

Edición
en lengua española

Comunicaciones e informaciones

<u>Número de información</u>	Sumario	Página
	I <i>Comunicaciones</i>	
	Comisión	
2004/C 101/01	Tipo de cambio del euro	1
2004/C 101/02	Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología ⁽¹⁾	2
2004/C 101/03	Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia ⁽¹⁾	43
2004/C 101/04	Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE ⁽¹⁾	54
2004/C 101/05	Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE ⁽¹⁾	65
2004/C 101/06	Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) ⁽¹⁾	78
2004/C 101/07	Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado ⁽¹⁾	81
2004/C 101/08	Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado ⁽¹⁾	97

Aviso a los lectores (véase página tres de cubierta)

ES

Precio:
22,00 EUR

⁽¹⁾ Texto pertinente a efectos del EEE

AVISO A LOS LECTORES

EL DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN VEINTE LENGUAS

A partir de la adhesión a la Unión Europea de los diez nuevos Estados miembros (la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia) el **1 de mayo de 2004**, la versión papel del *Diario Oficial de la Unión Europea*, series L y C, aparecerá en las veinte lenguas oficiales de la Unión.

La «franja coloreada» de la cubierta se suprimirá y la versión lingüística se indicará por el código ISO: español (ES), checo (CS), danés (DA), alemán (DE), estonio (ET), griego (EL), inglés (EN), francés (FR), italiano (IT), letón (LV), lituano (LT), húngaro (HU), maltés (MT), neerlandés (NL), polaco (PL), portugués (PT), eslovaco (SK), esloveno (SL), finés (FI), sueco (SV).

La versión CD-ROM del Diario Oficial, series L y C, estará también disponible en las veinte lenguas a partir de la edición de mayo 2004.

EL ACERVO COMUNITARIO EN LAS NUEVE NUEVAS LENGUAS

El acervo comunitario está en proceso de preparación. Estará disponible:

— en versión papel, en forma de abono. Los volúmenes se enviarán a medida que aparezcan. El precio es de 2 000 euros.

Cada volumen podrá adquirirse individualmente, pero sólo cuando la serie esté completa.

— en versión CD-ROM, después de la disponibilidad de todos los volúmenes de la versión papel. El precio del CD-ROM es de 1 000 euros;

— en EUR-Lex.

El primero de los más de 200 volúmenes (el número exacto de volúmenes todavía no está confirmado) del acervo comunitario está ahora disponible en siete de las nuevas lenguas (seguirán el maltés y el estonio).

Para más información, por favor, póngase en contacto con nuestros agentes de venta (véase la última página de cubierta).

I

(Comunicaciones)

COMISIÓN

Tipo de cambio del euro ⁽¹⁾

26 de abril de 2004

(2004/C 101/01)

1 euro =

Moneda	Tipo de cambio	Moneda	Tipo de cambio		
USD	dólar estadounidense	1,1851	LVL	lats letón	0,647
JPY	yen japonés	128,93	MTL	lira maltesa	0,4245
DKK	corona danesa	7,4407	PLN	zloty polaco	4,7688
GBP	libra esterlina	0,66365	ROL	leu rumano	40 360
SEK	corona sueca	9,1083	SIT	tólar esloveno	238,4
CHF	franco suizo	1,5566	SKK	corona eslovaca	40,045
ISK	corona islandesa	87,30	TRL	lira turca	1 631 428
NOK	corona noruega	8,2415	AUD	dólar australiano	1,6144
BGN	lev búlgaro	1,9463	CAD	dólar canadiense	1,6043
CYP	libra chipriota	0,5865	HKD	dólar de Hong Kong	9,2424
CZK	corona checa	32,36	NZD	dólar neozelandés	1,8825
EEK	corona estonia	15,6466	SGD	dólar de Singapur	2,0119
HUF	forint húngaro	249,85	KRW	won de Corea del Sur	1 368,85
LTL	litas lituana	3,4527	ZAR	rand sudafricano	7,9935

(1) Fuente: tipo de cambio de referencia publicado por el Banco Central Europeo.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología**

(2004/C 101/02)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

I. INTRODUCCIÓN

1. Las presentes Directrices exponen los principios que se aplican para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología a la luz del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos de transferencia de tecnología tienen por objeto la concesión de licencias de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciario a explotar determinada tecnología para la producción de bienes o servicios, según lo definido en la letra b) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (el RECATT) ⁽¹⁾.
2. Con las presentes Directrices se pretende dar orientación sobre la aplicación del RECATT y del artículo 81 a los acuerdos de transferencia de tecnología que no están sujetos a dicho Reglamento. El RECATT y estas Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación concurrente del artículo 82 del Tratado CE a los acuerdos de licencia ⁽²⁾.
3. Los criterios que se exponen en estas Directrices deben aplicarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, lo que excluye una aplicación mecánica de los mismos. Cada caso debe evaluarse en su contexto factual y las Directrices deben aplicarse de manera razonable y flexible. Los ejemplos se ponen a modo de explicación y no pretenden ser exhaustivos. La Comisión seguirá de cerca la aplicación del RECATT y de las presentes Directrices en el marco del nuevo régimen de aplicación de la normativa establecido por el Reglamento 1/2003 ⁽³⁾, por si fuera necesario introducir cambios.
4. Estas Directrices no afectan a la interpretación del artículo 81 y del RECATT que puedan hacer el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

II. PRINCIPIOS GENERALES**1. El artículo 81 y los derechos de propiedad intelectual**

5. El objetivo global del artículo 81 es proteger la competencia en el mercado para así promover el bienestar de los consumidores y una asignación eficiente de los recursos. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe todos los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas ⁽⁴⁾ que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros ⁽⁵⁾ y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia ⁽⁶⁾. Como excepción a esta norma, el apartado 3 del artículo 81 dispone que la prohibición del apartado 1 del mismo artí-

culo puede declararse inaplicable a los acuerdos entre empresas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos ni ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

6. La legislación sobre propiedad intelectual confiere derechos exclusivos a los titulares de patentes, derechos de autor, derechos sobre diseños, marcas y otros derechos legalmente protegidos. El titular de la propiedad intelectual tiene derecho a impedir el uso no autorizado de la misma y a explotarla, por ejemplo, concediendo licencias sobre la misma. Una vez que un producto que incorpora un derecho de propiedad intelectual ha sido comercializado en el EEE por el titular del derecho o con su consentimiento, queda agotado el derecho de propiedad intelectual en el sentido de que el titular ya no puede utilizarlo para controlar la venta del producto ⁽⁷⁾ (principio de agotamiento comunitario). La legislación sobre propiedad intelectual no confiere al titular del derecho el derecho a impedir a los licenciarios o a los compradores que vendan los productos que incorporan la tecnología objeto de la licencia ⁽⁸⁾. El principio de agotamiento comunitario está en consonancia con la función esencial de los derechos de propiedad intelectual, que es conceder al titular el derecho a impedir que otras personas exploten su propiedad intelectual sin su consentimiento.
7. El hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual confiera derechos exclusivos de explotación no implica que los derechos de propiedad intelectual sean inmunes al Derecho de competencia. Concretamente, los artículos 81 y 82 son aplicables a los acuerdos por los que el titular de unos derechos de propiedad intelectual concede a otra empresa una licencia de explotación de los mismos ⁽⁹⁾. Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas comunitarias de competencia. De hecho, ambos cuerpos legales persiguen el mismo objetivo básico de promoción del bienestar de los consumidores y asignación eficiente de los recursos. La innovación constituye un componente esencial y dinámico de una economía de mercado abierta y competitiva. Los derechos de propiedad intelectual fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Lo mismo hace la competencia al obligar a las empresas a innovar. Así pues, tanto los derechos de propiedad intelectual como la competencia son necesarios para fomentar la innovación y su explotación competitiva.

8. En la evaluación con arreglo al artículo 81 hay que tener en cuenta que la creación de derechos de propiedad intelectual a menudo exige considerables inversiones y con frecuencia es una empresa arriesgada. Por lo tanto, para no restringir la competencia dinámica y mantener los incentivos que existen para innovar, hay que evitar que se limite indebidamente la libertad del innovador de explotar aquellos derechos de propiedad intelectual que puedan tener valor. Así pues, en principio hay que permitir que el innovador saque el suficiente provecho de los proyectos que hayan tenido éxito para mantener los incentivos a la inversión, teniendo en cuenta los proyectos que fracasan. Los acuerdos de licencia de tecnología también pueden obligar al licenciataria a hacer considerables inversiones irrecuperables en la tecnología licenciada y en los activos de producción necesarios para explotarla. El artículo 81 no puede aplicarse haciendo abstracción de las inversiones *ex ante* y de los riesgos que conllevan. Por lo tanto, el riesgo que asumen las partes y la inversión irrecuperable que hay que hacer pueden justificar la exclusión del acuerdo del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 o el cumplimiento de las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, según el caso, durante el tiempo necesario para recuperar la inversión.
 9. Para evaluar los acuerdos de licencia con arreglo al artículo 81, el marco analítico existente es lo suficientemente flexible para que se tengan debidamente en cuenta los aspectos dinámicos de la concesión de licencias de tecnología. No hay presunción de que los derechos de propiedad intelectual y los acuerdos de licencia planteen, en sí mismos, problemas de competencia. La mayoría de los acuerdos de licencia no restringen la competencia y generan eficiencias procompetitivas. De hecho, en sí la concesión de licencias favorece la competencia, toda vez que contribuye a la difusión de las tecnologías y favorece la innovación. Además, con frecuencia hasta los acuerdos de licencia que restringen la competencia pueden generar eficiencias procompetitivas que hay que examinar a la luz del apartado 3 del artículo 81 comparándolas con sus efectos negativos sobre la competencia⁽¹⁰⁾. Por lo tanto, la gran mayoría de los acuerdos de licencia son compatibles con el artículo 81.
- ## 2. Marco general para la aplicación del artículo 81
10. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El apartado 1 del artículo 81 se aplica tanto a las restricciones de la competencia entre las partes de un acuerdo como a las restricciones de la competencia entre cualquiera de las partes y terceros.
 11. La evaluación de si un acuerdo de licencia restringe la competencia debe hacerse en el marco efectivo en que se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo que presuntamente contiene restricciones⁽¹¹⁾. En esta evaluación hay que tomar en consideración el posible impacto del acuerdo en la competencia intertecnológicas (competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras) y en la competencia intratecnológica (competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología)⁽¹²⁾. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe las restricciones tanto de la competencia intertecnológicas como de la competencia intratecnológica. Por lo tanto, es preciso determinar en qué medida afecta o puede afectar el acuerdo a estos dos tipos de competencia.
 12. Para ello resulta útil formular las dos preguntas que se exponen seguidamente. La primera pregunta está relacionada con el impacto del acuerdo sobre la competencia intertecnológicas, mientras que la segunda se refiere al impacto del acuerdo sobre la competencia intratecnológica. Como las restricciones pueden afectar a la competencia intertecnológicas y a la competencia intratecnológica a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de ambas preguntas para determinar si restringe la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81:
 - a) ¿Restringe el acuerdo de licencia la competencia efectiva o potencial que existiría de no haberse celebrado? En caso afirmativo, el acuerdo puede estar sujeto al apartado 1 del artículo 81. A la hora de hacer esta evaluación hay que tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros. Por ejemplo, si dos empresas establecidas en Estados miembros diferentes se conceden licencias cruzadas sobre tecnologías competidoras y se comprometen a no vender productos en los mercados nacionales de la otra parte, se restringe la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo. De igual modo, si un licencianta impone a sus licenciataria la obligación de no utilizar tecnologías competidoras y esta obligación excluye del mercado las tecnologías de terceros, la competencia efectiva o potencial que habría existido a falta del acuerdo se ve restringida.
 - b) ¿Restringe el acuerdo la competencia efectiva o potencial que habría existido a falta de las restricciones contractuales? En caso afirmativo, el acuerdo puede estar sujeto al apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, si un licencianta impide a sus licenciataria competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido a falta de las restricciones. Entre estas restricciones figuran la fijación vertical de los precios y las restricciones territoriales o de la clientela entre licenciataria. Sin embargo, determinadas restricciones pueden, en ciertos casos, no estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 porque la restricción es objetivamente necesaria para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza⁽¹³⁾. Esta exclusión de la aplicación de apartado 1 del artículo 81 sólo puede hacerse sobre la base de factores objetivos ajenos a las partes y no de las posiciones subjetivas y las características de las mismas. No se trata de determinar si las partes no habrían aceptado en su situación concreta celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, otras empresas en un contexto semejante no habrían celebrado un acuerdo menos restrictivo. Por ejemplo, las restricciones territoriales de un acuerdo entre no competidores pueden no estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 durante cierto tiempo si son objetivamente necesarias para que un licenciataria entre en un mercado nuevo. Del mismo modo, la prohibición a todos los licenciataria de que vendan a determinadas categorías de consumidores finales puede no ser restrictiva de la competencia cuando tal restricción, por motivos sanitarios o de seguridad relacionados con la naturaleza peligrosa del producto en cuestión, resulta objetivamente necesaria. No basta

con alegar que, sin tal restricción, el proveedor habría recurrido a la integración vertical. La decisión de proceder a una integración vertical depende de numerosos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de carácter interno.

13. Al aplicar el marco analítico expuesto en el anterior apartado, hay que tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 81 distingue los acuerdos cuyo objeto es una restricción de la competencia de los acuerdos cuyo efecto es una restricción de la competencia. Un acuerdo o restricción contractual sólo está prohibido por el apartado 1 del artículo 81 si tiene por objeto o efecto restringir la competencia intertecnológicas o la competencia intratecnológica.
14. Las restricciones de la competencia por objeto son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia. Son restricciones que, a la luz de los objetivos de la normativa comunitaria de competencia, tienen un potencial tan grande de generación de efectos negativos sobre la competencia que no es necesario probar sus efectos sobre el mercado para aplicar el apartado 1 del artículo 81⁽¹⁴⁾. Además, es improbable que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Para determinar si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia se tienen en cuenta varios factores, especialmente el contenido del acuerdo y los fines objetivos del mismo. También puede ser necesario tener en cuenta el contexto en que se aplica (o va a aplicarse) y el comportamiento real de las partes en el mercado⁽¹⁵⁾. En otras palabras, puede ser necesario hacer un examen del contexto factual del acuerdo y de las circunstancias específicas en que se aplica para determinar si una restricción concreta constituye una restricción especialmente grave de la competencia. La aplicación práctica de un acuerdo puede revelar la existencia de una restricción por objeto en un acuerdo que formalmente no contenga ninguna cláusula expresa al efecto. La existencia de pruebas de la intención subjetiva de las partes de restringir la competencia es un factor pertinente pero no una condición necesaria. Por lo que concierne a los acuerdos de licencia, la Comisión considera que las restricciones enumeradas en la lista de restricciones de la competencia especialmente graves que figura en el artículo 4 del RECATT son restrictivas por su propio objeto.
15. Si un acuerdo no es restrictivo por objeto, hay que determinar si tiene efectos restrictivos sobre la competencia. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales⁽¹⁶⁾. En otras palabras, el acuerdo tiene que tener efectos anticompetitivos probables. Un acuerdo de licencia se considera restrictivo de la competencia por efecto si afecta a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tenga efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios. Estos efectos negativos probables sobre la competencia deben ser apreciables⁽¹⁷⁾. Los efectos anticompetitivos apreciables son probables cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo. Poder de mercado es la capacidad de mantener los precios por encima de los niveles competitivos o la producción en términos de cantidades de producto, calidad y variedad del producto o innovación por debajo de los niveles competitivos durante un periodo de tiempo que no sea insignificante. En principio el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del apartado 1 del artículo 81 es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 82.
16. Para analizar las restricciones de la competencia por efecto, en principio hay que definir el mercado de referencia y examinar y evaluar, entre otras cosas, la naturaleza de los productos y de las tecnologías afectados, la posición de mercado de las partes, la posición de mercado de los competidores, la posición de mercado de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras de entrada. En algunos casos es posible, sin embargo, demostrar los efectos anticompetitivos directamente analizando la conducta de las partes del acuerdo en el mercado. Puede ser posible, por ejemplo, determinar que un acuerdo se ha traducido en subidas de precios.
17. Ahora bien, los acuerdos de licencia también pueden tener importantes efectos procompetitivos. De hecho, la gran mayoría de los acuerdos de licencia son procompetitivos. Pueden favorecer la innovación al permitir que los innovadores obtengan ingresos que cubran al menos parcialmente los costes de investigación y desarrollo. También pueden contribuir a la difusión de las tecnologías; esta difusión puede generar valor reduciendo los costes de producción del licenciario o permitiéndole producir productos nuevos o mejorados. Las eficiencias para el licenciario con frecuencia son el fruto de la combinación de la tecnología del licenciante con sus activos y tecnologías. Esta integración de activos y tecnologías complementarios puede conducir a una configuración coste/producción que sería imposible lograr sin el acuerdo. Por ejemplo, la combinación de la tecnología más avanzada del licenciante con los activos de producción o distribución más eficientes del licenciario puede reducir los costes de producción o hacer posible la producción de un producto de más calidad. Los acuerdos de licencia también pueden contribuir al objetivo procompetitivo de eliminar obstáculos al desarrollo y explotación de la tecnología del licenciario. Especialmente en los sectores en que abundan las patentes, estos acuerdos a menudo se concluyen para generar espacios de libertad de creación al evitar el licenciario el riesgo de ser objeto de una demanda por violación de patente. Si el licenciante acepta no invocar sus derechos de propiedad intelectual para impedir la venta de productos del licenciario, el acuerdo suprime un obstáculo a la venta de dichos productos y, de este modo, generalmente fomenta la competencia.

