de que las ventajas derivadas del ahorro de costes no repercutan en los consumidores finales. Además, es probable que las compras conjuntas incrementen los costes de los competidores más pequeños, puesto que los dos proveedores más potentes recuperarán probablemente las reducciones de precios aplicadas al grupo aumentando los precios facturados a los clientes menos importantes. Ello puede tener como consecuencia un aumento de la concentración en el mercado descendente. Por otra parte, la cooperación puede conducir a una mayor concentración entre los proveedores, ya que es posible que los más pequeños, que tal vez ya trabajen a un nivel próximo o incluso inferior al nivel óptimo mínimo, corran el riesgo de ser eliminados del mercado si no son capaces de reducir aún más sus precios. Esta situación probablemente ocasione una restricción significativa de la competencia que quizás no pueda ser compensada por las posibles mejoras de la eficiencia que se obtengan de la agrupación de las cantidades compradas.

136. Ejemplo 3

Situación: 150 pequeños minoristas celebran un acuerdo para constituir una organización de compra conjunta y se obligan a comprar a través de dicha organización un volumen mínimo equivalente a aproximadamente el 50 % de sus respectivos costes totales. Los minoristas pueden adquirir por medio de la organización una cantidad superior al volumen mínimo, y también pueden abastecerse al margen de la cooperación. Poseen una cuota conjunta del 20 % tanto en el o los mercados de compra como en el o los mercados de venta. A y B son sus competidores principales. A posee el 25 % en cada uno de los mercados en cuestión y B, el 35 %. Los otros competidores más pequeños también han constituido una agrupación de compra. Los 150 minoristas realizan ahorros efectuando conjuntamente la compra de cantidades importantes, así como las operaciones vinculadas a las compras.

Análisis: Los minoristas pueden compartir gran parte de sus costes si acaban adquiriendo conjuntamente un volumen superior al mínimo convenido. No obstante, sólo poseen en conjunto una posición de mercado moderada tanto en el mercado de compra como en el de venta. Además, la cooperación da lugar a unas economías de escala y es probable que pueda acogerse a una exención.

137. Ejemplo 4

Situación: Dos cadenas de supermercados celebran un acuerdo para comprar conjuntamente productos que representan alrededor del 50 % de sus costes totales. En los mercados de compra de referencia para las distintas categorías de productos, las partes poseen cuotas que oscilan entre el 25 % y el 40 %, mientras que en el mercado de venta de referencia (suponiendo que haya un único mercado geográfico de referencia), sus cuotas alcanzan el 40 %. En el mercado existen otros cinco grandes minoristas, cada uno de los cuales posee cuotas que oscilan entre el 10 % y el 15 % del mercado. Resulta poco probable que se produzcan nuevas entradas en el mismo.

Análisis: Es probable que este acuerdo de compra conjunta influya en el comportamiento competitivo de las partes por cuanto la coordinación de sus compras les conferirá un poder de mercado importante. Así ocurrirá, en particular, si son infrecuentes las entradas en el mercado. Además, si los costes son similares, será más interesante para las partes coordinar su comportamiento. La obtención de márgenes similares les supondrá un incentivo para aplicar los mismos precios. Aunque la cooperación implique ganancias en términos de eficiencia, es poco probable que el acuerdo quede exento debido al gran poder de mercado de las partes.

138. Ejemplo 5

Situación: Cinco pequeñas cooperativas celebran un acuerdo con el fin de constituir una organización de compra conjunta por medio de la cual deben realizar obligatoriamente un volumen mínimo de sus adquisiciones. Las partes están autorizadas a adquirir una cantidad superior al volumen mínimo, aunque también pueden comprar al margen de la cooperación. Cada una de las partes posee una cuota de mercado total del 5 %, tanto en el mercado de compra como en el de venta, lo que suma una cuota conjunta del 25 %. Hay otros dos minoristas importantes, con sendas cuotas entre el 20 % y el 25 % del mercado, así como varios pequeños minoristas cuyas cuotas son inferiores al 5 %.

Análisis: Es probable que la creación de la organización de compra conjunta dé a las partes, tanto en el mercado de compra como en el de venta, un poder que les permitirá competir con los dos minoristas más importantes. Además, la presencia de estos dos operadores, que cuentan con una posición de mercado similar, puede dar lugar a que las mejoras de eficiencia derivadas del acuerdo repercutan en los consumidores. De ser así, sería muy probable que el acuerdo quedase exento.

5. ACUERDOS DE COMERCIALIZACIÓN

5.1. Definición

139. Los acuerdos contemplados en esta sección se refieren a la cooperación entre competidores para la venta,

distribución o promoción de sus productos. Estos acuerdos pueden tener un alcance muy diferente en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. En el otro extremo se encuentran unos acuerdos menos ambiciosos que sólo afectan a un elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad.

140. De entre estos acuerdos menos ambiciosos los más importantes parecen ser los acuerdos de distribución. Este tipo de acuerdos generalmente están cubiertos por la exención por categorías y las Directrices sobre restricciones verticales, a menos que las partes sean competidores reales o potenciales. En ese caso, el Reglamento de exención por categorías sólo abarca los acuerdos verticales no recíprocos entre competidores, si a) el comprador, junto con sus empresas afines, realiza un volumen de negocios anual no superior a 100 millones de euros, o si b) el proveedor es un fabricante y un distribuidor de productos y el comprador un distribuidor que no fabrique también productos que compitan con los productos contractuales, o si c) el proveedor es un prestador de servicios a varios niveles comerciales y el comprador no presta servicios competidores al nivel comercial en el que compra los servicios contractuales⁽⁴⁸⁾. Si los competidores se ponen de acuerdo para distribuir sus productos de forma recíproca, en determinados casos es posible que los acuerdos tengan por objeto o efecto la compartimentación de mercados en beneficio de las partes, o que conduzcan a colusión. Lo mismo ocurre con los acuerdos no recíprocos entre competidores que superen un determinado tamaño. Por tanto, tales acuerdos han de evaluarse primero con arreglo a los principios que se exponen a continuación. Si esta evaluación permite concluir que la cooperación entre competidores en el área de la distribución sería en principio aceptable, deberá procederse a otra evaluación para examinar las restricciones verticales contenidas en dichos acuerdos. Esta evaluación deberá basarse en los principios establecidos en las Directrices sobre restricciones verticales.