18. En los casos en que un acuerdo de licencia está sujeto al apartado 1 del artículo 81, los efectos procompetitivos del mismo deben sopesarse junto con los efectos restrictivos en el contexto del apartado 3 del artículo 81. Cuando se cumplen las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo de licencia restrictivo es válido y aplicable, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto ⁽¹⁸⁾. Las restricciones de la competencia especialmente graves solamente cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 en circunstancias excepcionales. Por regla general, tales acuerdos incumplen (al menos) una de las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. Generalmente no generan beneficios económicos objetivos ni beneficios para los consumidores. Asimismo, estos acuerdos tampoco suelen superar la prueba de indispensabilidad de la tercera condición. Por ejemplo, si las partes fijan el precio al que debe venderse el producto producido con la licencia, generalmente el resultado es una menor producción y una mala asignación de los recursos, amén de precios más altos para los consumidores. Además, no es indispensable fijar el precio para conseguir las eficiencias derivadas del hecho de que ambos competidores dispongan de las dos tecnologías.
- ### 3. Definición del mercado
19. El planteamiento que sigue la Comisión para definir el mercado de referencia está expuesto en sus Directrices sobre la definición del mercado ⁽¹⁹⁾. Las presentes Directrices solamente abordan los aspectos de la definición del mercado que son de especial importancia en el ámbito de las licencias de tecnología.
20. La tecnología es un insumo que se integra en un producto o en un proceso de producción. Por lo tanto, las licencias de tecnología pueden afectar a la competencia tanto en los mercados de insumos como en los mercados de producción. Por poner un ejemplo, un acuerdo entre dos partes que venden productos competidores y que se conceden licencias cruzadas de tecnologías relacionadas con la producción de tales productos puede restringir la competencia en el mercado de productos de referencia. También puede restringir la competencia en el mercado tecnológico y posiblemente también en otros mercados de insumos. Por lo tanto, para evaluar los efectos competitivos de los acuerdos de licencia puede ser necesario definir mercados de bienes y servicios de referencia (mercados de productos) y mercados tecnológicos ⁽²⁰⁾. El término «mercado de productos» utilizado en el artículo 3 del RECATT se refiere a los mercados de bienes y servicios de referencia tanto en su dimensión geográfica como de productos. Como se desprende claramente de la letra i) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT, este término se utiliza tan sólo para distinguir los mercados de bienes y servicios de referencia de los mercados tecnológicos de referencia.
21. El RECATT y estas Directrices tienen en cuenta tanto los efectos sobre los mercados de productos finales como sobre los mercados de productos intermedios. El mercado de productos de referencia está integrado por los productos considerados por los compradores intercambiables o sustituibles por los productos contractuales que incorporan la tecnología licenciada, por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.
22. Los mercados tecnológicos están integrados por la tecnología licenciada y sus substitutos, es decir: otras tecnologías consideradas por los licenciarios intercambiables o sustituibles por la tecnología licenciada, por razón de sus características, sus cánones o el uso que se prevea hacer de ellos. La metodología que se aplica para definir los mercados tecnológicos se inspira en los mismos principios que se siguen para definir el mercado de productos. Partiendo de la tecnología comercializada por el licenciante, hay que determinar qué otras tecnologías alternativas podrían utilizar los licenciarios en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, esto es, de los cánones. Otro planteamiento alternativo consiste en examinar el mercado de los productos que incorporan la tecnología licenciada (véase el punto 23).
23. Una vez definidos los mercados de referencia, pueden asignarse cuotas de mercado a las diversas fuentes de competencia del mercado, cuotas que servirán de indicador de la fortaleza relativa de los operadores del mercado. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte que le corresponde a cada tecnología del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Pero con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones, etc. Otro método alternativo, que se usa en el apartado 3 del artículo 3 del RECATT, consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes (véase el punto 70). Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que es licenciada. En el caso de los mercados tecnológicos el planteamiento del apartado 3 del artículo 3 de tener en cuenta tecnologías utilizadas (sólo) internamente está justificado. Este planteamiento es, en general, un buen indicador de la posición de mercado de la tecnología. Primero, porque refleja la competencia potencial de las empresas que producen con su propia tecnología y que probablemente decidirían conceder licencias sobre la misma de producirse un aumento pequeño pero permanente en el precio de las licencias. En segundo lugar, porque incluso cuando es poco probable que otros titulares de tecnologías decidan conceder licencias, el licenciante no tiene forzosamente poder de mercado en el mercado tecnológico, ni siquiera si su cuota de ingresos procedentes de cánones es elevada. Si el mercado de productos descendente es competitivo, la competencia existente en ese nivel puede restringir el margen de maniobra del licenciante. Un incremento de los cánones repercute en los costes del licenciario, haciéndolo menos competitivo, lo que le hace perder ventas. La cuota de mercado de la tecnología en el mercado de productos también refleja este elemento y, por consiguiente, suele ser un buen indicador del poder de mercado de licenciante. En casos individuales que no pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del RECATT puede ser necesario, si resulta factible, aplicar ambos planteamientos para evaluar con mayor precisión la posición de mercado del licenciante.

24. Además, cuando no es aplicable la salvaguardia regulatoria del RECATT, también hay que tener presente que las cuotas de mercado no siempre son un buen indicador de la posición de mercado relativa de las tecnologías disponibles. Por lo tanto, amén de las tecnologías controladas por las partes del acuerdo, la Comisión tendrá en cuenta, entre otras cosas, el número de tecnologías controladas por terceros que pueden substituir a la tecnología licenciada con un coste comparable para el usuario (véase el punto 131).
25. Algunos acuerdos de licencia pueden afectar a los mercados de innovación. Para analizar estos efectos, en principio la Comisión se limitará, no obstante, a examinar el impacto del acuerdo sobre la competencia en los mercados de productos y los mercados tecnológicos existentes⁽²¹⁾. La competencia en tales mercados puede verse afectada por acuerdos que retrasen la introducción de productos mejorados o nuevos llamados a reemplazar a los existentes. En estos casos la innovación es una fuente de competencia potencial que hay que tener en cuenta al evaluar el impacto del acuerdo sobre los mercados de productos y los mercados tecnológicos. En un número limitado de casos puede, no obstante, resultar útil y necesario definir también los mercados de innovación. Así ocurre especialmente cuando el acuerdo afecta a la innovación orientada a la creación de nuevos productos y cuando es posible determinar en una fase inicial los polos de investigación y desarrollo⁽²²⁾. En estos casos puede analizarse si tras el acuerdo habrá un número suficiente de polos de investigación y desarrollo competidores para que se mantenga la competencia efectiva en materia de innovación.
- #### 4. La distinción entre competidores y no competidores
26. En general los acuerdos entre competidores encierran un mayor peligro para la competencia que los acuerdos entre no competidores. Sin embargo, la competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología (competencia intratecnológica entre licenciatarios) constituye un complemento importante de la competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras (competencia intertecnológicas). Así, por ejemplo, la competencia intratecnológica puede desembocar en unos precios más bajos para los productos que incorporan la tecnología en cuestión, que no sólo pueden generar beneficios directos e inmediatos para los consumidores de estos productos, sino que además estimulan aún más la competencia entre las empresas que utilizan tecnologías competidoras. En el contexto de las licencias, también hay que tener en cuenta que los licenciatarios venden su propio producto; no revenden un producto que les suministra otra empresa. Puede haber, pues, un mayor margen para la diferenciación de los productos y la competencia en calidad entre los licenciatarios que en el caso de los acuerdos verticales de reventa de productos.
27. Para conocer la relación competitiva existente entre las partes, es necesario determinar si habrían sido competidores reales o potenciales de no haberse celebrado el acuerdo. Si a falta del acuerdo las partes no hubiesen sido competidores reales o potenciales en ningún mercado de referencia afectado por el acuerdo, se considera que no son competidores.
28. Si el licenciante y el licenciatario están activos en el mismo mercado de productos o en el mismo mercado tecnológico sin que una o ambas partes infrinjan los derechos de propiedad intelectual de la otra, son competidores efectivos en el mercado de que se trate. Si el licenciatario ya ha licenciado su tecnología y el licenciante entra en el mercado tecnológico concediendo una licencia sobre una tecnología competidora al licenciatario, se considerará que las partes son competidores efectivos en el mercado tecnológico.
29. Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado de productos si, de no existir el acuerdo y sin infringir los derechos de propiedad intelectual de la otra parte, probablemente hubieran acometido la inversión adicional necesaria para entrar en el mercado de referencia en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de los productos. Para constituir una presión competitiva realista, la entrada de otro competidor debe ser posible en un plazo muy corto. En principio, en un plazo de uno o dos años. Sin embargo, en algunos casos se pueden tomar en consideración plazos más largos. El plazo que necesitan las empresas ya presentes en el mercado para ajustar su capacidad puede servir de referencia para determinar este plazo. Por ejemplo, es probable que se considere que las partes son competidores potenciales en el mercado de productos si el licenciatario produce con su propia tecnología en un mercado geográfico y comienza a producir en otro mercado geográfico con otra tecnología licenciada competidora. En tales circunstancias, el licenciatario probablemente hubiese podido entrar en el segundo mercado geográfico con su propia tecnología, salvo que mediasen factores objetivos que lo impidiesen, como la existencia de patentes de bloqueo (véase el punto 32).
30. Se considera que las partes son competidores potenciales en el mercado tecnológico cuando poseen tecnologías sustituibles si el licenciatario no ha concedido licencias sobre su propia tecnología, siempre y cuando probablemente lo hubiera hecho en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios de la tecnología. Sin embargo, a efectos de la aplicación del RECATT, no se tiene en cuenta la competencia potencial en el mercado tecnológico (véase el punto 66).

31. En algunos casos las partes pueden convertirse en competidores después de celebrarse el acuerdo al desarrollar y empezar a explotar el licenciataria una tecnología competidora. En tal caso hay que tener en cuenta que las partes no eran competidores en el momento en que se celebró el contrato y que éste se concluyó en dicho contexto. Por consiguiente, la Comisión se centrará principalmente en el impacto del acuerdo en la capacidad del licenciataria de explotar su propia tecnología (competidora). En particular, la lista de restricciones de la competencia especialmente graves aplicables a los acuerdos entre competidores no se aplicará a esos acuerdos salvo que se modifique un aspecto material del acuerdo después de que las partes se conviertan en competidores (véase el apartado 3 del artículo 4 del RECATT). También puede ocurrir que las empresas se conviertan en competidores tras la celebración del acuerdo porque el licenciataria ya estaba presente en el mercado de productos antes de que se le concediese la licencia y porque el licenciante haya entrado en el mercado de productos tras el acuerdo gracias a la tecnología licenciada o a una tecnología nueva. En este caso se seguirá aplicando al acuerdo la lista de restricciones de la competencia especialmente graves aplicable a los acuerdos entre no competidores, salvo que se modifique un aspecto importante del acuerdo después de que las partes se conviertan en competidores (véase el apartado 3 del artículo 4 del RECATT).
32. Si las partes poseen tecnologías que están en una posición unilateral o bilateral de bloqueo se considera que no son competidores en el mercado tecnológico. Hay posición unilateral de bloqueo cuando una tecnología no puede aprovecharse sin que ello constituya una infracción de otra tecnología. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una patente cubre un perfeccionamiento de una tecnología cubierta por otra patente. La patente de perfeccionamiento de la tecnología no puede ser explotada si antes el titular no obtiene una licencia sobre la patente básica. Se da una posición bilateral de bloqueo cuando no se puede explotar ninguna de las dos tecnologías sin que ello constituya una infracción de la otra, por lo que los titulares tienen que concederse una licencia o una autorización mutuamente. Para determinar si existe posición de bloqueo, la Comisión se basará en factores objetivos y no tomará en consideración la opinión subjetiva de las partes. Las pruebas de la existencia de una posición de bloqueo tendrán que ser especialmente convincentes cuando a ambas partes les convenga invocar dicha posición de bloqueo para que no se las considere competidores; por ejemplo, cuando la supuesta posición bilateral de bloqueo se refiera a tecnologías intercambiables que sean substitutivas desde un punto de vista tecnológico. Las pruebas tendrán que consistir en resoluciones judiciales, incluidos los requerimientos judiciales, y dictámenes de expertos independientes. En este último caso, la Comisión prestará especial atención al método de selección del experto. Aunque también pueden ser válidas para demostrar la existencia de una posición de bloqueo otras pruebas convincentes, como las aportadas por expertos, de que las partes tienen o tenían buenos motivos para creer que existe o existía una posición de bloqueo.
33. En algunos casos también es posible concluir que, si bien el licenciante y el licenciataria producen productos competidores, no son competidores en el mercado de productos de referencia ni en el mercado tecnológico de referencia porque la tecnología objeto de la licencia representa una innovación tan radical que la tecnología del licenciataria ha quedado obsoleta o no resulta competitiva. En estos casos, la tecnología del licenciante crea un mercado nuevo o excluye del mercado la tecnología del licenciataria. Pero, con frecuencia, no es posible llegar a esta conclusión en el momento en que se celebra el acuerdo. Generalmente hasta que la tecnología o los productos que la incorporan no llevan algún tiempo a disposición de los consumidores no resulta evidente si la tecnología más antigua ha quedado obsoleta o ha dejado de ser competitiva. Por ejemplo, cuando se desarrolló la tecnología de los CD y se comercializaron los lectores de CD y los CD, no era obvio que esta nueva tecnología fuese a reemplazar la tecnología de los LP. Pasaron varios años antes de que quedase claro. Por lo tanto, se considerará que las partes son competidores si en el momento de celebrarse el acuerdo no es evidente que la tecnología del licenciataria haya quedado obsoleta o no sea competitiva. Sin embargo, como los apartados 1 y 3 del artículo 81 deben aplicarse a la luz del contexto real en que se celebra el acuerdo, la evaluación es sensible a los cambios sustanciales en los hechos. La consideración de la relación entre las partes cambiará y la relación pasará a ser una relación entre no competidores si más adelante la tecnología del licenciataria deviene obsoleta o deja de ser competitiva en el mercado.

III. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

1. Efectos del Reglamento de exención por categorías

34. Los acuerdos de transferencia de tecnología que cumplen los requisitos establecidos en el RECATT se benefician de una exención por categorías de la prohibición del apartado 1 del artículo 81. Los acuerdos exentos por categorías son válidos y aplicables legalmente. Sólo pueden prohibirse de cara al futuro y ello previa retirada de la exención por categorías por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia. Estos acuerdos no pueden ser prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 por los tribunales nacionales con ocasión de una demanda interpuesta por un particular.
35. La exención de determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología se basa en la presunción de que estos acuerdos, si entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, cumplen las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Se presupone, pues, que estos acuerdos generan eficiencias económicas, que las restricciones que contienen son indispensables para alcanzar estas eficiencias, que se re-

serva a los consumidores de los mercados afectados una participación equitativa en los incrementos de eficiencia y que los acuerdos no ofrecen a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Los umbrales fijados para las cuotas de mercado (artículo 3), la lista de restricciones especialmente graves (artículo 4) y las restricciones excluidas (artículo 5) que establece el RECATT persiguen garantizar que los acuerdos restrictivos solamente se beneficien de la exención por categorías si se puede presumir con suficiente seguridad que cumplen las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81.