141. Convendría establecer otra distinción entre los acuerdos en los que las partes sólo convienen en llevar a cabo la comercialización en común y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de la producción en común o de las compras conjuntas. Estos acuerdos se evaluarán de la misma forma que los tipos de cooperación mencionados.

⁽⁴⁸⁾ Apartado 4 del artículo 2 de la exención por categorías de restricciones verticales.

5.2. Mercados de referencia

142. Para evaluar la relación competitiva entre las partes cooperantes hay que definir, en primer lugar, los mercados de productos y geográficos de referencia directamente afectados por la cooperación (es decir, los mercados a los que pertenecen los productos abarcados por el acuerdo). En segundo lugar, un acuerdo de comercialización en un mercado también puede afectar al comportamiento competitivo de las partes en un mercado vecino estrechamente vinculado a aquel al que se refiere, de forma directa, la cooperación.

5.3. Evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

5.3.1. Naturaleza del acuerdo

5.3.1.1. Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

143. Los acuerdos de comercialización contemplados en esta sección sólo entran en el ámbito de aplicación de las normas de competencia si las partes en el acuerdo son competidoras. Si es manifiesto que no compiten en el terreno de los productos o servicios a que se refiere el acuerdo, éste no puede crear problemas de competencia de naturaleza horizontal. Sin embargo, el acuerdo puede entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si contiene restricciones verticales tales como restricciones sobre ventas pasivas, mantenimiento de precios de reventa, etc. Lo mismo ocurre si la cooperación en el ámbito de la comercialización es objetivamente necesaria para permitir que una parte acceda a un mercado al que no habría podido acceder por su cuenta, debido por ejemplo a los costes que ello implica. Una aplicación específica de este principio se daría en el caso de los acuerdos de consorcio que permiten a las empresas participantes presentar ofertas verosímiles para proyectos que no podrían llevar a cabo o en los que no habrían participado de forma individual. Dado que, por esta razón, no son competidores potenciales en la licitación de que se trate, no se produce restricción alguna de la competencia.

5.3.1.2. Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

144. El principal problema competitivo que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es la fijación de precios. Por regla general, los acuerdos limitados a la venta conjunta tienen por objeto y efecto coordinar la política de precios de los fabricantes competidores. En este caso, no sólo eliminan la competencia de precios entre las partes, sino que además restringen el volumen de productos que han de suministrar los participantes en el marco del sistema de asigna-

ción de pedidos. Por tanto, restringen la competencia entre las partes en el lado de la demanda y limitan las posibilidades de elección de los compradores, razón por la cual entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53.

145. Esta apreciación también es válida cuando se trata de un acuerdo no exclusivo. El apartado 1 del artículo 53 sigue siendo aplicable aunque las partes tengan la libertad de vender al margen del acuerdo, siempre que quepa presumir que éste dará lugar a una coordinación global de los precios aplicados por las partes.

5.3.1.3. Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

146. Los acuerdos de comercialización que no prevén la venta conjunta suscitan dos objeciones principales. La primera es que la comercialización conjunta brinda una clara oportunidad para el intercambio de información comercial confidencial, sobre todo relativa a estrategias de marketing y precios. La segunda es que, dependiendo de la estructura de costes de la comercialización, las partes pueden compartir una proporción importante de sus costes finales. Como consecuencia de ello puede verse limitado el alcance real de la competencia de precios en la fase de las ventas finales. Por consiguiente, los acuerdos de comercialización conjunta pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si permiten el intercambio de información comercial confidencial o si inciden en una proporción significativa de los costes finales de las partes.

147. Un problema relacionado con los acuerdos de distribución entre competidores que operan en distintos mercados geográficos es que pueden dar lugar a la compartimentación del mercado o convertirse en instrumento de tal compartimentación. En el caso de los acuerdos de distribución recíproca de productos, las partes en el acuerdo se reparten los mercados o la clientela, eliminando así la competencia mutua. La pregunta clave a la hora de evaluar un acuerdo de estas características es si tal acuerdo resulta objetivamente necesario para que cada una de las partes acceda al mercado de la otra. En caso afirmativo, el acuerdo no crea problemas de competencia de naturaleza horizontal. Sin embargo, el acuerdo de distribución puede comprenderse en el ámbito del apartado 1 del artículo 53 si contiene restricciones verticales, como restricciones sobre ventas pasivas, mantenimiento de precios de reventa, etc. Si el acuerdo no es objetivamente necesario para que cada una de las partes acceda al mercado de la otra, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Si el acuerdo no es recíproco, el riesgo de compartimentación del mercado es menor. No obstante, se ha de evaluar si tal acuerdo no recíproco constituye la base para un compromiso mutuo de no entrar en el mercado de la otra parte o si es un medio para controlar el acceso o la competencia en el mercado «importador».