36. Como se indica en la Sección IV, muchos acuerdos de licencia no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 8 porque no restringen la competencia en absoluto o porque la restricción es insignificante⁽²³⁾. En la medida en que de todos modos estos acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del RECATT, no es necesario determinar si están sujetos al apartado 1 del artículo 81⁽²⁴⁾.
37. Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías es importante examinar si en el caso individual de que se trate el acuerdo está sujeto a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 y, en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho artículo. No se presume que los acuerdos de transferencia de tecnología que no están cubiertos por la exención por categorías son incompatibles con el apartado 1 del artículo 81 o incumplen las condiciones del apartado 3 de ese mismo artículo. Concretamente, el mero hecho de que las cuotas de mercado de las partes excedan de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el artículo 3 del RECATT no basta para considerar que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Es preciso hacer una evaluación de los efectos probables del acuerdo. Solamente cuando los acuerdos contienen restricciones especialmente graves de la competencia cabe presumir, en principio, que están prohibidos por el artículo 81.

2. Ámbito de aplicación y duración del Reglamento de exención por categorías

2.1. Acuerdos entre dos partes

38. Con arreglo al apartado 1 de su artículo 2, el RECATT es aplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología «entre dos empresas». Los acuerdos de transferencia de tecnología entre más de dos empresas no están cubiertos por el RECATT⁽²⁵⁾. El factor determinante para distinguir entre acuerdos bilaterales y multilaterales es si el acuerdo lo concluyen más de dos empresas.
39. Los acuerdos concluidos por dos empresas entran dentro del ámbito de aplicación del RECATT aunque impongan condiciones para más de un nivel comercial. Por ejemplo, el RECATT es aplicable a un acuerdo de licencia que se refiera no sólo a la fase de producción sino también a la de distribución, al especificar las obligaciones que el licenciario debe o puede imponer a los revendedores de los productos producidos al amparo de la licencia⁽²⁶⁾.
40. Los acuerdos de licencia entre más de dos empresas con frecuencia suscitan las mismas cuestiones que los acuerdos de licencia de la misma naturaleza concluidos entre dos empresas. En su evaluación individual de los acuerdos de licencia de la misma naturaleza que los cubiertos por la exención por categorías pero celebrados por más de dos empresas, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT.

2.2. Acuerdos de producción de productos contractuales

41. Del artículo 2 se desprende que, para que los acuerdos de licencia estén cubiertos por el RECATT, deben tener por objeto «la producción de los productos contractuales», es decir, de productos que incorporen la tecnología licenciada o sean producidos con ella. En otras palabras, para que esté cubierta por el RECATT, la licencia tiene que permitir al licenciario explotar la tecnología licenciada para la producción de bienes o servicios (véase el considerando 7 del RECATT). El RECATT no cubre los consorcios tecnológicos. El concepto de consorcio tecnológico abarca los acuerdos por los que dos o más partes deciden compartir sus tecnologías y conceder licencias globales sobre las mismas. El concepto de consorcio también incluye los acuerdos por los que dos o más empresas conceden una licencia a un tercero y le autorizan a conceder licencias sobre el paquete de tecnologías. De los consorcios tecnológicos se trata en la sección IV.4.
42. El RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia destinados a la producción de los productos contractuales que permiten al licenciario conceder a terceros sublicencias sobre la tecnología licenciada, siempre que la producción de los productos contractuales constituya el objeto principal del acuerdo. En cambio, el RECATT no es aplicable a los acuerdos cuyo objeto principal es la concesión de sublicencias. Con todo, la Comisión aplicará por analogía los principios expuestos en el RECATT y las presentes Directrices a estos acuerdos de «licencia principal» entre licenciante y licenciario. Los acuerdos entre el licenciario y los sublicenciarios están cubiertos por el RECATT.
43. El término «productos contractuales» se refiere a los productos y servicios producidos con la tecnología objeto de la licencia. Los productos son, pues, contractuales si la tecnología licenciada se utiliza en el proceso de producción o si se incorpora al propio producto. En las presentes Directrices, los términos «productos que incorporan la tecnología licenciada» cubren ambas situaciones. El RECATT se aplica en todos los casos en que la tecnología se licencia para producir bienes y servicios. Basta con que el licenciante se comprometa a no ejercer sus derechos de propiedad intelectual contra el licenciario. La esencia de una licencia de patente pura es el derecho a operar dentro del ámbito de aplicación del derecho exclusivo de la patente. En consecuencia, el RECATT también cubre los llamados acuerdos de renuncia y los llamados acuerdos de resolución de conflictos, por los que el licenciante permite al licenciario producir dentro del ámbito cubierto por la patente.

44. El RECATT cubre la «subcontratación» por la que el licenciante transfiere tecnología mediante licencia al licenciario, que se obliga a producir determinados productos con dicha tecnología únicamente para el licenciante. La subcontratación también puede conllevar el suministro por el licenciante de equipos destinados a la producción de los bienes y servicios cubiertos por el acuerdo. Para que este último tipo de subcontratación esté cubierto por el RECATT, la tecnología licenciada, y no el equipo suministrado, deben constituir el objeto principal del acuerdo. La subcontratación también está cubierta por la Comunicación de la Comisión referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado ⁽²⁷⁾. Conforme a esta Comunicación, que sigue vigente, los acuerdos de subcontratación por los que el subcontratante se compromete a producir determinados productos exclusivamente para el contratista en principio no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. No obstante, otras restricciones impuestas al subcontratista, como la obligación de no efectuar o explotar sus propias actividades de investigación y desarrollo, pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 ⁽²⁸⁾.
45. El RECATT también es aplicable a los acuerdos por los que el licenciario tiene que realizar actividades de desarrollo antes de obtener un producto o un procedimiento que esté en condiciones de explotación comercial, siempre que se haya definido el producto contractual. Aunque sea necesario realizar tales actividades e inversiones, el objeto del acuerdo es la producción de un producto contractual. Por otro lado, el RECATT y estas Directrices no abarcan los acuerdos por los que se licencia una tecnología con el fin de que el licenciario pueda realizar actividades de investigación y desarrollo en varios campos. Por ejemplo, el RECATT y las presentes Directrices no cubren las licencias concedidas sobre instrumentos de investigación tecnológica utilizados para posteriores actividades de investigación. El marco que establecen el RECATT y las Directrices descansa sobre la premisa de que tiene que haber un vínculo directo entre la tecnología licenciada y un producto contractual dado. Cuando no existe este vínculo, el objeto principal del acuerdo es la investigación y desarrollo, y no la comercialización de un producto concreto, en cuyo caso el marco analítico del RECATT y las Directrices puede no resultar apropiado. Por los mismos motivos, el RECATT y las Directrices no cubren los acuerdos de subcontratación de actividades de investigación y desarrollo por los que el licenciario se obliga a llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo cubierto por la tecnología licenciada y a la retrocesión del paquete tecnológico mejorado al licenciante. El objeto principal de tales acuerdos es la prestación de servicios de investigación y desarrollo encaminados a mejorar la tecnología, y no la producción de bienes y servicios con la tecnología licenciada.
- ### 2.3. El concepto de acuerdos de transferencia de tecnología
46. El RECATT y estas Directrices tienen por objeto los acuerdos de transferencia de tecnología. Con arreglo a las letras b) y h) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT el concepto de «tecnología» comprende las patentes y las solicitudes de patentes, los modelos de utilidad y las solicitudes de registro de modelo de utilidad, los dibujos, los certificados sobre obtenciones vegetales, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales pueden obtenerse dichos certificados, los derechos de autor de programas informáticos y los conocimientos técnicos. La tecnología licenciada debe permitir al licenciario producir, con o sin otros insumos, los productos contractuales.
47. Los conocimientos técnicos se definen en la letra i) del apartado 1 del artículo 1 como un conjunto de información práctica no patentada derivada de pruebas y experiencias, que es secreta, sustancial y determinada. «Secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles. «Sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen la información que es importante y útil para la producción de los productos cubiertos por el acuerdo de licencia o la aplicación del proceso cubierto por el acuerdo de licencia. En otras palabras, la información debe contribuir o facilitar de manera significativa la producción de los productos contractuales. Si los conocimientos técnicos se refieren a un producto y no a un procedimiento, esta condición significa que los conocimientos técnicos han de ser útiles para la producción del producto contractual. Esta condición no se cumple si se puede producir el producto contractual mediante una tecnología que es de dominio público. Esta condición no implica, no obstante, que el producto contractual tenga que ser de mayor valor que los productos producidos con tecnologías de dominio público. En el caso de las tecnologías de procesos esta condición implica que los conocimientos técnicos han de ser útiles en el sentido de que en el momento de la celebración del acuerdo sea razonable esperar que sirvan para mejorar la competitividad del licenciario, por ejemplo, reduciendo sus costes de producción. «Determinada» significa que es posible verificar que los conocimientos técnicos licenciados se ajustan a los criterios de secreto y sustancialidad. Esta condición se cumple cuando los conocimientos técnicos licenciados están descritos en manuales o de otra forma escrita. Con todo, en algunos casos el cumplimiento de esta exigencia puede ser posible pero no razonable. Los conocimientos técnicos licenciados pueden ser conocimientos prácticos de los empleados del licenciante. Estos empleados pueden, por ejemplo, tener conocimientos sustanciales y secretos sobre un determinado proceso de producción que se transfieren al licenciario en forma de formación de sus empleados. En tales casos basta con que se describa en el acuerdo la naturaleza general de los conocimientos técnicos y se indique qué empleados han participado o van a participar en la transferencia de los mismos al licenciario.
48. El concepto de «transferencia» implica que la tecnología debe pasar de una empresa a otra. Estas transferencias suelen realizarse por medio de licencias por las que el licenciante otorga al licenciario el derecho a utilizar su tecnología exigiendo como contraprestación el pago de un canon. También pueden adoptar la forma de una sublicencia por la que el licenciario, previa autorización del licenciante, concede a terceros (sublicenciarios) licencias de explotación de la tecnología.

49. El RECATT solamente es aplicable a los acuerdos que tienen por objeto principal la transferencia de tecnología en el sentido del Reglamento, no la compra de bienes y servicios o la licencia de otros tipos de propiedad intelectual. Los acuerdos que contienen cláusulas relativas a la compra y venta de productos solamente están cubiertos por el RECATT en la medida en que tales cláusulas no constituyan el objeto primordial del acuerdo y estén directamente relacionadas con la aplicación de la tecnología licenciada. Es lo que ocurre generalmente cuando los productos vinculados son equipos o insumos de procesos diseñados especialmente para hacer un uso eficaz de la tecnología licenciada. En cambio, si el producto es simplemente otro insumo del producto final, hay que examinar detenidamente si la tecnología licenciada constituye el objeto primordial del acuerdo. Así, por ejemplo, si el licenciario ya produce un producto final con otra tecnología, la licencia debe traducirse en una mejora significativa del proceso de producción del licenciario, de un valor superior al del producto comprado al licenciante. El requisito de que los productos vinculados estén relacionados con la licencia de tecnología implica que el RECATT no cubre la compra de productos que no tengan relación alguna con los productos que incorporan la tecnología licenciada. Es el caso, por ejemplo, cuando el producto vinculado no está destinado a ser utilizado con el producto licenciado, sino que está relacionado con una actividad que tiene lugar en otro mercado de productos distinto.
50. El RECATT solamente cubre la concesión de licencias de otros tipos de propiedad intelectual, como marcas y derechos de autor distintos de los derechos de autor de programas informáticos, en la medida en que estén directamente relacionados con la explotación de la tecnología licenciada y no constituyan el objeto primordial del acuerdo. Esta condición garantiza que los acuerdos que tienen por objeto otros tipos de derechos de propiedad intelectual solamente estén cubiertos por la exención por categorías si estos derechos de propiedad intelectual sirven para que el licenciario explote mejor la tecnología licenciada. El licenciante puede, por ejemplo, autorizar al licenciario a utilizar su marca en los productos que incorporan la tecnología licenciada. La licencia de marca puede ayudar al licenciario a explotar mejor la tecnología licenciada al hacer posible que los consumidores asocien inmediatamente el producto con las características que le confiere la tecnología licenciada. Una obligación consistente en que el licenciario tenga que utilizar la marca del licenciante también puede contribuir a la difusión de la tecnología al permitir que el licenciante sea identificado con la fuente de la tecnología. Sin embargo, si el valor que tiene la tecnología licenciada para el licenciario es limitado porque ya utiliza una tecnología idéntica o muy similar y el objeto principal del acuerdo es la marca, no cabe aplicar el RECATT ⁽²⁹⁾.
51. Las licencias de derechos de autor para la reproducción y distribución de obras protegidas, es decir, la producción de copias para su reventa, se consideran asimilables a las licencias de tecnología. Como estos acuerdos de licencia tienen por objeto la producción y venta de productos con un derecho de propiedad intelectual, se considera que son de naturaleza similar a la de los acuerdos de transferencia de tecnología y normalmente plantean problemas comparables. Aunque el RECATT no cubre más derechos de autor que los de programas informáticos, por regla general la Comisión aplicará los principios expuestos en el RECATT y estas Directrices para evaluar este tipo de acuerdos de licencia de derechos de autor a la luz del artículo 81.
52. En cambio, las licencias de derechos de representación y de otros derechos relacionados con derechos de autor plantean problemas específicos y puede resultar inapropiado evaluarlas con arreglo a los principios expuestos en estas Directrices. En el caso de los diversos derechos relacionados con las representaciones lo que genera valor no es la producción y venta de copias de un producto, sino cada representación de la obra protegida. Tal explotación puede adoptar diversas formas, como la representación, proyección o alquiler de material protegido, como películas, música o acontecimientos deportivos. A la hora de aplicar el artículo 81 se han de tener en cuenta las particularidades de la obra y el modo en que se explota ⁽³⁰⁾. Por poner un ejemplo, las restricciones de reventa pueden plantear menos problemas de competencia, mientras que sí puede plantearlos el hecho de que los licenciantes impongan a los licenciarios la obligación de hacer extensivas a todos sus licenciarios las condiciones favorables que concedan a uno de ellos. Por consiguiente, la Comisión no aplicará el RECATT y las presentes Directrices por analogía a los acuerdos de licencia de estos derechos.
53. Como tampoco hará extensivos los principios expuestos en el RECATT y estas Directrices a los acuerdos de licencia de marca. Los acuerdos de licencia de marca se dan con frecuencia en el contexto de la distribución y reventa de bienes y servicios y generalmente son más afines a los acuerdos de distribución que a los de licencia de tecnología. Cuando una licencia de marca está directamente relacionada con el uso, venta o reventa de bienes y servicios y no constituye el objeto primordial del acuerdo, el acuerdo de licencia está cubierto por el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ⁽³¹⁾.

2.4. Duración

54. En función de la duración del RECATT, la exención por categorías es aplicable en tanto el derecho de propiedad objeto de la licencia no haya expirado o no haya sido declarado inválido. En el caso de los conocimientos técnicos, la exención por categorías es aplicable mientras los conocimientos técnicos objeto de la licencia sigan siendo secretos, salvo que los conocimientos técnicos pasen a ser de dominio público por causa imputable al licenciario, en cuyo caso la exención se aplicará mientras dure el acuerdo (véase el artículo 2 del RECATT).