5.3.2. Poder de mercado y estructura del mercado

148. Como se ha señalado anteriormente, los acuerdos que contemplan la fijación de precios siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, independientemente del poder de mercado de las partes. No obstante, pueden beneficiarse de la exención prevista en el apartado 3 del artículo 53 si se ajustan a las condiciones que se expondrán a continuación.
149. Los acuerdos de comercialización entre competidores que no prevean la fijación de precios sólo quedarán sujetos al apartado 1 del artículo 53 si las partes en el acuerdo alcanzan cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, es improbable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo es inferior al 15 %. De cualquier modo, con ese nivel de cuota de mercado es probable que el acuerdo en cuestión cumpla los requisitos del apartado 3 del artículo 53 explicados a continuación.
150. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 15 %, se ha de evaluar la repercusión previsible en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta. La concentración del mercado será un factor importante en este contexto, al igual que las cuotas de mercado. Cuanto mayor sea la concentración en el mercado, más útil resultará la información sobre precios y estrategias de marketing para reducir la incertidumbre y mayores incentivos tendrán las partes para intercambiar tal información⁽⁴⁹⁾.

5.4. Evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53

5.4.1. Ventajas económicas

151. Las eficiencias que se han de tener en cuenta a la hora de evaluar si un acuerdo de comercialización conjunta puede acogerse a la exención dependerán de la naturaleza de la actividad. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca ganancias de eficiencia sustanciales. El alcance de esas ventajas depende, entre otras cosas, de la importancia de las actividades de

comercialización conjuntas dentro de la estructura de costes globales del producto en cuestión. Por tanto, la distribución conjunta es más probable que genere ventajas sustanciales para los productores de bienes de consumo de amplia difusión que para los fabricantes de productos industriales que sólo son adquiridos por un número reducido de usuarios.

152. Además, las ganancias de eficiencia invocadas no deben consistir en ahorros meramente resultantes de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que han de derivarse de la integración de actividades económicas. Por tanto, una reducción de los costes de transporte que no sea más que el resultado del reparto de la clientela sin que se produzca ningún tipo de integración del sistema logístico no puede considerarse una ventaja en términos de eficiencia que justifique la exención de un acuerdo.
153. Se han de demostrar las ventajas invocadas en materia de eficiencia. Un elemento importante en este sentido sería una aportación significativa de capital, tecnología u otros activos por ambas partes. También puede aceptarse el ahorro de costes mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones. Por otra parte, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, es probable que se trate de un cartel encubierto que, por tanto, no puede satisfacer los requisitos del apartado 3 del artículo 53.

5.4.2. Indispensabilidad

154. Un acuerdo de comercialización no puede acogerse a una excepción si impone restricciones que no sean indispensables para alcanzar las ventajas antes mencionadas. Como se ha señalado anteriormente, la cuestión de la indispensabilidad reviste especial importancia en el caso de los acuerdos que implican fijación de precios o reparto de mercados.

5.4.3. Ausencia de eliminación de la competencia

155. No será posible conceder la exención si se brinda a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Al proceder a la evaluación, pueden tomarse como punto de partida las cuotas de mercado conjuntas de las partes. Acto seguido, se ha de evaluar si estas cuotas de mercado reflejan una posición dominante y si hay algún tipo de factores atenuantes, como las posibilidades de acceso al mercado. Si como consecuencia de un acuerdo de comercialización una empresa es dominante o se convierte en dominante, ese acuerdo que produce efectos contrarios a la competencia en el sentido del artículo 53 no puede en principio quedar exento.

⁽⁴⁹⁾ El intercambio de información confidencial y detallada que se produce en un mercado oligopolístico puede quedar sujeto, en tanto tal, al apartado 1 del artículo 53. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de mayo de 1998 en los asuntos «Tractor» (C-8/95 P: New Holland Ford y C-7/95 P: John Deere) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de marzo de 1999 en los asuntos «Steel Beams» (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 y T-157/94) brindan aclaraciones útiles a este respecto.

5.5. Ejemplos

156. Ejemplo 1

Situación: Cinco pequeños productores del sector de la alimentación, con sendas cuotas del 2 % del mercado total de la alimentación, acuerdan combinar sus instalaciones de distribución, comercializar sus productos con la misma marca y venderlos al mismo precio. Esto implica una inversión considerable en almacenamiento, transporte, publicidad, mercadotecnia, así como un equipo de ventas. El acuerdo reduce sustancialmente sus costes, que por lo común representan el 50 % del precio al que venden, y les permite operar con un sistema de distribución más rápido y eficiente. La clientela de los productores del sector de la alimentación son las grandes cadenas minoristas.

El mercado está dominado por tres grandes multinacionales de la alimentación, cada una de las cuales tiene una cuota del 20 % del mercado. El resto del mercado está integrado por pequeños productores independientes. Las respectivas gamas de productos de las partes en el acuerdo se solapan en algunos ámbitos importantes, pero su cuota conjunta no supera el 15 % en ningún mercado de productos.

Análisis: El acuerdo implica fijación de precios y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, aun cuando no pueda considerarse que las partes en el acuerdo dispongan de poder de mercado. Sin embargo, la integración de la mercadotecnia y la distribución parecen otorgar unas ventajas de eficiencia significativas que redundan en un beneficio para los clientes, tanto en términos de un mejor servicio como de unos costes menores. Por tanto, la pregunta que se plantea es si el acuerdo puede quedar exento en virtud del apartado 3 del artículo 53. Para responder a esta pregunta se ha de determinar si la fijación de precios es indispensable para la integración de las demás funciones de comercialización y el logro de las ventajas económicas. En este caso, la fijación de precios puede considerarse necesaria dado que los clientes —las grandes cadenas minoristas— no quieren enfrentarse a una multitud de precios. También es indispensable porque el objetivo —una marca compartida— sólo puede alcanzarse con visos de credibilidad si se normalizan todos los aspectos de la comercialización, incluido el precio. Como las partes no disponen de poder de mercado y el acuerdo genera importantes ventajas de eficiencia, es compatible con el artículo 53.

157. Ejemplo 2

Situación: Dos productores de cojinetes de bolas, con sendas cuotas de mercado del 5 %, crean una empresa de ventas en participación para comercializar sus pro-

ductos, establecer los precios y repartir los pedidos entre las empresas matrices. Ambos mantienen el derecho de vender al margen de esta estructura. Las entregas a clientes siguen haciéndose directamente desde las fábricas de las matrices. Las partes alegan que el acuerdo generará ventajas de eficiencia, dado que el equipo de ventas conjunto puede presentar los productos de las partes simultáneamente a los mismos clientes, eliminando de esta manera la costosa duplicación de las tareas de promoción y venta. Además, la empresa en participación asignaría los pedidos, en la medida de lo posible, a la fábrica más cercana, reduciendo así los costes de transporte.

Análisis: El acuerdo implica fijación de precios y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53, aun cuando no pueda considerarse que las partes en el acuerdo dispongan de poder de mercado. El acuerdo no puede quedar exento con arreglo al apartado 3 del artículo 53 puesto que las eficiencias invocadas sólo representan una reducción de costes derivada de la eliminación de la competencia entre las partes.

158. Ejemplo 3

Situación: Dos productores de bebidas no alcohólicas operan en dos Estados miembros vecinos diferentes. Ambos disponen de una cuota de mercado del 20 % en sus mercados nacionales. Llegan a un acuerdo recíproco para la venta de los productos de la otra parte en sus respectivos mercados geográficos.

Ambos mercados están dominados por un gran productor multinacional de bebidas no alcohólicas, con una cuota del 50 % en cada uno de estos mercados.

Análisis: El acuerdo entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si cabe presumir que las partes son competidoras potenciales. Para poder responder a esta cuestión se tendría que proceder a un análisis de las barreras de acceso a los respectivos mercados geográficos. Si cada una de las partes hubiese podido entrar por su cuenta en el mercado de la otra, el acuerdo supondría la eliminación de la competencia entre ellas. Con todo, si bien las cuotas de las partes indican que podrían tener algún poder de mercado, el análisis de la estructura del mercado demuestra que éste no es el caso. Además, el acuerdo de distribución recíproca beneficia a los consumidores al aumentar las posibilidades de elección en ambos mercados geográficos. Por consiguiente, el acuerdo podría quedar eximido aun cuando fuera considerado restrictivo para la competencia.

6. ACUERDOS DE NORMALIZACIÓN

6.1. Definición

159. El objetivo primordial de los acuerdos de normalización es el establecimiento de requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos o procesos y métodos de producción actuales y futuros⁽⁵⁰⁾. Los acuerdos de normalización pueden abarcar distintos ámbitos, como la normalización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas. También pueden considerarse una norma o estándar las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador.
160. Las normas relativas a la prestación de servicios profesionales, como las normas de admisión a una profesión liberal, no están cubiertas por las presentes Directrices.

6.2. Mercados de referencia

161. Los acuerdos de normalización surten sus efectos en tres mercados posibles, que se definirán con arreglo a la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a la definición de mercado. Se trata, en primer lugar, de los mercados de productos a los que se refieren las normas. Aquellos relativos a productos totalmente nuevos pueden suscitar cuestiones similares a las que plantean los acuerdos de I+D en cuanto a la definición del mercado se refiere (véase el punto 2.2). En segundo lugar está el mercado de servicios de establecimiento de normas, en caso de que existan varios organismos o acuerdos de normalización. En tercer lugar figura, en su caso, el mercado separado de ensayo y certificación.

6.3. Evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

162. Los acuerdos para el establecimiento de normas⁽⁵¹⁾ pueden ser concluidos entre empresas privadas o bajo

los auspicios de entes públicos u organismos encargados de la gestión de servicios de interés económico general, como es el caso de los organismos de normalización reconocidos en virtud del acto mencionado en el punto 1 del capítulo XIX del anexo II del Acuerdo EEE [Directiva 98/34/CE⁽⁵²⁾]. La participación de este tipo de organismos queda sometida a las obligaciones de los Estados miembros de velar por una competencia no falseada en la Comunidad.

6.3.1. Naturaleza del acuerdo

6.3.1.1. Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

163. Si la participación en el establecimiento de normas es transparente y no está sujeta a restricciones, los acuerdos de normalización, según se acaban de definir, que no impongan ninguna obligación de cumplimiento de la norma o que formen parte integrante de un acuerdo más amplio destinado a garantizar la compatibilidad de los productos no serán restrictivos de la competencia. Éste suele ser el caso de las normas adoptadas por los organismos de normalización reconocidos, que se basan en procedimientos no discriminatorios, abiertos y transparentes.
164. Tampoco se produce una restricción apreciable en el caso de aquellas normas que tengan una cobertura poco significativa en el mercado de referencia, mientras se mantenga tal situación. Éste es el caso también de los acuerdos de agrupación de PYME con el fin de estandarizar las formalidades o condiciones de participación en licitaciones colectivas o los que normalizan aspectos tales como características menores de un producto, impresos e informes, que tienen una repercusión insignificante en los principales factores que afectan a la competencia en los mercados de referencia.

6.3.1.2. Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

165. Los acuerdos en los que se hace uso de una norma —entre otros medios empleados en el marco de un acuerdo restrictivo más amplio— cuyo objetivo es eliminar competidores reales o potenciales entran casi siempre en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. Por ejemplo, formaría parte de esta categoría un acuerdo por el que una asociación nacional de fabricantes establece una norma y ejerce presión sobre terceros para que no comercialicen productos que no respondan a esa norma.