55. La exención por categorías se aplica a todos los derechos de propiedad cubiertos por el acuerdo y deja de aplicarse en la fecha en que expire, deje de ser válido o pase a ser de dominio público el último derecho de propiedad intelectual que constituya una «tecnología» en el sentido del RECATT (véase el punto 46).
- 2.5. Relación con otros reglamentos de exención por categorías**
56. El RECATT abarca los acuerdos de licencia de tecnología entre dos empresas con fines de producción de productos contractuales. Ahora bien, la tecnología también puede ser un elemento de otros tipos de acuerdos. Además, los productos que incorporan la tecnología licenciada se venden posteriormente en el mercado. Por consiguiente, es preciso abordar la cuestión de la interacción entre el RECATT y el Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización⁽³²⁾, el Reglamento n° 2659/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo⁽³³⁾, y el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas⁽³⁴⁾.
- 2.5.1. *Los Reglamentos de exención por categorías de determinados acuerdos de especialización y de I + D*
57. Con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento 2658/2000 sobre acuerdos de especialización, este Reglamento cubre, entre otros, los acuerdos de producción en común en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen a producir en común determinados productos. Este Reglamento también es aplicable a las cláusulas relativas a la cesión o uso de derechos de propiedad intelectual, siempre que no sean el objeto principal del acuerdo pero estén directamente relacionadas con, y sean necesarias para, su aplicación.
58. Cuando las matrices de una empresa en participación de producción conceden a ésta una licencia de tecnología que utiliza en la elaboración de los productos que produce, la licencia está sujeta al Reglamento 2658/2000 y no al RECATT. Por consiguiente, las licencias concedidas en el contexto de una empresa en participación de producción normalmente se consideran sujetas al Reglamento 2658/2000. No obstante, si a su vez la empresa en participación concede a terceros licencias sobre dicha tecnología, la actividad no guarda relación con la producción de la empresa en participación y, por lo tanto, no está cubierta por ese Reglamento. Esos acuerdos de licencia, que agrupan las tecnologías de las partes, constituyen consorcios tecnológicos, de los que se ocupa la sección IV.4.
59. El Reglamento 2659/2000 sobre acuerdos de investigación y desarrollo cubre los acuerdos por los que dos o más empresas deciden realizar en común determinadas actividades de investigación y desarrollo y explotar en común los resultados. Con arreglo al apartado 11 del artículo 2, la investigación y desarrollo, o la explotación de los resultados, se llevan a cabo en común cuando las tareas correspondientes son realizadas por un equipo, una entidad o una empresa común, cuando son confiadas en común a un tercero o cuando son repartidas entre las partes en función de una especialización en la investigación, el desarrollo, la producción y la distribución, incluida la concesión de licencias.
60. Por consiguiente, el Reglamento 2659/2000 cubre las licencias que se conceden las partes y las que éstas concedan a una entidad común en el contexto de un acuerdo de investigación y desarrollo. En el contexto de tales acuerdos las partes también pueden fijar las condiciones para licenciar a terceros los resultados del acuerdo de investigación y desarrollo. No obstante, como los terceros licenciatarios no son parte del acuerdo de investigación y desarrollo, el acuerdo de licencia concluido con ellos no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 2659/2000. Tales acuerdos de licencia pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el RECATT si cumplen las condiciones establecidas en dicho Reglamento.
- 2.5.2. *El Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos verticales*
61. El Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión sobre acuerdos verticales se aplica a los acuerdos suscritos por dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Así pues, cubre los acuerdos de suministro y distribución⁽³⁵⁾.
62. Habida cuenta de que el RECATT solamente cubre los acuerdos entre dos partes y dado que un licenciatario que venda productos que incorporan la tecnología licenciada es un proveedor a efectos del Reglamento 2790/1999, estos dos reglamentos de exención por categorías están estrechamente relacionados. El acuerdo entre el licenciante y el licenciatario está sujeto al RECATT mientras que los acuerdos entre un licenciatario y los compradores están sujetos al Reglamento 2790/1999 y a las Directrices sobre restricciones verticales⁽³⁶⁾.
63. El RECATT también exime los acuerdos entre el licenciante y el licenciatario cuando el acuerdo impone al licenciatario obligaciones relativas al modo de comercialización de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Concretamente, puede obligarse al licenciatario a establecer cierto tipo de sistema de distribución, como la distribución exclusiva o selectiva. Sin embargo, los acuerdos de distribución que se celebran para dar cumplimiento a estas obligaciones deben cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento 2790/1999 para

quedar eximidos. Por ejemplo, el licenciante puede obligar al licenciatario a establecer un sistema basado en la distribución exclusiva según ciertas reglas. Sin embargo, de la letra b) del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento 2790/1999 se desprende que los distribuidores deben poder hacer libremente ventas pasivas en el territorio de otros distribuidores exclusivos.

64. Además, en principio los distribuidores deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente en los territorios cubiertos por los sistemas de distribución de los otros licenciatarios que produzcan sus propios productos con la tecnología licenciada. Ello se debe a que a efectos del Reglamento 2790/1999 cada licenciatario es un proveedor distinto. Sin embargo, los argumentos que justifican la exención por categorías prevista en ese Reglamento también pueden ser válidos cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada son vendidos por los licenciatarios con una marca común perteneciente al licenciante. Cuando los productos que incorporan la tecnología licenciada se venden con una identidad de marca común puede haber las mismas razones de eficiencia para aplicar los mismos tipos de restricciones entre los sistemas de distribución de los licenciatarios que en un único sistema vertical de distribución. En estos casos lo más probable es que la Comisión no plantee objeciones a las restricciones si se cumplen por analogía los requisitos del Reglamento 2790/1999. Para que medie una identidad de marca común, los productos deben venderse y comercializarse con una marca común que sea predominante en lo tocante a facilitar al consumidor información sobre la calidad y otros datos pertinentes. No basta con que además de las marcas de los licenciatarios el producto lleve la marca del licenciante identificándolo como la fuente de la tecnología licenciada.

3. La salvaguardia regulatoria creada por el Reglamento de exención por categorías

65. En virtud del artículo 3 del RECATT, la exención por categorías de los acuerdos restrictivos está sujeta a umbrales de cuota de mercado que limitan el beneficio de la exención a los acuerdos de los que en general cabe presumir que, aunque pueden ser restrictivos, cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Cuando no se cumplen estos umbrales, hay que evaluar el acuerdo. El hecho de que las cuotas de mercado rebasen los umbrales no da lugar a la presunción ni de que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, ni de que el acuerdo no cumple las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Si no contiene restricciones especialmente graves, hay que proceder a un análisis del mercado.

66. El umbral de cuota de mercado aplicable a efectos de la salvaguardia regulatoria del RECATT varía según se trate de un acuerdo entre competidores o entre no competidores. A efectos del RECATT, las empresas son competidoras en el mercado tecnológico de referencia cuando conceden licencias de tecnologías competidoras. La competencia potencial en el mercado tecnológico no se tiene en cuenta ni a efectos de la aplicación de los umbrales de cuota de mercado ni a efectos de la aplicación de la lista de restricciones especialmente graves. Fuera del recinto

protegido que constituye la salvaguardia regulatoria del RECATT la competencia potencial en el mercado tecnológico sí se tiene en cuenta pero no conduce a la aplicación de la lista de restricciones especialmente graves para acuerdos entre competidores (véase el punto 31).

67. Dos empresas son competidoras en el mercado de productos de referencia si ambas están activas en el mismo mercado o mercados de productos de referencia y en el mismo mercado o mercados geográficos de referencia en que se venden los productos que incorporan la tecnología licenciada (competidores efectivos). También se consideran competidores si hay motivos racionales para creer que, si se produjese un incremento pequeño y permanente de los precios relativos, probablemente acometerían las inversiones adicionales u otros costes de cambio necesarios para entrar en el mercado o mercados de productos de referencia y en el mercado o mercados geográficos de referencia (competidores potenciales) en un plazo de tiempo razonablemente corto⁽³⁷⁾.

68. De los puntos 66 y 67 se desprende que, a efectos del RECATT, dos empresas no son competidoras si el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial de productos en el mercado de referencia y el licenciatario, ya presente en el mercado de productos, no licencia una tecnología competidora, ni siquiera si es propietario de una tecnología competidora que utiliza para producir. Con todo, las partes pueden devenir competidoras si más adelante el licenciatario licencia su tecnología o el licenciante se convierte en un proveedor efectivo o potencial de productos en el mercado de referencia. En tal caso se seguirá aplicando al acuerdo la lista de restricciones de la competencia especialmente graves aplicables a los acuerdos entre no competidores, salvo que posteriormente se modifique un aspecto importante del acuerdo (véanse el apartado 3 del artículo 4 del RECATT y el punto 31 de las presentes Directrices).

69. En el caso de los acuerdos entre competidores, el umbral de cuota de mercado es del 20 % y en el caso de los acuerdos entre no competidores es del 30 % (véanse los apartados 1 y 2 del artículo 3 del RECATT). Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia no son competidoras, el acuerdo está cubierto siempre que ninguna de las partes tenga una cuota de mercado superior al 30 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia afectados. Si las empresas que son parte del acuerdo de licencia son competidoras, el acuerdo está cubierto siempre que la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en los mercados tecnológicos y de productos de referencia. Los umbrales de cuota de mercado se aplican tanto a los mercados tecnológicos como a los mercados de productos que incorporan la tecnología licenciada. Si se supera el umbral de cuota de mercado en algún mercado de referencia afectado, la exención por categorías no es aplicable al acuerdo en ese mercado de referencia. Por ejemplo, si el acuerdo de licencia afecta a dos mercados de productos distintos o a dos mercados geográficos distintos, la exención por categorías puede ser aplicable a uno de los mercados y no al otro.

70. En el caso de los mercados tecnológicos, del apartado 3 del artículo 3 del RECATT se desprende que la cuota de mercado del licenciante debe calcularse teniendo en cuenta las ventas del licenciante y todos sus licenciarios de productos que incorporen la tecnología licenciada, y ello para cada uno de los mercados de referencia por separado⁽³⁸⁾. Si las partes son competidores en el mercado tecnológico, hay que combinar las ventas de productos que incorporen la tecnología del licenciario con las ventas de los productos que incorporen la tecnología licenciada. En el caso de nuevas tecnologías que todavía no hayan generado ventas, se considera que la cuota de mercado es nula. A medida que se vayan produciendo las ventas, la tecnología irá acumulando cuota de mercado.

71. En el caso de los mercados de productos, la cuota de mercado del licenciario se debe calcular tomando como referencia sus ventas de productos que incorporen la tecnología del licenciante y de productos competidores, es decir, las ventas totales del licenciario en el mercado de productos en cuestión. Si el licenciante también es proveedor de productos en el mercado de referencia, también hay que tener en cuenta sus ventas en el mercado de productos de referencia. No obstante, en el cálculo de las cuotas de mercado en los mercados de productos no se tienen en cuenta las ventas de otros licenciarios a la hora de calcular la cuota de mercado del licenciario y del licenciante.

72. Las cuotas de mercado deben calcularse partiendo del valor de las ventas, siempre que se disponga de estos datos. El valor de las ventas normalmente es un indicador más exacto de la posición que ocupa una tecnología que el volumen de ventas. Sin embargo, si no se dispone de datos en términos de valor, pueden utilizarse estimaciones basadas en otra información de mercado fiable, como el volumen de ventas.

73. Los principios que acaban de exponerse pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos.

Acuerdos de licencia entre no competidores

Primer ejemplo

La empresa A, que se especializa en el desarrollo de productos y técnicas biotecnológicos, desarrolla un nuevo producto llamado Xeran. A no puede producir Xeran porque no dispone de las instalaciones de producción y distribución necesarias para ello. La empresa B es uno de sus competidores y produce sus productos con tecnologías no protegidas que son de dominio público. En el año 1 B vende 25 millones de euros de productos producidos con tecnologías de dominio público. En el año 2, A concede a B una licencia para la producción de Xeran. En ese año B vende 15 millones de euros con tecnologías de dominio público y 15 millones de euros de Xeran. En el año 3 y siguientes B sólo produce y vende Xeran, por un valor de 40 millones de euros anuales. El año 2 A también concede una licencia a C. Hasta entonces C no estaba presente en ese mercado de productos. C sólo produce y vende Xeran, por un valor de 10 millones de euros el año 2 y 15 millones de euros el año 3 y siguientes. Se determina que el valor global del mercado de Xeran y sus substitutos, en el que están activos B y C, es de 200 millones de euros anuales.

En el año 2, el año en que se concluye el acuerdo de licencia, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 0 %, ya que su cuota de mercado depende del volumen total de sus ventas de Xeran en el año anterior. En el año 3 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 12,5 %, porcentaje que refleja el valor del Xeran producido por B y C el año 2. El año 4 y siguientes la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 27,5 %, porcentaje que refleja el valor del Xeran producido por B y C el año anterior.

En el año 2 la cuota de mercado de B en el mercado tecnológico es del 12,5 %, porcentaje que refleja los 25 millones de euros de ventas de B en el año 1. En el año 3 la cuota de mercado de B es del 15 % al haber crecido sus ventas en el año 2 hasta alcanzar los 30 millones de euros. En el año 4 y siguientes la cuota de mercado de B es del 20 % porque su volumen de ventas anual es de 40 millones de euros. La cuota de mercado de C en el mercado de productos en cuestión es del 0 % en los años 1 y 2, del 5 % en el año 3 y del 7,5 % en adelante.

Como se trata de acuerdos de licencia entre no competidores y la cuota de mercado de A, B y C se mantiene todos los años por debajo del 30 %, los acuerdos se benefician de la salvaguardia regulatoria del RECATT.

Segundo ejemplo

La misma situación que en el primer ejemplo, pero ahora B y C operan en mercados geográficos diferentes. Se determina que el valor global del mercado de Xeran y sus substitutos es de 100 millones de euros anuales en cada mercado geográfico.

En este caso hay que calcular la cuota de mercado de A en cada uno de los dos mercados geográficos. En el mercado en que está activa B la cuota de mercado de A depende de las ventas de Xeran de B. Como en este caso se asume que el valor total del mercado es de 100 millones de euros, esto es, la mitad que en el primer ejemplo, la cuota de mercado de A es del 0 % en el año 2, del 15 % en el año 3 y del 40 % en adelante. La cuota de mercado de B es del 25 % en el año 2, del 30 % en el año 3 y del 40 % en adelante. En los años 2 y 3 ni la cuota de mercado de A ni la de B supera el umbral del 30 %. Pero sí lo superan a partir del año 4, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 del RECATT, después del año 6 el acuerdo de licencia entre A y B ya no puede seguir beneficiándose de la salvaguardia regulatoria y tiene que ser objeto de una evaluación individual.

En el mercado en que está activa C la cuota de mercado de A depende de las ventas de Xeran de C. Dadas las ventas de C, la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 0 % en el año 2, del 10 % en el año 3 y del 15 % en adelante. C tiene la misma cuota de mercado en el mercado tecnológico: 0 % en el año 2, 10 % en el año 3 y 15 % en adelante. El acuerdo de licencia entre A y C se beneficia de la salvaguardia regulatoria durante todo el período considerado.

*Acuerdos de licencia entre competidores*Tercer ejemplo

Las empresas A y B están presentes en el mismo mercado de productos de referencia y en el mismo mercado geográfico de referencia con determinado producto químico. Cada una es titular de una patente sobre tecnologías diferentes con las que producen el producto en cuestión. En el año 1 A y B firman un acuerdo de licencia cruzada por el que cada una de las dos partes concede a la otra el derecho a utilizar su tecnología. En el año 1 A y B sólo utilizan su propia tecnología y A vende 15 millones de euros del producto y B vende 20 millones de euros del producto. A partir del año 2 ambas empresas utilizan su propia tecnología y la de la otra parte. A partir de ese año A vende 10 millones de euros del producto producido con su propia tecnología y 10 millones de euros del producto producido con la tecnología de B. Por su parte, B vende a partir del año 2 15 millones de euros del producto producido con su propia tecnología y 10 millones de euros del producto producido con la tecnología de A. Se determina que el valor global del mercado del producto y sus substitutos es de 100 millones de euros anuales.

Para evaluar el acuerdo de licencia a la luz del RECATT, hay que calcular las cuotas de mercado de A y B en el mercado tecnológico y en el mercado de productos. La cuota de mercado de A en el mercado tecnológico depende del valor de las ventas del año anterior del producto producido, tanto por A como por B, con la tecnología de A. Así pues, en el año 2 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 15 %, porcentaje que refleja su propia producción y sus ventas de 15 millones de euros del año 1. A partir del año 3 la cuota de mercado de A en el mercado tecnológico es del 20 %, porcentaje que refleja el valor de 20 millones de euros de las ventas del producto producido con la tecnología de A y producido y vendido por A y B (10 millones de euros cada una). De manera similar, en el año 2 la cuota de mercado de B en el mercado tecnológico es del 20 % y posteriormente del 25 %.

Las cuotas de mercado de A y B en el mercado de productos dependen de sus respectivas ventas del producto en el año anterior, independientemente de la tecnología utilizada. La cuota de mercado de A en el mercado de productos es del 15 % en el año 2 y del 20 % a continuación. La cuota de mercado de B en el mercado de productos es del 20 % en el año 2 y del 25 % a continuación.