⁽⁵⁰⁾ La normalización puede revestir distintas formas, que van desde la adopción de un consenso nacional basado en normas de los entes de normalización europeos o nacionales reconocidos hasta los acuerdos entre determinadas empresas, pasando por la creación de consorcios y foros. Si bien el Derecho del EEE brinda una definición restrictiva de las normas, en las presentes Directrices se entiende por normas todos los acuerdos que respondan a la definición contenida en este apartado.

⁽⁵¹⁾ Con arreglo al punto 3 del apartado 2 del artículo 4 del capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, los acuerdos cuyo único objeto sea el desarrollo o la aplicación uniforme de normas y modelos no tienen que ser notificados, aunque pueden serlo, al Órgano de Vigilancia de la AELC.

⁽⁵²⁾ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 204 de 21.7.1998, p. 37).

6.3.1.3. Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

166. Los acuerdos de normalización pueden quedar sujetos al apartado 1 del artículo 53 si otorgan a las partes un control conjunto sobre la producción o la innovación, limitando así su capacidad de competir en lo relativo a las características de los productos y afectando al mismo tiempo a terceros, como pueden ser los proveedores o compradores de los productos normalizados. La evaluación de cada acuerdo deberá tener en cuenta, por una parte, la naturaleza de la norma y su efecto probable en los mercados de referencia y, por otra, el alcance de las posibles restricciones que excedan el objetivo primordial de la normalización, según se ha definido anteriormente.

167. La existencia de una restricción de la competencia en los acuerdos de normalización depende del grado de libertad que conserven las partes para desarrollar normas o productos distintos que no se ajusten a la norma acordada. Los acuerdos de normalización pueden limitar la competencia cuando impidan a las partes desarrollar otras normas o comercializar productos que no cumplan la norma establecida. Los acuerdos que confieren a algunos organismos el derecho exclusivo de practicar pruebas de conformidad con la norma van más allá del objetivo primordial de establecer la norma y también pueden restringir la competencia. Los acuerdos que impongan restricciones en las marcas indicativas de la conformidad con las normas también pueden limitar la competencia, salvo cuando estas restricciones vengan impuestas por disposiciones reglamentarias.

6.3.2. *Poder de mercado y estructura del mercado*

168. El hecho de que las partes dispongan de cuotas elevadas en los mercados afectados no constituye necesariamente un problema de cara a los acuerdos de normalización. Su eficacia es a menudo proporcional a la participación del sector implicado en el establecimiento o en la aplicación de la norma. Por otra parte, las normas que no estén al alcance de terceros pueden discriminar o excluir a éstos o a ciertos segmentos del mercado en función de su ámbito de aplicación geográfico. Por tanto, la evaluación para comprobar si el acuerdo restringe la competencia se ha de realizar necesariamente caso por caso y debe dilucidar sobre todo las posibilidades de que puedan vencerse las barreras de entrada al mercado.

6.4. **Evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53**

6.4.1. *Ventajas económicas*

169. El Órgano de Vigilancia de la AELC se muestra generalmente favorable a los acuerdos que fomentan la interpe-

netración económica en el mercado común o que impulsan el desarrollo de nuevos mercados y la mejora de las condiciones de la oferta. Para que estas ventajas económicas se hagan efectivas, la información necesaria para la aplicación de una norma debe estar al alcance de todos los que deseen acceder al mercado, y una parte importante del sector en cuestión ha de participar en el establecimiento transparente de dicha norma. Corresponderá a las partes demostrar que cualquier restricción en lo relativo al establecimiento, a la utilización o al acceso a la norma comporta un beneficio económico.

170. Las normas no deben limitar la innovación con objeto de que puedan generar beneficios técnicos o económicos. Esto dependerá, ante todo, del ciclo de vida de los productos asociados, junto con la fase de desarrollo del mercado (crecimiento rápido, crecimiento, estancamiento, etc.). Los efectos sobre la innovación deben analizarse caso por caso. Si una norma nueva puede conducir a una obsolescencia rápida de los productos existentes, sin aportar ventajas adicionales objetivas, las partes también pueden verse obligadas a demostrar que la normalización colectiva dará lugar a una mayor eficiencia desde el punto de vista del consumidor.

6.4.2. *Indispensabilidad*

171. Por su naturaleza, las normas no abarcan todas las especificaciones o tecnologías posibles. En algunos casos puede resultar necesario, en interés de los consumidores o de la economía en su conjunto, no disponer más que de una única solución técnica. Ahora bien, esa norma debe establecerse sobre una base no discriminatoria. Lo ideal sería que las normas fueran tecnológicamente neutras. En cualquier caso, se ha de poder justificar la elección de una norma en detrimento de otra.

172. Los competidores que operan en los mercados afectados por la norma deberían tener la posibilidad de participar en los debates. A tal fin, la participación en el establecimiento de una norma debe estar abierta a todos, a menos que las partes puedan demostrar que tal participación acarrearía desventajas importantes en términos de eficiencia o que en los procedimientos reconocidos se contemple la representación colectiva de intereses, como ocurre en los organismos oficiales de normalización.

173. Como regla general debería distinguirse claramente entre el establecimiento de una norma —y, en su caso, las correspondientes actividades de I+D— y su explotación comercial. Los acuerdos de normalización no deberían abarcar más que los elementos estrictamente necesarios para la realización de sus objetivos, ya se trate de la compatibilidad técnica o de un determinado nivel de calidad. Por ejemplo, debería demostrarse con toda

claridad por qué es indispensable para alcanzar las ventajas económicas invocadas que un acuerdo destinado a difundir una norma en un sector en el que sólo un competidor brinda una oferta alternativa obligue a las partes en el acuerdo a boicotear dicha oferta alternativa.

6.4.3. Ausencia de eliminación de la competencia

174. Se llegará indudablemente a un punto en el que el establecimiento de una norma privada por parte de un grupo de empresas que conjuntamente ocupen una posición dominante pueda dar lugar a la creación de una norma industrial *de facto*. La principal preocupación será entonces la de garantizar que la norma sea lo más abierta posible y se aplique estrictamente de manera no discriminatoria. Con el fin de evitar toda eliminación de la competencia en los mercados de referencia, la norma debe ser accesible a terceros, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias.

175. En caso de que unos organismos o grupos de empresas privados establezcan una norma o la tecnología de su propiedad se convierta en de hecho en norma, la competencia se verá eliminada si se excluye a los terceros del acceso al mismo.

6.5. Ejemplos

176. Ejemplo 1

Situación: La norma EN 60603-7:1993 establece los requisitos en lo relativo a la conexión de los televisores a los accesorios de vídeo, como los magnetoscopios o los videojuegos. Aunque esta norma no es jurídicamente vinculante, en la práctica la utilizan tanto los fabricantes de televisores como los de videojuegos porque así lo requiere el mercado.

Análisis: No hay infracción del apartado 1 del artículo 53. La norma fue adoptada por organismos reconocidos de normalización —nacionales, europeos e internacionales— en el marco de unos procedimientos abiertos y transparentes, y se basa en un consenso nacional que refleja la posición de los fabricantes y consumidores. Todos los fabricantes están autorizados para utilizarlo.

177. Ejemplo 2

Situación: Varios fabricantes de cintas de vídeo acuerdan crear un distintivo o una norma de calidad que certifique que sus cintas de vídeo responden a determinadas especificaciones técnicas mínimas. Los fabricantes son libres de producir cintas que no respondan a la norma y, a su vez, la norma está abierta a otros fabricantes.

Análisis: Siempre que el acuerdo no limite la competencia por otros motivos, no habrá infracción del apartado 1

del artículo 53, dado que la participación en el establecimiento de la norma es transparente y no está sujeta a restricciones y porque el acuerdo de normalización no impone la obligación de cumplirla. Si las partes acordaran producir sólo cintas de vídeo conformes a la nueva norma, el acuerdo limitaría el desarrollo tecnológico e impediría a las partes vender productos diferentes, lo cual sería contrario a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53.

178. Ejemplo 3

Situación: Un grupo de competidores que operan en distintos mercados interdependientes con productos que deben ser compatibles y que copan más del 80 % de los mercados de referencia acuerdan desarrollar juntos una norma nueva que entrará en competencia con otras ya existentes y ampliamente utilizadas por sus competidores. Los distintos productos conformes a la nueva norma no serán compatibles con las normas existentes. Debido a la importante inversión necesaria para adaptar la producción al nuevo estándar, las partes convienen en destinar un determinado volumen de ventas a los productos que lo cumplen con objeto de introducir una «masa crítica» en el mercado. Asimismo, acuerdan limitar sus respectivos volúmenes de productos no conformes con la norma al nivel alcanzado el año anterior.

Análisis: Debido al poder de mercado de las partes y a las restricciones de la producción, este acuerdo entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 y no parece probable que cumpla las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 53, a menos que se facilitara a otros proveedores deseosos de competir en este mercado un acceso no discriminatorio y en condiciones razonables a la información técnica necesaria.

7. ACUERDOS SOBRE MEDIO AMBIENTE

7.1. Definición

179. Los acuerdos sobre medio ambiente⁽⁵³⁾ son aquellos por los que las partes se comprometen a lograr una reducción

⁽⁵³⁾ La palabra «acuerdo» se utiliza con arreglo a la definición establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia en la jurisprudencia relativa al artículo 81 del Tratado CE. El término no se corresponde necesariamente con la definición de «acuerdo» en documentos relativos a asuntos medioambientales, como la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, COM(96) 561 final de 27 de noviembre de 1996, pertinente a efectos del EEE en virtud del punto 1 del artículo 3 del Protocolo 31 del Acuerdo EEE.

de la contaminación conforme a la legislación medioambiental o a cumplir determinados objetivos ambientales, en particular los enunciados en el artículo 73 del Acuerdo EEE. Por ello, el objetivo o las medidas acordadas deben estar directamente vinculados a la reducción de un agente contaminante o de un tipo de residuos identificados como tales en la normativa correspondiente⁽⁵⁴⁾. Quedan excluidos los acuerdos en los que la reducción de la contaminación es un efecto colateral de otras medidas.

180. Los acuerdos medioambientales pueden fijar normas sobre las cualidades ecológicas de los productos (materias primas o productos terminados) o procesos de producción⁽⁵⁵⁾. Entre las demás categorías posibles se cuentan también los acuerdos celebrados a un mismo nivel comercial, por medio de los cuales las partes se comprometen a alcanzar un determinado objetivo medioambiental, como el reciclaje de ciertos materiales, la reducción de emisiones o la mejora de la eficacia energética.
181. En muchos Estados del EEE se han elaborado programas para sectores enteros relativos al cumplimiento de obligaciones medioambientales en materia de recuperación o reciclaje. Estos programas suelen abarcar un complejo conjunto de acuerdos, tanto horizontales como verticales. Cuando tales acuerdos contienen restricciones verticales, no quedan sometidos a las presentes Directrices.