Como se trata de un acuerdo entre competidores, su cuota de mercado combinada, tanto en el mercado tecnológico como en el mercado de productos, tiene que estar por debajo del umbral del 20 % para que el acuerdo se beneficie de la salvaguardia regulatoria. Está claro que no es así. La cuota de mercado combinada en el mercado tecnológico y en el mercado de productos es del 35 % en el año 2 y del 45 % en adelante. Por lo tanto, este acuerdo tendrá que ser objeto de una evaluación individual.

4. Restricciones de la competencia especialmente graves de conformidad con el Reglamento de exención por categorías

4.1. Principios generales

74. El artículo 4 del RECATT contiene una lista de restricciones especialmente graves de la competencia. La clasificación de una restricción como restricción especialmente grave de la competencia se basa en la naturaleza de la restricción y en la experiencia, que demuestra que tales restricciones casi siempre son anticompetitivas. Conforme a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios⁽³⁹⁾, una restricción especialmente grave puede ser consecuencia del objetivo manifiesto del acuerdo o de las circunstancias del caso (véase el punto 14).

75. Cuando un acuerdo de transferencia de tecnología contiene una restricción especialmente grave de la competencia, en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del RECATT todo él queda excluido del ámbito de aplicación de la exención por categorías. A efectos de la aplicación del RECATT no es posible disociar las restricciones especialmente graves del resto del acuerdo. Es más, la Comisión estima que, en el contexto de la evaluación individual, las restricciones especialmente graves de la competencia sólo cumplirán las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 en circunstancias excepcionales (véase el punto 18).

76. El artículo 4 del RECATT distingue los acuerdos entre competidores de los acuerdos entre no competidores.

4.2. Acuerdos entre competidores

77. El apartado 1 del artículo 4 contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en el caso de acuerdos entre competidores. Con arreglo al apartado 1 del artículo 4, el RECATT no es aplicable a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

- a) la restricción de la capacidad de las partes de determinar sus precios al vender productos a terceros;
- b) la limitación de la producción, salvo las limitaciones de la producción de productos contractuales impuestas al licenciataro en un acuerdo no recíproco o impuestas a uno sólo de los licenciataros en un acuerdo recíproco;
- c) la asignación de mercados o clientes, con excepción de
 - i) la obligación del licenciataro o licenciataros de producir con la tecnología licenciada solamente en uno o más sectores técnicos de aplicación o en uno o más mercados de productos,
 - ii) la obligación del licenciante y/o del licenciataro, en un acuerdo no recíproco, de no producir con la tecnología licenciada en uno o más sectores técnicos de aplicación, en uno o más mercados de productos o en uno o más territorios exclusivos reservados para la otra parte,
 - iii) la obligación del licenciante de no conceder la licencia de la tecnología a otro licenciataro en un territorio determinado;
 - iv) la restricción, en un acuerdo no recíproco, de las ventas activas y/o pasivas por parte del licenciataro y/o del licenciante en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes reservado a la otra parte;

v) la restricción, en un acuerdo no recíproco, de las ventas activas del licenciataro en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciataro, siempre que este último no fuera una empresa competidora del licenciante en la fecha de conclusión de su propia licencia;

vi) la obligación de que el licenciataro produzca los productos contractuales solamente para su propio uso, siempre que no se restrinja al licenciataro la venta activa y pasiva de los productos contractuales como recambios para sus productos;

vii) la obligación del licenciataro en un acuerdo no recíproco de producir los productos contractuales solamente para un cliente dado, cuando la licencia se haya concedido con el fin de crear una fuente alternativa de suministro para ese cliente.

d) la restricción de la capacidad del licenciataro de explotar su propia tecnología o la restricción de la capacidad de cualquiera de las partes en el acuerdo de realizar actividades de investigación y desarrollo, a menos que esta última restricción sea imprescindible para impedir la revelación a terceros de los conocimientos técnicos objeto de la licencia.

78. Para diversas restricciones especialmente graves el RECATT establece una distinción entre acuerdos recíprocos y no recíprocos. La lista de restricciones especialmente graves es más estricta para los acuerdos recíprocos que para los acuerdos no recíprocos. Los acuerdos recíprocos son acuerdos de licencia cruzada en los que las tecnologías licenciadas son tecnologías competidoras o pueden utilizarse para la producción de productos competidores. Un acuerdo no recíproco es un acuerdo en el que solamente una de las partes licencia su tecnología a la otra o un acuerdo en el que si se conceden licencias cruzadas las tecnologías licenciadas no son tecnologías competidoras y no pueden utilizarse para la producción de productos competidores. Un acuerdo no se considerará recíproco por el mero hecho de contener una obligación de retrocesión o porque el licenciataro licencia al licenciante los perfeccionamientos que haya introducido en la tecnología licenciada. Si en un momento dado un acuerdo no recíproco se convierte en un acuerdo recíproco por la concesión de una segunda licencia entre las mismas partes, cabe la posibilidad de que éstas tengan que modificar la primera licencia para evitar que el acuerdo contenga una restricción especialmente grave. En la evaluación del caso la Comisión tendrá en cuenta el tiempo transcurrido entre la concesión de la primera y la segunda licencia.

79. La restricción especialmente grave de la competencia expuesta en la letra a) del apartado 1 del artículo 4 se refiere a los acuerdos entre competidores que tienen por objeto la fijación de precios para productos vendidos a terceros, incluidos los productos que incorporan la tecnología licenciada. La fijación de precios entre competidores constituye una restricción de la competencia por su propio objeto. La fijación de precios puede adoptar la forma, por ejemplo, de un acuerdo directo sobre el precio exacto que debe aplicarse o sobre una lista de precios con ciertos descuentos máximos autorizados. Carece de importancia que se trate de precios fijos, mínimos, máximos o recomendados. La fijación de precios también puede realizarse indirectamente, desincentivando las desviaciones del nivel de precios acordado, por ejemplo, previendo un aumento del nivel del canon en caso de reducción de los precios del producto por debajo de cierto nivel. Hay que señalar, no obstante, que una obligación de pago por el licenciario de un canon mínimo no es asimilable de por sí a la fijación de precios.
80. Cuando el canon se calcula en función de las ventas del producto, su cuantía tiene un impacto directo sobre el coste marginal del producto y, por lo tanto, influye directamente en los precios del producto⁽⁴⁰⁾. De ahí que los competidores puedan servirse de los acuerdos de licencia cruzada con cánones periódicos variables recíprocos para coordinar los precios en los mercados de productos descendentes⁽⁴¹⁾. No obstante, la Comisión sólo considerará las licencias cruzadas con cánones periódicos variables recíprocos como fijación de precios cuando el acuerdo carezca de toda finalidad competitiva y, por consiguiente, no constituya un auténtico acuerdo de licencia. Si no crea valor y, por tanto, no tiene justificación comercial, el acuerdo es una farsa y equivale a un cártel.
81. La restricción especialmente grave a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4 también cubre los acuerdos en virtud de los cuales los cánones se calculan en función de las ventas totales de productos, independientemente de que se utilice o no la tecnología licenciada. Estos acuerdos también se encuadran en la letra d) del apartado 1 del artículo 4, según el cual no debe restringirse la capacidad del licenciario de explotar su propia tecnología (véase el punto 95). Por lo general estos acuerdos restringen la competencia ya que aumentan el coste de utilización de la tecnología competidora del licenciario y restringen la competencia que existía en ausencia del acuerdo⁽⁴²⁾. Esto es así tanto si los acuerdos son recíprocos como si no lo son. Con todo, excepcionalmente un acuerdo en virtud del cual los cánones se calculen en función de las ventas totales de los productos puede cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81 en casos individuales si hay factores objetivos que permiten concluir que la restricción resulta indispensable para la concesión de licencias procompetitivas. Así puede ocurrir si, sin la restricción, resulta imposible o excesivamente difícil calcular y controlar el canon que ha de abonar el licenciario, por ejemplo, porque la tecnología del licenciante no deje rastro visible en el producto final y no haya otro método de control alternativo.
82. La restricción especialmente grave de la competencia contemplada en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 se refiere a las limitaciones recíprocas de la producción de las partes. Una restricción de la producción es una limitación de la cantidad que puede producir y vender una de las partes. La letra b) del apartado 1 del artículo 4 no comprende las limitaciones de la producción impuestas al licenciario por un acuerdo no recíproco, ni las limitaciones de la producción impuestas a uno de los licenciarios por un acuerdo recíproco, siempre que la limitación de la producción sólo afecte a productos producidos con la tecnología licenciada. Así pues, la letra b) del apartado 1 del artículo 4 incluye entre las restricciones especialmente graves las restricciones recíprocas de la producción de las partes y las restricciones de la producción del licenciante con relación a su propia tecnología. Cuando los competidores se ponen de acuerdo para imponer limitaciones recíprocas de la producción, el objeto y el efecto probable del acuerdo consiste en reducir la producción en el mercado. Lo mismo cabe decir de los acuerdos que reducen los incentivos que tienen las partes para ampliar su producción, por ejemplo, obligando a ambas partes a compensar a la otra si se supera cierto nivel de producción.
83. El trato más favorable de las limitaciones cuantitativas no recíprocas se basa en la consideración de que una restricción unilateral no se traduce necesariamente en una menor producción en el mercado y, además, el riesgo de que el acuerdo no sea un auténtico acuerdo de licencia es menor cuando la restricción no es recíproca. Cuando un licenciario acepta una restricción unilateral, es probable que el acuerdo desemboque en una integración real de tecnologías complementarias o en una eficiencia que contribuya a una mayor integración de la tecnología más avanzada del licenciante con los activos productivos del licenciario. En un acuerdo recíproco una restricción de la producción de uno de los licenciarios es probable que refleje el mayor valor de la tecnología licenciada por una de las partes y puede promover la concesión de licencias procompetitivas.
84. La restricción de la competencia especialmente grave a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 4 consiste en la asignación de mercados o clientes. Los acuerdos por los que los competidores se reparten mercados y clientes tienen por objeto restringir la competencia. Hay restricción especialmente grave de la competencia cuando se trata de un acuerdo recíproco entre competidores por el que las partes acuerdan no producir en determinados territorios o no vender activa y/o pasivamente en determinados territorios o a determinados grupos de clientes reservados a la otra parte.
85. La letra c) del apartado 1 del artículo 4 se aplica con independencia de que el licenciario siga siendo libre de utilizar su propia tecnología. Una vez que el licenciario se ha equipado para utilizar la tecnología del licenciante para producir determinado producto, puede resultarle costoso mantener otra línea de producción distinta con otra tecnología para satisfacer los pedidos de los clientes cubiertos por las restricciones. Además, dado el potencial anticompetitivo de la restricción, el licenciario puede tener pocos incentivos para producir con su propia tecnología. Asimismo, es muy improbable que esta restricción sea indispensable para la concesión de licencias procompetitivas.

86. Con arreglo al inciso ii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4, no es una restricción especialmente grave el que en un acuerdo no recíproco el licenciante conceda al licenciataria una licencia exclusiva para producir con la tecnología licenciada en determinado territorio y, de este modo, acepte no producir los productos contractuales o no suministrarlos desde ese territorio. Tales licencias exclusivas se benefician de la exención por categorías sea cual sea el alcance del territorio. Si la licencia es de alcance mundial, la exclusiva implica que el licenciante se abstiene de entrar o permanecer en el mercado. La exención por categorías también es aplicable si la licencia está limitada a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos. La finalidad de los acuerdos cubiertos por el inciso ii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 puede ser ofrecer al licenciataria incentivos para invertir en la tecnología licenciada y desarrollarla. Por lo tanto, estos acuerdos no tienen necesariamente por objeto el reparto de mercados.
87. Con arreglo al inciso iv) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 y por el mismo motivo, la exención por categorías también es aplicable a los acuerdos no recíprocos por los que las partes se obligan a no vender activa o pasivamente⁽⁴³⁾ en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado a la otra parte.
88. Con arreglo al inciso iii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 tampoco es una restricción especialmente grave el que el licenciante nombre al licenciataria licenciataria exclusivo en un territorio dado, con lo que se obliga a no conceder a terceros licencias para producir con la tecnología del licenciante en dicho territorio. En el caso de estas licencias únicas, la exención por categorías se aplica tanto si el acuerdo es recíproco como si no lo es, ya que el acuerdo no restringe la capacidad de las partes de explotar plenamente su propia tecnología en sus respectivos territorios.
89. El inciso v) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 excluye de la lista de restricciones especialmente graves y, por consiguiente, exime hasta el umbral de cuota de mercado la restricción en un acuerdo no recíproco de las ventas activas de un licenciataria en el territorio o al grupo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciataria, a condición, no obstante, de que el licenciataria protegido no fuese un competidor del licenciante en la fecha de conclusión de su propio acuerdo de licencia con el licenciante. Tales restricciones no pueden considerarse especialmente graves. Como estas restricciones permiten al licenciante conceder a un licenciataria que no estaba en el mercado protección frente a las ventas activas de otros licenciataria que son competidores del licenciante y que por lo tanto ya están presentes en el mercado, es probable que induzcan al licenciataria a explotar la tecnología licenciada de manera más eficiente. Por otro lado, si los licenciataria se ponen de acuerdo para no efectuar ventas activas o pasivas en determinados territorios o a determinados grupos de clientes, el acuerdo equivale a un cartel entre licenciataria. Como este tipo de acuerdos no tiene por objeto la transferencia de tecnología, no entran dentro del ámbito de aplicación del RECAT.
90. Conforme al inciso i) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4, las restricciones de acuerdos entre competidores que limitan la licencia a uno o más mercados de productos o sectores técnicos de aplicación⁽⁴⁴⁾ no son restricciones especialmente grave de la competencia. Tales restricciones están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %, tanto si el acuerdo es recíproco como si no lo es. No obstante, sólo están amparadas por la exención por categorías si las restricciones de sector de aplicación no rebasan el ámbito de aplicación de las tecnologías licenciadas. De igual modo, sólo están amparadas por la exención por categorías si los licenciataria no están sujetos a limitación alguna por lo que se refiere al uso de su propia tecnología [véase la letra d) del apartado 1 del artículo 4]. De lo contrario, el acuerdo sirve para repartirse los mercados.
91. La exención por categorías se aplica tanto si la restricción de sector de aplicación es simétrica como si es asimétrica. Una restricción de sector de aplicación de un acuerdo recíproco de licencia es asimétrica cuando las partes sólo pueden utilizar las tecnologías licenciadas en sectores de aplicación distintos. En tanto las partes sean libres de utilizar sus propias tecnologías sin restricción alguna, no se presume que el acuerdo induce a las partes a retirarse del sector o sectores cubiertos por la licencia o a abstenerse de entrar en dicho sector o sectores. Incluso si los licenciataria se dotan de los equipos necesarios para utilizar la tecnología licenciada dentro del sector de aplicación licenciado, es posible que el impacto sobre los activos utilizados para producir productos no cubiertos por la licencia sea nulo. A este respecto es importante que la restricción se refiera a mercados de productos o sectores de aplicación distintos y no a clientes, asignados por territorios o grupos, que compren productos pertenecientes al mismo mercado de productos o sector de aplicación. El riesgo de reparto del mercado se considera sustancialmente mayor en este último caso (véase el punto 85). Además, las restricciones de sector de aplicación pueden ser necesarias para fomentar la concesión de licencias procompetitivas (véase el punto 182).
92. El inciso vi) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 contiene otra excepción: las restricciones de uso cautivo, es decir, las restricciones por las que el licenciataria únicamente puede producir los productos que incorporan la tecnología licenciada para su propio uso. Cuando el producto contractual es un componente, el licenciataria puede estar obligado a producir el componente solamente para incorporarlo en sus propios productos y no venderlo a otros productores. Con todo, el licenciataria debe ser libre de vender los componentes como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe ser libre de vendérselos a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Estas restricciones de uso cautivo pueden ser necesarias para favorecer la difusión de la tecnología, particularmente entre competidores, y están cubiertas por la exención por categorías. De estas restricciones también se ocupa la sección IV.2.5.

93. Por último, el inciso vii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 excluye de la lista de restricciones especialmente graves la obligación impuesta al licenciataria en un acuerdo no recíproco de producir los productos contractuales solamente para un cliente dado con vistas a constituir una fuente alternativa de suministro para ese cliente. Por lo tanto, para que el inciso vii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 sea aplicable, es preciso que la licencia se limite a crear una fuente alternativa de suministro para ese cliente. En cambio, no es preciso que sólo se conceda una licencia de ese tipo. El inciso vii) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 también cubre los casos en que se concede a más de una empresa una licencia para producir para dicho cliente concreto. Si la licencia se concede únicamente para tal fin, el peligro de que tales acuerdos conduzcan a un reparto del mercado es limitado. Concretamente, no se puede presumir que el acuerdo vaya a llevar al licenciataria a dejar de explotar su propia tecnología.
94. La restricción especialmente grave de la competencia de la letra d) del apartado 1 del artículo 4 cubre en primer lugar las restricciones de la capacidad de cualquiera de las partes de realizar investigación y desarrollo. Ambas partes deben ser libres de realizar actividades de investigación y desarrollo independientes. Esta regla es válida tanto si la restricción se aplica a un ámbito cubierto por la licencia como a otros ámbitos. Sin embargo, el mero hecho de que las partes se ponga de acuerdo para suministrarse mutuamente los perfeccionamientos de sus respectivas tecnologías no equivale a una restricción de las actividades de investigación y desarrollo independientes. El efecto sobre la competencia de tales acuerdos ha de ser evaluado a la luz de las circunstancias del caso. La letra d) del apartado 1 del artículo 4 tampoco se aplica a las restricciones de la libertad de una de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo con terceros si la restricción es necesaria para proteger los conocimientos técnicos del licencianta del peligro de ser revelados. Para beneficiarse de la exención, las restricciones impuestas para proteger los conocimientos técnicos del licencianta del peligro de ser revelados deben ser necesarias y proporcionales. Por ejemplo, si en el acuerdo se precisa qué empleados del licenciataria van a ser formados y serán responsables del uso de los conocimientos técnicos licenciados, puede bastar con imponer al licenciataria la obligación de no permitir a esos empleados participar en actividades de investigación y desarrollo con terceros. También pueden ser adecuadas otras salvaguardias.
95. Con arreglo a la letra d) del apartado 1 del artículo 4, el licenciataria también debe poder usar libremente su propia tecnología competidora, siempre que al hacerlo no haga uso de la tecnología licenciada. Por lo que se refiere a su propia tecnología, el licenciataria debe ser completamente libre de determinar el lugar de fabricación o venta, el volumen de producción o venta y el precio de venta. Tampoco puede estar obligado a pagar un canon por los productos que produce con su propia tecnología (véase el punto 81). Además, el licenciataria debe ser

libre de licenciar su propia tecnología a terceros. Cuando se imponen restricciones de la libertad del licenciataria para utilizar su propia tecnología o realizar investigación y desarrollo, se reduce la competitividad de la tecnología del licenciataria, con lo cual se restringe la competencia en los mercados de productos y tecnologías existentes y se reducen los incentivos que tiene el licenciataria para invertir en el desarrollo y perfeccionamiento de su tecnología.

4.3. Acuerdos entre no competidores

96. El apartado 2 del artículo 4 contiene una relación de las restricciones que se consideran especialmente graves en caso de acuerdo entre no competidores. Con arreglo a esta disposición, el RECATT no es aplicable a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:
- a) la restricción de la capacidad de una de las partes de determinar sus precios al vender productos a terceros, sin perjuicio de la posibilidad de imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;
 - b) la restricción del territorio en el que el licenciataria puede vender pasivamente los productos contractuales, o de los clientes a los que puede vendérselos, excepto:
 - i) la restricción de las ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado para el licencianta;
 - ii) la restricción de las ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado por el licencianta a otro licenciataria durante los dos primeros años en que ese otro licenciataria venda los productos contractuales en dicho territorio o a dicho grupo de clientes;
 - iii) el requisito de producir los productos contractuales solamente para su propio uso, siempre que no se restrinjan al licenciataria las ventas activas y pasivas de los productos contractuales como recambios para sus productos;
 - iv) la obligación de producir los productos contractuales solamente para un cliente dado, cuando la licencia se haya concedido con el fin de constituir una fuente alternativa de suministro para ese cliente;

- v) la restricción de las ventas a usuarios finales por un licenciatario que opere en el comercio al por mayor;
- vi) la restricción de las ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva;
- c) la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por licenciatarios que sean miembros de un sistema de distribución selectiva y que operen en el comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado.
97. La restricción especialmente grave de la competencia a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 4 consiste en la fijación de los precios de venta a terceros. Concretamente, esta disposición cubre las restricciones que tienen por objeto directo o indirecto la fijación de un precio de venta fijo o mínimo o de un nivel de precios fijo o mínimo al que deben atenerse el licenciante o el licenciatario al vender productos a terceros. Cuando los acuerdos fijan directamente el precio de venta, la restricción es inequívoca. Sin embargo, la fijación de precios de venta también puede producirse de manera indirecta. Un ejemplo de ello son los acuerdos que fijan el margen, que fijan el nivel máximo de los descuentos, que vinculan el precio de reventa establecido a los precios de reventa de la competencia, las amenazas, la intimidación, las advertencias, las sanciones o las resoluciones de contrato relacionadas con el cumplimiento de determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijar los precios pueden ser más efectivos cuando se combinan con medidas para detectar las reducciones de precios, como la aplicación de un sistema de control de precios o la obligación de los licenciatarios de comunicar las desviaciones de precios. De igual modo, la fijación directa o indirecta de los precios puede ganar en eficacia si se combina con medidas tendentes a disuadir al licenciatario de rebajar su precio de venta, como puede ser que el licenciante obligue al licenciatario a aplicar una cláusula de cliente preferente, es decir, le obligue a aplicar a determinado cliente cualquier condición preferente que aplique a otro cliente. Pueden utilizarse los mismos medios para hacer que los precios máximos o recomendados funcionen como precios de venta fijos o mínimos. Con todo, no se considera que el mero hecho de que licenciante entregue al licenciatario una lista de precios recomendados o le imponga un precio de venta máximo conduzca a unos precios de venta fijos o mínimos.
98. La letra b) del apartado 2 del artículo 4 considera como restricciones especialmente graves de la competencia los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto la restricción de las ventas pasivas de los licenciatarios de productos que incorporen la tecnología licenciada⁽⁴⁵⁾. Las restricciones de las ventas del licenciatario pueden ser el resultado de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros licenciatarios. También pueden ser el resultado de medidas indirectas encaminadas a inducir al licenciatario a abstenerse de realizar tales ventas, como incentivos financieros y la aplicación de un sistema de control para verificar el destino efectivo de los productos licenciados. Las limitaciones cuantitativas pueden ser un instrumento indirecto destinado a restringir las ventas pasivas. La Comisión no presumirá que las limitaciones cuantitativas responden a dicho propósito. Sí lo hará, empero, cuando las limitaciones cuantitativas sirvan de instrumento para implementar un acuerdo de reparto del mercado. Son indicio de ello el hecho de que se vayan ajustando las cantidades a lo largo del tiempo de manera que cubran únicamente la demanda local, la combinación de limitaciones cuantitativas y la obligación de vender determinadas cantidades mínimas, la aplicación de cánones distintos según el destino de los productos y el control del destino de los productos vendidos por cada licenciatario. Hay varias excepciones importantes a la restricción especialmente grave general que cubre las ventas pasivas de los licenciatarios; de estas excepciones se trata más adelante.
99. La letra b) del apartado 2 del artículo 4 no cubre las restricciones de las ventas del licenciante. Todas las restricciones de las ventas del licenciante están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Lo mismo cabe decir de todas las restricciones de las ventas activas del licenciatario, con excepción de lo indicado con referencia a las ventas activas en los puntos 106 y 107. La exención por categorías de las restricciones de las ventas activas se basa en la presunción de que estas restricciones favorecen las inversiones, la competencia en factores distintos al precio y la mejora de la calidad de los servicios de los licenciatarios al resolver los problemas de parasitismo y cautividad. En el caso de las restricciones de las ventas activas entre los territorios y grupos de clientes de los licenciatarios, no es preciso que al licenciatario protegido se le haya concedido un territorio exclusivo o un grupo exclusivo de clientes. La exención por categorías también se aplica a las restricciones de las ventas activas cuando se asigna un mismo territorio o grupo de clientes a más de un licenciatario. Es probable que el hecho de garantizar a un licenciatario que sólo tendrá que enfrentarse a la competencia de un número limitado de licenciatarios dentro del territorio en cuestión y no tendrá que hacer frente a la competencia de otros licenciatarios de fuera de dicho territorio promueva inversiones generadoras de eficiencias.
100. Las restricciones de las ventas activas y pasivas de los licenciatarios en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes reservado al licenciante no son restricciones especialmente graves de la competencia [véase el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4]. De hecho, están cubiertas por la exención por categorías. Se presupone que hasta el umbral de cuota de mercado estas restricciones, si bien restringen la competencia, también favorecen la difusión procompetitiva de la tecnología y la integración de tal tecnología con los activos productivos del licenciatario. Un territorio o un grupo de clientes puede ser reservado para el licenciante aunque éste no esté produciendo con la tecnología licenciada en dicho territorio o para dicho grupo de clientes. Un territorio o un grupo de clientes también puede ser reservado por el licenciante para su ulterior explotación.

101. Las restricciones de las ventas pasivas de los licenciatarios en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado a otro licenciatario están cubiertas por la exención por categorías por un período de dos años a partir de la fecha en que el licenciatario protegido venda por primera los productos que incorporan la tecnología licenciada dentro de su territorio exclusivo o a su grupo exclusivo de clientes [véase el inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4]. A menudo los licenciatarios tienen que hacer inversiones sustanciales en activos productivos y actividades promocionales para introducirse y crecer en un territorio nuevo. Todo nuevo licenciatario corre un riesgo considerable, habida cuenta sobre todo de que muchos de los gastos promocionales e inversiones en activos necesarios para producir con la tecnología en cuestión son irrecuperables en caso de retirada del mercado. Muchos licenciatarios no suscribirían un acuerdo de licencia que no les protegiese durante cierto tiempo de las ventas (activas y) pasivas de otros licenciatarios en su territorio exclusivo. Por lo tanto, la restricciones de las ventas pasivas en el territorio exclusivo de un licenciatario por otros licenciatarios con frecuencia no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 por un período de dos años a partir de la fecha en que el licenciatario en cuestión saca al mercado el producto que incorpora la tecnología licenciada por primera vez en el territorio exclusivo. Cuando estas restricciones están sujetas al apartado 1 del artículo 81, se benefician de la exención por categorías. Al término de este periodo de dos años, las restricciones de las ventas pasivas entre licenciatarios constituyen restricciones especialmente graves. Estas restricciones generalmente entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 y hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 81. Concretamente, es improbable que estas restricciones sean indispensables para alcanzar eficiencias ⁽⁴⁶⁾.
102. El inciso iii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciatario está obligado a producir los productos que incorporan la tecnología licenciada solamente para su propio uso (cautivo). Así pues, cuando el producto contractual es un componente, el licenciatario puede estar obligado a utilizar el producto solamente para incorporarlo en sus propios productos y a no venderlo a otros productores. Con todo, el licenciatario debe ser libre de vender activa y pasivamente los productos como recambios para sus propios productos y, por consiguiente, debe poder venderse los libremente a los terceros que presten servicios de postventa para esos productos. Las restricciones de uso cautivo también se tratan en la sección IV.2.5.
103. Como en el caso de los acuerdos entre competidores (véase el punto 94) la exención por categorías también es aplicable a los acuerdos en que el licenciatario tiene la obligación de producir los productos contractuales únicamente para un cliente determinado para así crear una fuente alternativa de suministro para dicho cliente [véase el inciso iv) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4]. En el caso de los acuerdos entre no competidores es poco probable que este tipo de restricciones entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.
104. El inciso v) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías la obligación del licenciatario de no vender a usuarios finales, limitándose únicamente a vender a minoristas. Esta obligación permite al licenciante asignar al licenciatario la función de distribución al por mayor y en principio no está sujeta al apartado 1 del artículo 81 ⁽⁴⁷⁾.
105. Finalmente, el inciso vi) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 incluye en el ámbito de aplicación de la exención por categorías las restricciones por las que el licenciatario no puede vender a distribuidores no autorizados. Esta excepción permite al licenciante imponer a los licenciatarios la obligación de formar parte de un sistema de distribución selectiva. Con todo, en tal caso, con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 4, los licenciatarios deben ser libres de vender tanto activa como pasivamente a los usuarios finales, sin perjuicio de la posibilidad de circunscribir al licenciatario a la función de mayorista, tal como está previsto en el inciso v) de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 (véase el punto anterior).
106. Se recuerda (véase el punto 39) que la exención por categorías también se aplica a los acuerdos de licencia por los que el licenciante impone obligaciones que el licenciatario debe o puede imponer a sus compradores, incluidos los distribuidores. Sin embargo, deben atenerse a las normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución. Como el RECAT solo se aplica a los acuerdos entre dos partes, los acuerdos entre el licenciatario y sus compradores que contengan este tipo de obligaciones no están cubiertos por el RECAT. Tales acuerdos solamente pueden acogerse a una exención por categorías si cumplen los requisitos establecidos en el Reglamento 2790/1999 (véase la sección 2.5.2).

5. Restricciones excluidas

107. El artículo 5 del RECAT enumera cuatro tipos de restricciones que no están cubiertas por la exención por categorías y que, por consiguiente, han de ser objeto de una evaluación individual de sus efectos anticompetitivos y procompetitivos. Del artículo 5 se desprende que la inclusión en un acuerdo de licencia de una de las restricciones mencionadas en dichas disposiciones no obsta para la aplicación de la exención por categorías al resto del acuerdo. Solamente queda excluida de la exención por categorías la restricción en cuestión, por lo que será necesaria una evaluación individual. Por consiguiente, la regla de la disociabilidad es aplicable a las restricciones enumeradas en el artículo 5.
108. El apartado 1 del artículo 5 dispone que la exención por categorías no es aplicable a estas tres obligaciones:
- Toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciatario de conceder al licenciante o a un tercero designado por el licenciante una licencia exclusiva referente a sus propios perfeccionamientos disociables o a sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada.

- b) Toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciario de ceder al licenciante o a un tercero designado por éste los derechos de sus propios perfeccionamientos disociables o de sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada.
- c) Toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciario de no oponerse a la validez de los derechos de propiedad intelectual que el licenciante ostenta en el mercado común. Con todo, el RECATT prevé la posibilidad de que el licenciante rescinda el acuerdo de licencia en caso de que el licenciario se oponga a la validez de la tecnología licenciada.

El objetivo que persiguen las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 5 es evitar que la exención por categorías se aplique a acuerdos que puedan reducir los incentivos que tienen los licenciarios para innovar.