7.2. Mercados de referencia

182. Los efectos han de evaluarse en los mercados afectados por el acuerdo, que se determinarán con arreglo a la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia a los efectos de la normativa de competencia en el EEE. Cuando el agente contaminante no es un producto en sí, el mercado de referencia abarca el mercado del producto al cual se incorpora el agente. Por lo que se refiere a los acuerdos de recogida y reciclaje, habrá que evaluar no sólo sus efectos en el mercado o mercados en que las partes operan como productores o distribuidores, sino también sus efectos en el mercado de servicios de recogida que posiblemente incluya el producto en cuestión.

7.3. Evaluación con arreglo al apartado 1 del artículo 53

183. Algunos acuerdos sobre medio ambiente pueden ser impulsados o impuestos por las autoridades públicas en

el ejercicio de sus prerrogativas. Las presentes Directrices no entran en la cuestión de la conformidad de tales intervenciones de los Estados con las obligaciones que incumben a las partes contratantes en virtud del Acuerdo EEE, sino que sólo se refieren a la evaluación que debe hacerse para determinar la compatibilidad del acuerdo con el artículo 53.

7.3.1. Naturaleza del acuerdo

7.3.1.1. Acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

184. Ciertos acuerdos medioambientales es poco probable que queden sujetos a la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 53, independientemente de la cuota de mercado conjunta de las partes.
185. Éste puede ser el caso cuando no se impone obligación concreta alguna a las partes o cuando éstas se comprometen vagamente a alcanzar un objetivo medioambiental vigente en todo un sector. En este último supuesto, la evaluación habrá de centrarse en el margen discrecional otorgado a las partes en cuanto a los medios técnicos y económicamente disponibles para alcanzar el objetivo medioambiental fijado. Cuanto más variados sean estos medios, menos significativos serán los posibles efectos restrictivos.
186. Del mismo modo quedan al margen del apartado 1 del artículo 53 los acuerdos que establecen las cualidades ecológicas de los productos o procesos y que no afecten sensiblemente a la diversidad de los productos y de la producción en el mercado de referencia o que no incidan significativamente en las decisiones de compra. Cuando se eliminan del mercado ciertas categorías de un producto, sea de manera inmediata o progresiva, no puede considerarse que ello implique una restricción notable, siempre que estas categorías sólo representen una escasa parte del mercado geográfico de referencia o, tratándose de mercados que abarquen todo el EEE, del mercado de cada uno de los Estados miembros.

187. Por último, los acuerdos que implican una verdadera creación de mercado, como, por ejemplo, los acuerdos de reciclaje, en general no limitan la competencia, siempre y cuando las partes no estén en condiciones de ejercer por su cuenta las actividades de que se trate y no existan otras alternativas ni otros competidores.

7.3.1.2. Acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

188. Los acuerdos medioambientales entran, por su propia naturaleza, en el ámbito de aplicación del apartado 1 del

⁽⁵⁴⁾ Por ejemplo, un acuerdo nacional para la eliminación progresiva de un agente contaminante o de unos residuos definidos como tales en los correspondientes actos del EEE no puede equipararse a un boicoteo colectivo de un producto que circula libremente en el EEE.

⁽⁵⁵⁾ En la medida en que ciertos acuerdos medioambientales sean equiparables a los acuerdos de normalización se les habrán de aplicar los mismos principios de evaluación que a la normalización.

artículo 53 cuando la cooperación no se refiere realmente a objetivos medioambientales, sino que se utiliza para crear un cartel encubierto —es decir, para realizar operaciones que de otra manera estarían prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados— o cuando la cooperación sirve de instrumento en el marco de un acuerdo restrictivo más amplio destinado a excluir del mercado a competidores existentes y potenciales.

7.3.1.3. Acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53

189. Los acuerdos medioambientales que abarquen gran parte de un sector a escala nacional o del EEE pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si limitan sensiblemente la capacidad de las partes para determinar las características de sus productos o la forma en que los producen al permitirles influir en la producción o en las ventas de la otra parte. Además de las restricciones que impone a las partes, un acuerdo sobre medio ambiente puede reducir o afectar sensiblemente la producción de terceros, ya sean proveedores o compradores.

190. Por ejemplo, los acuerdos medioambientales que eliminen de forma progresiva una proporción importante de las ventas de las partes por cuanto se refiere a sus productos o a sus procesos de producción o que afecten sensiblemente tales ventas pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 si las partes disponen de una importante cuota de mercado. Lo mismo ocurre con los acuerdos por los que las partes establecen un reparto de cuotas individuales de contaminación.

191. Del mismo modo, los acuerdos por medio de los cuales unas partes en posesión de cuotas significativas en una parte sustancial del territorio cubierto por el Acuerdo EEE designan a una empresa como prestador exclusivo de servicios de recogida o reciclaje de sus productos también pueden restringir la competencia de manera considerable si existen otros proveedores reales o posibles.

7.4. Evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 53

7.4.1. Ventajas económicas

192. El Órgano de Vigilancia de la AELC es favorable al recurso a acuerdos medioambientales como instrumento de realización de los objetivos establecidos en el artículo 1 y en el artículo 73 del Acuerdo EEE, así como en los programas de acción en materia de medio

ambiente⁽⁵⁶⁾, siempre y cuando tales acuerdos sean compatibles con las normas de competencia⁽⁵⁷⁾.

193. Los acuerdos sobre medio ambiente que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53 pueden aportar ventajas económicas que compensen sus efectos negativos sobre la competencia, ya sea desde la perspectiva individual de un consumidor o desde la perspectiva de los consumidores en su conjunto. Para que se cumpla esta condición, ha de producirse un beneficio neto en términos de reducción de la presión derivado de la aplicación del acuerdo en comparación con la situación en caso de no haberse emprendido actuación alguna. En otras palabras, las ventajas económicas previstas han de compensar los costes⁽⁵⁸⁾.

194. Estos costes incluyen, en particular, los efectos de una reducción de la competencia, junto con los costes que implica el cumplimiento del acuerdo para los agentes económicos, o los efectos sobre terceros. Los beneficios pueden evaluarse en dos fases. Si los consumidores tienen una participación positiva en los beneficios del acuerdo y si ésta se produce en un plazo razonable no es necesario determinar materialmente las ventajas medioambientales globales. En caso contrario, puede resultar necesario proceder a un análisis coste-beneficio con objeto de determinar si hay razones fundadas para esperar un beneficio neto para los consumidores en general.

7.4.2. Indispensabilidad

195. Cuanto más objetivamente probada esté la eficiencia económica de un acuerdo medioambiental, más fácil será considerar indispensable cada una de sus disposiciones para la realización del objetivo medioambiental en su contexto económico.

⁽⁵⁶⁾ Los programas de acción en materia de medio ambiente elaborados por la Comunidad Europea son pertinentes para el EEE en virtud del punto 1 del artículo 3 del Protocolo 31 del Acuerdo EEE.

⁽⁵⁷⁾ Véase la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, COM(96) 561 final, de 27 de noviembre de 1996, puntos 27-29, y apartado 1 del artículo 3 del tercer acto citado en el punto 1 del artículo 3 del Protocolo 31 del Acuerdo EEE [Decisión nº 2179/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible» (DO L 275 de 10.10.1998, p. 1)]. La Comunicación contiene una «Lista de control relativa a los acuerdos sobre medio ambiente» en la que se establecen los elementos que, en general, deberían incluirse en este tipo de acuerdos. Esta lista también constituye una orientación útil en el contexto del artículo 53 del Acuerdo EEE.

⁽⁵⁸⁾ Esto es coherente con el requisito de tomar en consideración las potenciales ventajas y los costes de la acción o falta de acción establecidos en la letra d) del artículo 7 del tercer acto citado en el punto 1 del artículo 3 del Protocolo 31 del Acuerdo EEE [Decisión nº 2179/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible» (DO L 275 de 10.10.1998, p. 1)].

196. La evaluación objetiva de las disposiciones que, a primera vista, podrían considerarse no indispensables deberá apoyarse en un análisis coste-beneficio que ponga de manifiesto que, partiendo de presunciones razonables, los medios alternativos para alcanzar las ventajas medioambientales previstas serían más costosos en términos económicos o financieros. Por ejemplo, habría que demostrar con toda claridad que la aplicación de una tasa uniforme, sin tener en cuenta los costes individuales de la recogida de residuos, es indispensable para el funcionamiento de un sistema de recogida aplicado al conjunto de un sector.

7.4.3. Ausencia de eliminación de la competencia

197. Independientemente de cuáles sean las ventajas medioambientales y económicas y la necesidad de las disposiciones previstas, el acuerdo no debe eliminar la competencia en lo que concierne a la diferenciación de los productos o procesos de producción, a la innovación tecnológica o a la entrada en el mercado a corto o, en su caso, a medio plazo. Por ejemplo, en el caso de una concesión de derechos de recogida exclusivos a una empresa de recogida o reciclaje que tenga competidores potenciales, la duración por la que se conceden los derechos debería tener en cuenta la posible entrada en el mercado de otro operador.

7.5. Ejemplos

198. Ejemplo

Situación: Alentados por un organismo público, la práctica totalidad de productores e importadores del EEE de un determinado aparato electrodoméstico (lavadoras, por ejemplo) acuerdan dejar de fabricar o importar en el EEE productos que no se ajusten a ciertos criterios medioambientales (como la eficacia energética). Las partes suman un 90 % del mercado del EEE, de modo que los productos que progresivamente se irán retirando del mercado representan una parte considerable de las

ventas totales. Dichos productos serán reemplazados por otros más ecológicos, pero más caros. Además, el acuerdo reduce indirectamente la producción de terceros (por ejemplo, compañías de suministro de electricidad o proveedores de componentes integrados en los productos que irán desapareciendo).

Análisis: Este acuerdo confiere a las partes el control sobre la producción y las importaciones y afecta a una parte considerable de sus ventas y producción total y reduce al mismo tiempo la producción de terceros. Se ve limitada la capacidad de elección de los consumidores —elección que en parte se orienta por las características medioambientales del producto— y es probable que ello traiga consigo un aumento de precios. El acuerdo entra, por tanto, en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 53. La implicación de un organismo público resulta irrelevante a efectos de la evaluación de este acuerdo.

Ahora bien, los productos más recientes son tecnológicamente más avanzados y, al contribuir de forma indirecta a una reducción del impacto sobre el medio ambiente (emisiones de la producción de electricidad), no crearán o agudizarán inevitablemente otros problemas medioambientales (por ejemplo, consumo de agua, utilización de detergentes). La contribución neta a una mayor protección del medio ambiente en su conjunto compensa el aumento de los costes. Además, los compradores de los productos más caros recuperarán rápidamente ese coste adicional al ser menores los costes de funcionamiento de los productos más ecológicos. Las soluciones alternativas al acuerdo se revelan más inciertas y menos rentables para alcanzar los mismos beneficios netos. Las partes tienen a su disposición diversos medios técnicos que económicamente están a su alcance para fabricar productos que se ajusten a las características ecológicas acordadas, y se preservará la competencia en lo tocante a otras características de estos productos. Por consiguiente, se reúnen las condiciones para que el acuerdo pueda acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 53.