109. Las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 5 se refieren a las retrocesiones exclusivas o a las cesiones de perfeccionamientos disociables de la tecnología licenciada. Un perfeccionamiento se considera disociable cuando puede explotarse sin transgredir la tecnología licenciada. Si se obliga al licenciario a conceder al licenciante una licencia exclusiva referente a los perfeccionamientos disociables que aporte a la tecnología licenciada o a ceder tales perfeccionamientos al licenciante, es probable que se muestre menos proclive a innovar, ya que tal obligación le impedirá explotar sus perfeccionamientos, entre otras maneras, concediendo licencias a terceros. Esto es así tanto si el perfeccionamiento disociable se refiere a la misma aplicación que la tecnología licenciada como si el licenciario desarrolla nuevas aplicaciones de esa tecnología. Con arreglo a las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 5, la exención por categorías no es aplicable a este tipo de obligaciones. Sin embargo sí es aplicable a las obligaciones de retrocesión no exclusiva de los derechos sobre perfeccionamientos disociables. Así es incluso si estas obligaciones no son recíprocas, es decir, sólo afectan al licenciario, y si el licenciante tiene derecho a revelar los perfeccionamientos disociables a otros licenciarios. Una obligación de retrocesión no recíproca de los derechos sobre perfeccionamientos o nuevas aplicaciones puede favorecer la innovación y la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante decidir libremente en qué medida transfiere sus propios perfeccionamientos a sus licenciarios. Una cláusula de este tipo también puede fomentar la difusión de la tecnología porque cada licenciario sabe a la firma del contrato que estará en pie de igualdad con los demás licenciarios en cuanto a la tecnología utilizada para producir. Las cláusulas de retrocesión exclusiva y las obligaciones de cesión de perfeccionamientos no disociables no son restrictivas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 ya que los perfeccionamientos no disociables no pueden ser explotados por el licenciario sin permiso del licenciante.
110. La aplicación de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 5 no depende de que el licenciante pague una contraprestación por el perfeccionamiento o por una licencia exclusiva. Con todo, la existencia y el nivel de dicha contraprestación puede ser un factor que hay que tener en cuenta en una evaluación individual a la luz del artículo 81. Si la retrocesión no es gratuita, hay menos probabilidades de que la obligación suponga un freno a la innovación. A la hora de evaluar las retrocesiones exclusivas que no están amparadas por la exención por categorías, la posición de mercado del licenciante en el mercado tecnológico también es un factor que hay que tener presente. Cuanto más sólida sea la posición del licenciante, más probabilidades habrá de que estas obligaciones de retrocesión exclusiva tengan efectos restrictivos sobre la competencia en innovación. Cuanto más sólida sea la posición de la tecnología del licenciante, mayores serán las probabilidades de que el licenciario se convierta en una importante fuente de innovación y competencia. El impacto negativo de las obligaciones de retrocesión también puede verse acrecentado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia. Cuando las tecnologías disponibles están controladas por un número limitado de licenciarios que imponen obligaciones de retrocesión exclusiva a los licenciarios, hay un mayor riesgo de que estas obligaciones tengan efectos anticompetitivos que cuando hay varias tecnologías y solamente algunas de ellas son objeto de licencias que contienen cláusulas de retrocesión exclusiva.
111. El riesgo de que la innovación se vea afectada es mayor en el caso de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores que no sólo imponen una obligación de retrocesión a ambas partes, sino que también las obligan a compartir los perfeccionamientos de su propia tecnología. La obligación de compartir todos los perfeccionamientos puede impedir que uno de los dos competidores adquiera una ventaja competitiva sobre su rival (véase, asimismo, el punto 208). Ahora bien, es poco probable que el acuerdo impida a una u otra parte adquirir una ventaja competitiva sobre la otra si la licencia tiene por objeto permitir que las partes desarrollen sus respectivas tecnologías y si la licencia no las empuja a utilizar la misma base tecnológica en el diseño de sus productos. Así ocurre cuando la licencia tiene por objeto generar espacios de libertad de creación antes que mejorar la base tecnológica del licenciario.
112. La restricción excluida a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 5 tiene por objeto las cláusulas de no oposición, es decir, las obligaciones de no oponerse a la validez de la propiedad intelectual del licenciante. El motivo de la exclusión de las cláusulas de no oposición del ámbito de aplicación de la exención por categorías es que en principio son los licenciarios quienes están en mejor situación para determinar si efectivamente un derecho de propiedad intelectual es inválido. En aras de una competencia sin falseamientos y en consonancia con los principios sobre los que descansa la protección de la propiedad intelectual, los derechos de

propiedad intelectual inválidos deben ser suprimidos. La propiedad intelectual inválida frena la innovación en vez de promoverla. Es probable que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable a las cláusulas de no oposición cuando la tecnología licenciada es valiosa y, por lo tanto, coloca en una posición de desventaja competitiva a las empresas a las que se impide utilizarla o que sólo pueden hacerlo pagando un canon ⁽⁴⁸⁾. En estos casos es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 ⁽⁴⁹⁾. Sin embargo, la Comisión acepta las cláusulas de no oposición relacionadas con conocimientos técnicos cuando se trata de conocimientos que una vez revelados puede resultar imposible o muy difícil recuperarlos. En estos casos, la obligación del licenciario de no oponerse a la validez de los conocimientos técnicos licenciados contribuye a la difusión de tecnologías nuevas al permitir a los licenciantes menos poderosos conceder licencias a licenciarios más potentes sin temor a que éstos impugnen la validez de su propiedad intelectual una vez obtenidos los conocimientos técnicos.

113. El RECATT prevé la posibilidad de que el licenciante rescinda el acuerdo de licencia en caso de que el licenciario se oponga a la validez de la tecnología licenciada. Por consiguiente, no se obliga al licenciante a mantener una relación comercial con un licenciario que se haya opuesto al objeto mismo del acuerdo de licencia, lo que significa que, una vez rescindido el acuerdo, si el licenciante sigue utilizando la tecnología impugnada, lo hace por su cuenta y riesgo. La letra c) del apartado 1 del artículo 5 garantiza, no obstante, que el RECATT no cubre las obligaciones contractuales que obligan al licenciario a no oponerse a la tecnología licenciada al amparo de las cuales el licenciante podría demandar al licenciario por incumplimiento de contrato, con lo que el licenciario tendría un motivo más para no oponerse a la validez de la tecnología del licenciante. Esta disposición garantiza que el licenciario esté en pie de igualdad con los terceros.
114. El apartado 2 del artículo 5 excluye del ámbito de aplicación de la exención por categorías, en el caso de los acuerdos entre no competidores, toda obligación directa o indirecta que limite la capacidad del licenciario de explotar su propia tecnología o limite la capacidad de las partes del acuerdo de realizar investigación y desarrollo, a menos que ello sea imprescindible para impedir la revelación a terceros de los conocimientos técnicos licenciados. El contenido de esta condición es idéntico al de la restricción de la lista de restricciones especialmente graves para acuerdos entre competidores recogida en la letra d) del apartado 1 del artículo 4, restricción de la que se ocupan los puntos 94 y 95. Sin embargo, en el caso de los acuerdos entre no competidores no se puede considerar que este tipo de restricciones generalmente tiene efectos negativos sobre la competencia o que generalmente no se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 ⁽⁵⁰⁾. Simplemente han de ser objeto de una evaluación individual.
115. En el caso de los acuerdos entre no competidores, el licenciario generalmente no posee una tecnología competidora. No obstante, puede haber casos en que a efectos de la exención por categorías las partes sean consideradas no competidores incluso si el licenciario posee una tecnología competidora. Por ejemplo, cuando el licenciario posee una tecnología pero no la licencia y el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial en el mercado de productos. A efectos de la exención por categorías, en tales circunstancias las partes no son competidores ni en el mercado tecnológico ni en el mercado de productos ⁽⁵¹⁾. En estos casos es importante garantizar que no se limita la capacidad del licenciario de explotar y desarrollar su propia tecnología. Esta tecnología constituye un factor de competencia en el mercado que se debe preservar. En tal situación, se considera en principio que las restricciones de la capacidad del licenciario de explotar y desarrollar su propia tecnología o de las actividades de investigación y desarrollo restringen la competencia y no cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Así, por ejemplo, una restricción por la que se obligue al licenciario a pagar cánones no sólo por los productos que produce con la tecnología licenciada sino también con los productos que produce con su propia tecnología por regla general limitará la capacidad del licenciario de explotar su propia tecnología, por lo que quedará excluida del ámbito de aplicación de la exención por categorías.
116. Cuando el licenciario no posee una tecnología competidora o no está desarrollando una tecnología competidora, una restricción que limite la capacidad de las partes de realizar actividades de investigación y desarrollo independientes puede restringir la competencia cuando sólo estén disponibles unas pocas tecnologías. En tal caso las partes pueden constituir una importante fuente (potencial) de innovación en el mercado. Así ocurre especialmente cuando las partes poseen los activos y cualificaciones necesarios para realizar más actividades de investigación y desarrollo. En este caso es improbable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Si hay muchas tecnologías disponibles y las partes no poseen activos o cualificaciones especiales, es probable que la restricción de la investigación y desarrollo no esté sujeta al apartado 1 del artículo 81 por carecer de efectos restrictivos apreciables o que cumpla las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. La restricción puede favorecer la difusión de la nueva tecnología permitiendo al licenciante asegurarse de que la licencia no da nacimiento a un nuevo competidor e induciendo al licenciario a centrarse en la explotación y desarrollo de la tecnología licenciada. Además, el apartado 1 del artículo 81 sólo es aplicable si el acuerdo reduce los incentivos que tiene el licenciario para mejorar y explotar su propia tecnología. No es probable que ocurra así si el licenciante tiene derecho a rescindir el acuerdo de licencia si el licenciario se pone a producir con su propia tecnología competidora. Este derecho no reduce los incentivos que tiene el licenciario para innovar, ya que el acuerdo sólo puede rescindirse cuando se ha desarrollado una tecnología viable desde el punto de vista comercial y los productos producidos con dicha tecnología están listos para ser comercializados.

6. Retirada e inaplicación del Reglamento de exención por categorías

6.1. Procedimiento de retirada

117. Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden retirar el beneficio de la exención por categorías a un acuerdo concreto cuando no cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81. La facultad de las autoridades de competencia de los Estados miembros de retirar el beneficio de la exención por categorías está limitada a los casos en que el mercado geográfico de referencia no supera el territorio del Estado miembro en cuestión.

118. Las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas y han de cumplirse todas para que sea aplicable la norma de excepción⁽⁵²⁾. Por lo tanto, puede retirarse la exención por categorías cuando un acuerdo concreto incumple una o más de estas cuatro condiciones.

119. En caso de aplicación del procedimiento de retirada, recae en la autoridad que lleva a cabo la retirada la carga de la prueba de que el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 y no cumple las cuatro condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81. Dado que la retirada implica que el acuerdo en cuestión es restrictivo de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 y no cumple las condiciones del apartado 3 de ese mismo artículo, la retirada tiene que ir acompañada de una decisión negativa basada en los artículos 5, 7 o 9 del Reglamento 1/2003.

120. Con arreglo al artículo 6 del RECATT, la retirada está justificada cuando:

- 1) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciarios el uso de tecnologías de terceros;
- 2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciarios;
- 3) las partes, sin razones objetivamente justificadas, no exploten la tecnología objeto de la licencia.

121. Los artículos 4 y 5 del RECATT, que contienen una lista de restricciones especialmente graves de la competencia y restricciones excluidas, persiguen evitar que los acuerdos eximidos vayan en detrimento de la innovación, retrasen la difusión de la tecnología y restrinjan indebidamente la

competencia entre el licenciante y el licenciario o entre licenciarios. Con todo, en sí esta lista de restricciones especialmente graves y de restricciones excluidas no tiene en cuenta el posible impacto de los acuerdos de licencias. Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciante como a nivel de licenciario. La exclusión de otros licenciantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciantes. Tal exclusión es probable cuando la mayoría de las empresas del mercado que pueden explotar (eficientemente) una licencia se ven imposibilitadas de hacerlo por acuerdos restrictivos y cuando los licenciantes potenciales se enfrentan a unas barreras de entrada relativamente altas. La exclusión de otros licenciarios puede ser el resultado del efecto acumulativo de una serie de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciarios impidiendo así que los licenciarios potenciales accedan a la tecnología necesaria. La problemática de la exclusión se aborda con mayor detalle en la sección IV.2.7. Por lo demás, es probable que la Comisión también retire el beneficio de la exención por categorías en los casos en que un número significativo de licenciantes de tecnologías competidoras imponga a sus licenciarios en acuerdos individuales la obligación de hacerles extensiva cualesquier condición más favorables que concedan a otros licenciantes.

122. También es probable que la Comisión retire el beneficio de la exención por categorías en los casos en que las partes se abstengan de explotar la tecnología licenciada, salvo que tengan motivos objetivos para hacerlo. Cuando las partes no explotan la tecnología licenciada, no se produce una integración de la actividad que genera eficiencias, con lo que la exención por categorías pierde todo sentido. Ahora bien esta explotación no tiene que consistir forzosamente en una integración de activos. También puede consistir en que la licencia genere espacios de libertad de creación al permitir al licenciario explotar su propia tecnología sin correr el riesgo de ser objeto de una demanda por violación de patente. En el caso de las licencias entre competidores, el hecho de que las partes no exploten la tecnología licenciada puede ser señal de que el acuerdo es, en realidad, un cartel encubierto. Por estos motivos, la Comisión examinará con especial atención estos casos.

6.2. Inaplicación del Reglamento de exención por categorías

123. El artículo 7 del RECATT faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de acuerdos similares que cubran más del 50 % de un mercado de referencia. Esta medida no va dirigida a una u otra empresa concreta sino a todas las empresas cuyos acuerdos sean objeto del reglamento por el que se declare la inaplicabilidad del RECATT.

124. Mientras que la retirada del beneficio del RECATT en aplicación del artículo 6 implica la adopción de una decisión con arreglo a los artículos 7 o 9 del Reglamento 1/2003, un reglamento de inaplicación de la Comisión adoptado con arreglo al artículo 7 no tiene más efecto que suprimir, por lo que respecta a las restricciones y los mercados en cuestión, el beneficio del RECATT y restablecer la plena aplicación de los apartados 1 y 3 del artículo 81. Tras la adopción de un reglamento de inaplicación del RECATT en un mercado específico a acuerdos que contengan determinadas restricciones, los criterios desarrollados por la jurisprudencia pertinente de los tribunales comunitarios y las comunicaciones y decisiones adoptadas por la Comisión servirán de guía para la aplicación del artículo 81 a acuerdos concretos. Cuando proceda, la Comisión adoptará decisiones en casos específicos, que pueden servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.
125. A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50 %, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado.
126. El artículo 7 no impone a la Comisión la obligación de actuar cuando se supera el índice de cobertura del mercado del 50 %. En general, procede declarar inaplicable el RECATT cuando resulta probable que se restrinja de manera apreciable el acceso al mercado de referencia o la competencia dentro del mismo. A la hora de evaluar si procede aplicar el artículo 7, la Comisión considerará si la retirada individual es la solución más adecuada. Ello puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyen a que se produzca un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos afectados dentro de la Comunidad.
127. Todo reglamento adoptado en aplicación del artículo 7 ha de definir claramente su ámbito de aplicación. Ello implica, en primer lugar, que la Comisión ha de definir el mercado o mercados de productos de referencia y el mercado o mercados geográficos de referencia y, en segundo lugar, ha de precisar a qué tipo de restricción ya no se aplicará el RECATT. Por lo que se refiere a este último aspecto, la Comisión puede modular el ámbito de aplicación de su reglamento en función del problema de competencia que trate de resolver. Así, por ejemplo, aunque se tendrán en cuenta todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia a efectos de la determinación del índice de cobertura del mercado del 50 %, la Comisión puede restringir el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicación a tan sólo las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración. Por consiguiente, es posible que los acuerdos de duración inferior o de naturaleza menos restrictiva no se vean afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. En su caso, la Comisión también puede ofrecer asesoramiento, indicando el nivel de cuota de mercado que, en un mer-

cado concreto, se puede considerar insuficiente para que una empresa individual aporte una contribución significativa al efecto acumulativo. En general, cuando la cuota de mercado de los productos que incorporan una tecnología licenciada de un licenciante individual no excede del 5 %, se considera que el acuerdo o la red de acuerdos que cubren la tecnología no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado⁽⁵³⁾.

128. El período transitorio no inferior a seis meses que la Comisión tendrá que fijar en aplicación del apartado 2 del artículo 7 debería permitir a las empresas afectadas adaptar sus acuerdos en función del reglamento de inaplicación del RECATT.
129. Un reglamento de inaplicación del RECATT no afectará a la condición de acuerdos eximidos por categorías de los acuerdos afectados en lo que respecta al período anterior a su entrada en vigor.

IV. APLICACIÓN DE LOS APARTADOS 1 Y 3 DEL ARTÍCULO 81 FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

1. Marco analítico general

130. Los acuerdos que no pueden acogerse a la exención por categorías, por ejemplo porque se rebasan los umbrales de cuota de mercado o porque se trata de acuerdos entre más de dos partes, son objeto de una evaluación individual. Los acuerdos que no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 o que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81 son válidos y aplicables. Se recuerda que no pesa presunción alguna de ilegalidad sobre los acuerdos que no están amparados por la exención por categorías, siempre que no contengan restricciones especialmente graves de la competencia. En particular, no se presume la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81 por el mero hecho de que se rebasen los umbrales de cuota de mercado. Se ha de realizar una evaluación individual basada en los principios expuestos en estas Directrices.
131. A fin de promover la previsibilidad más allá de la aplicación del RECATT y limitar el análisis detallado a los casos que pueden plantear verdaderos problemas de competencia, la Comisión parte de la base de que, a falta de restricciones especialmente graves, es improbable que se infrinja el artículo 81 si hay al menos cuatro tecnologías controladas por terceros, amén de las controladas por las partes del acuerdo, que pueden sustituir a la tecnología licenciada con un coste comparable para el usuario. Para determinar si las tecnologías son suficientemente substitutivas, hay que tomar en consideración la posición comercial relativa de estas tecnologías. Una tecnología ejerce una presión competitiva débil si no constituye una alternativa comercial viable a la tecnología licenciada. Así, por ejemplo, si a causa de los efectos de red en el mercado los consumidores prefieren claramente los productos que incorporan la tecnología licenciada, las demás

tecnologías que ya estén presentes en el mercado o que puedan introducirse en él en un plazo de tiempo razonable pueden no constituir una verdadera alternativa y, por consiguiente, pueden ejercer una presión competitiva limitada. El hecho de que un acuerdo no pueda beneficiarse de la salvaguardia regulatoria descrita en este punto no implica que entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 ni que, aunque así sea, no se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo artículo. En cuanto a la salvaguardia regulatoria de las cuotas de mercado prevista en el RECATT, esta salvaguardia regulatoria adicional tan sólo crea una presunción negativa de que el acuerdo no está prohibido por el artículo 81. Si un acuerdo no puede acogerse a la salvaguardia regulatoria, ha de ser objeto de una evaluación a la luz de los principios establecidos en las presentes Directrices.

1.1. Factores relevantes

132. Al aplicar el apartado 1 del artículo 81 a casos individuales es necesario tener debidamente en cuenta cómo se desarrolla la competencia en el mercado en cuestión. A este respecto, son especialmente importantes los siguientes factores:

- a) la naturaleza del acuerdo,
- b) la posición de mercado de las partes,
- c) la posición de mercado de los competidores,
- d) la posición de mercado de los compradores de los productos licenciados,
- e) las barreras de entrada,
- f) la madurez del mercado y
- g) otros factores.

La importancia de cada factor puede variar según el caso y depende de los demás factores. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado de las partes constituye, por lo general, una clara indicación de poder de mercado, pero puede no ser un indicador fiable cuando las barreras de entrada son poco importantes. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas sobre la importancia de cada factor.

133. Los acuerdos de transferencia de tecnología pueden ser de muchos tipos. Resulta, pues, importante analizar la naturaleza del acuerdo atendiendo a la relación competitiva entre las partes y las restricciones que contiene el acuerdo. Al examinar las restricciones, no sólo hay que tener en cuenta lo que estipula expresamente el acuerdo. De la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas.

134. La posición de mercado de las partes nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado que tienen el licenciante, el licenciario o ambos. Cuanto mayor sea su

cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. Así ocurre especialmente cuando la cuota de mercado refleja ventajas en materia de costes u otras ventajas competitivas respecto de los competidores. Estas ventajas competitivas pueden ser el resultado, por ejemplo, de ser una empresa pionera en el mercado, de la titularidad de patentes esenciales o de una tecnología más avanzada.

135. Para analizar la relación competitiva entre las partes en ocasiones es necesario ir más allá del análisis expuesto en las secciones II.3, relativa a la definición de mercado, y II.4, sobre la distinción entre competidores y no competidores. Incluso cuando el licenciante no es un proveedor efectivo o potencial en el mercado de productos y el licenciario no es un competidor efectivo o potencial en el mercado tecnológico, es un factor importante para el análisis el que el licenciario posea una tecnología competidora que esté licenciada. Si el licenciario goza de una posición fuerte en el mercado de productos, un acuerdo que le conceda una licencia exclusiva sobre una tecnología competidora puede restringir significativamente la competencia con relación a la situación que reinaría si el licenciante no concediese una licencia exclusiva o la concediese a otras empresas.

136. Las cuotas de mercado y las posibles ventajas y desventajas competitivas también se tienen en cuenta a la hora de evaluar la posición de mercado de los competidores. Cuanto más fuertes y numerosos sean los competidores efectivos, menos peligro habrá de que las partes puedan ejercer individualmente su poder de mercado. En cambio, una estructura de mercado caracterizada por un número bastante limitado de competidores con una posición de mercado (dimensión, costes, potencial de I + D, etc.) bastante parecida puede aumentar el riesgo de colusión.

137. La posición de mercado de los compradores nos da una indicación de si uno o más compradores goza de poder de negociación. El primer indicador del poder de compra es la cuota de mercado del comprador en el mercado en que se realizan las compras. Esta cuota refleja la importancia que tiene su demanda para posibles proveedores. Otros indicadores se basan en la posición del comprador en su mercado de reventa, incluidos aspectos tales como la cobertura geográfica de sus puntos de venta y su imagen de marca entre los consumidores finales. En algunas circunstancias el poder de negociación de los compradores puede impedir que el licenciante o el licenciario ejerzan su poder de mercado, evitándose así los problemas de competencia que se habrían planteado. Así sucede especialmente cuando hay compradores fuertes que están en condiciones de traer nuevas fuentes de suministro al mercado y les resulta interesante hacerlo si se produce un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos. Cuando un comprador importante simplemente obtiene del proveedor unas condiciones favorables o se limita a repercutir en sus clientes los incrementos de precios, no cabe considerar que goza de una posición que le permite impedir que el licenciario ejerza su poder de mercado en el mercado de productos y, por ende, evitar el problema de competencia que plantea en ese mercado tal poder de mercado⁽⁵⁴⁾.

138. Las barreras de entrada vienen determinadas por la capacidad de las empresas ya presentes en el mercado de aumentar su precio por encima del nivel competitivo sin provocar la entrada de otros competidores. En ausencia de barreras de entrada, la entrada fácil y rápida de otros competidores hace que tales incrementos no sean rentables. Cuando es probable que la entrada efectiva de competidores que impidan o dificulten el ejercicio de poder de mercado se produzca en el plazo de uno o dos años, cabe afirmar, por regla general, que las barreras de entrada son de escasa importancia. Las barreras de entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance, normativas vigentes, especialmente si establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual, propiedad de recursos cuya oferta es limitada debido a, por ejemplo, limitaciones naturales, instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa pionera y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo. Los acuerdos restrictivos suscritos por empresas también pueden constituir una barrera de entrada si dificultan el acceso y excluyen a los competidores (potenciales). Pueden alzarse barreras de entrada en todas las etapas del proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución. Algunos de estos factores pueden considerarse barreras de entrada en función particularmente de si conllevan costes irre recuperables. Son costes irre recuperables los que son necesarios para entrar o mantenerse en un mercado, pero se pierden al abandonar el mismo. Cuantos más costes irre recuperables haya, más cuidadosamente deberán sopesar los competidores potenciales el riesgo de entrar en el mercado y más creíbles serán las amenazas de los operadores ya establecidos de contrarrestar su competencia, ya que los costes irre recuperables hacen muy gravoso para las empresas ya establecidas abandonar el mercado. Entrar en un mercado normalmente conlleva ciertos costes irre recuperables, de mayor o menor cuantía. Por lo tanto, la competencia efectiva generalmente es más eficaz y debe pesar más en el análisis de un asunto que la competencia potencial.
139. Un mercado maduro es un mercado que existe desde hace cierto tiempo, en el que la tecnología empleada es bien conocida, está bastante difundida y no experimenta cambios importantes y en el que la demanda se mantiene relativamente estable o en descenso. En un mercado de este tipo es más fácil que las restricciones de la competencia tengan efectos negativos que en mercados más dinámicos.
140. Al evaluar las restricciones específicas, puede ser preciso prestar atención a otros factores. Entre ellos pueden figurar el efecto acumulativo, es decir, la cobertura del mercado por acuerdos similares, la duración de los acuerdos, el marco reglamentario y aquellos comportamientos que puedan ocasionar o facilitar las colusiones, como el liderazgo en materia de precios, los cambios de precios anunciados y los debates sobre el precio «correcto», la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad, la discriminación de precios y anteriores conductas colusorias.
- 1.2. Efectos negativos de los acuerdos de licencia restrictivos**
141. Las principales consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de los acuerdos de transferencia de tecnología restrictivos son las siguientes:
- 1) reducción de la competencia intertecnologías entre las empresas que operan en un mercado tecnológico o en un mercado de productos que incorporan las tecnologías en cuestión, incluida la posibilidad de favorecer las colusiones, tanto explícitas como implícitas;
 - 2) exclusión de los demás competidores, al incrementar sus costes restringiendo su acceso a insumos esenciales o aumentando de cualquier otro modo las barreras de entrada y
 - 3) reducción de la competencia intratecnología entre las empresas que producen productos con la misma tecnología.
142. Los acuerdos de transferencia de tecnología pueden restringir la competencia intertecnologías, es decir, la competencia entre las empresas que conceden licencias de tecnologías sustituibles o fabrican con tecnologías sustituibles, especialmente cuando se imponen obligaciones recíprocas. Por ejemplo, si dos competidores intercambian tecnologías competidoras y se imponen la obligación recíproca de cederse mutuamente los perfeccionamientos que aporten a estas tecnologías y si el acuerdo impide que uno de los dos competidores aventaje tecnológicamente al otro, la competencia en innovación entre las partes se ve restringida (véase, asimismo, el punto 208).
143. La concesión de licencias entre competidores también puede facilitar las colusiones. El riesgo de colusión es especialmente grande en los mercados concentrados. Para que se produzca una colusión, es necesario que las empresas implicadas tengan opiniones similares sobre qué redunda en interés de ambas y cómo deben funcionar los mecanismos de coordinación. Para que la colusión resulte fructífera, las empresas debe estar en condiciones de controlarse mutuamente y debe haber mecanismos de disuasión adecuados que garanticen que resulte preferible no desviarse de la estrategia común en el mercado, y las barreras de entrada deben ser suficientemente grandes como para limitar la entrada o expansión de competidores externos. Un acuerdo puede facilitar la colusión aumentando la transparencia en el mercado, controlando determinadas conductas y levantando barreras de entrada. Las colusiones también pueden verse favorecidas en casos excepcionales por los acuerdos de licencia que desembocan en un gran paralelismo en materia de costes, porque si las empresas tienen costes similares es más probable que tengan puntos de vista similares sobre las condiciones de coordinación⁽⁵⁵⁾.

144. Los acuerdos de licencia también pueden afectar a la competencia intertecnologías levantando barreras a la entrada y expansión de otros competidores. Estos efectos de exclusión pueden ser el resultado de restricciones que disuadan o impidan a los licenciarios conceder licencias a terceros. Por ejemplo, hay riesgo de exclusión de terceros cuando los licenciantes establecidos en el mercado imponen obligaciones de inhibición de la competencia a los licenciarios de resultados de las cuales el número de licenciarios disponibles resulta insuficiente y cuando es difícil la entrada a nivel de licenciario. Los proveedores de tecnologías substitutivas también pueden verse excluidos si un licenciante que goza del suficiente grado de poder de mercado agrupa varias partes de una tecnología y las licencia juntas en forma de paquete pese a que solamente una parte del paquete sea esencial para producir determinado producto.
145. Los acuerdos de transferencia de tecnología también pueden restringir la competencia intratecnología, es decir, la competencia entre empresas que fabrican con la misma tecnología. Un acuerdo que imponga restricciones territoriales a los licenciarios impidiéndoles vender en el territorio de los otros licenciarios reduce la competencia entre los mismos. Los acuerdos de licencia también pueden restringir la competencia intratecnología facilitando las colusiones entre licenciarios. Además, los acuerdos de licencia que reducen la competencia intratecnología pueden facilitar las colusiones entre propietarios de tecnologías competidoras o reducir la competencia intertecnologías aumentando las barreras de entrada.
- 1.3. Efectos positivos de los acuerdos de licencia restrictivos y marco analítico de estos efectos**
146. Hasta los acuerdos de licencia restrictivos producen, en su mayoría, efectos procompetitivos consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos. Esta evaluación se realiza en el marco del apartado 3 del artículo 81, que contiene una excepción a la prohibición del apartado 1 del mismo artículo. Para que esta excepción sea aplicable, el acuerdo de licencia debe producir beneficios económicos objetivos, las restricciones de la competencia deben ser indispensables para conseguir las eficiencias, se ha de reservar a los consumidores una participación equitativa en las eficiencias obtenidas y el acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
147. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el apartado 3 del artículo 81 se efectúa en el contexto real en el que se producen⁽⁵⁶⁾ y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones importantes de los hechos. La excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones y deja de aplicarse cuando no sea así⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, al aplicar el apartado 3 del artículo 81 conforme a estos principios, es preciso tener en cuenta las inversiones iniciales irrecuperables realizadas por las partes y el tiempo y limitaciones necesarias para recuperar una inversión destinada a aumentar la eficiencia. El artículo 81 no puede aplicarse sin considerar las inversiones *ex ante* y los riesgos que conllevan. Por lo tanto, el riesgo que asumen las partes y la inversión irrecuperable necesaria para aplicar el acuerdo pueden justificar la exclusión del acuerdo del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 o el cumplimiento de las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, según el caso, durante el tiempo necesario para recuperar la inversión.
148. La primera condición del apartado 3 del artículo 81 exige una evaluación de los beneficios objetivos en términos de eficiencias generadas por el acuerdo. A este respecto, es de señalar que los acuerdos de licencia permiten principalmente integrar tecnologías complementarias y otros activos para sacar al mercado productos nuevos o mejorados o para producir los productos a un precio más bajo. Fuera del contexto de los carteles que constituyen restricciones especialmente graves, con frecuencia se conceden licencias porque al licenciante le resulta más eficiente licenciar la tecnología que explotarla él mismo. Puede ser el caso especialmente cuando el licenciario ya tiene acceso a los activos de producción necesarios. El acuerdo permite al licenciario acceder a una tecnología que puede combinarse con estos activos, lo que le permite explotar tecnologías nuevas o mejoradas. Otro ejemplo del potencial de las licencias para generar eficiencias es el caso en que el licenciario ya tiene una tecnología cuya combinación con la tecnología del licenciante genera sinergias. Esta integración de dos tecnologías puede conducir a una configuración coste/producción que sería imposible lograr sin el acuerdo. Los acuerdos de licencia también pueden producir eficiencias en la fase de distribución, como ocurre con los acuerdos verticales de distribución. Estas eficiencias pueden consistir en reducciones de costes o en la prestación de valiosos servicios a los consumidores. Los efectos positivos de los acuerdos verticales han sido descritos en las Directrices sobre restricciones verticales⁽⁵⁸⁾. Otro ejemplo de posibles eficiencias es el de los acuerdos por los que varios propietarios de tecnologías agrupan sus respectivas tecnologías en un único paquete tecnológico que licencian a terceros. Estos acuerdos de consorcio tecnológico pueden reducir los costes de transacción ya que los licenciarios no tienen que celebrar un acuerdo distinto con cada uno de los licenciantes. También puede haber acuerdos de licencia procompetitivos cuyo objeto sea generar espacios de libertad de creación. En los sectores en que abundan los derechos de propiedad intelectual y los productos pueden violar derechos de propiedad intelectual, los acuerdos de licencia por los que las partes acuerdan no ejercer su derechos de propiedad intelectual en detrimento de la otra parte resultan procompetitivos, toda vez que permiten a las partes desarrollar sus respectivas tecnologías sin el riesgo de ser demandadas por violación de derechos de propiedad intelectual.
149. Al hacer la prueba de la indispensabilidad del apartado 3 del artículo 81, la Comisión examinará sobre todo si las restricciones individuales hacen posible que la actividad en cuestión se realice de manera más eficiente que en su ausencia. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a las condiciones del mercado y a las circunstancias que afrontan las partes del acuerdo. No se exige a las empresas que invocan el apartado 3 del artículo 81 que consideren alternativas hipotéticas y teóricas. Pero sí deben explicar

y demostrar por qué resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo alternativas aparentemente realistas y bastante menos restrictivas. Si el resultado de la prueba es que con una alternativa comercialmente realista menos restrictiva se perderían muchas eficiencias, la restricción se considera indispensable. En algunos casos también puede ser necesario determinar si el acuerdo en sí es indispensable para conseguir las eficiencias. Así puede ocurrir, por ejemplo, con los consorcios tecnológicos que incluyen tecnologías complementarias pero no esenciales⁽⁵⁹⁾, en cuyo caso hay que determinar hasta qué punto tal inclusión da lugar a eficiencias concretas o si sin una pérdida significativa de eficiencias se puede limitar el consorcio a las tecnologías para las que no hay substitutos. Tratándose de un simple acuerdo de licencia entre dos partes, generalmente basta con un examen de la indispensabilidad de las restricciones individuales. Normalmente no hay ninguna alternativa menos restrictiva al acuerdo de licencia en sí.

150. La condición de reservar a los consumidores una participación equitativa en los beneficios implica que los consumidores de los productos producidos con la licencia al menos deben ser compensados por los efectos negativos del acuerdo⁽⁶⁰⁾. Esto significa que los aumentos de eficiencia deben compensar plenamente el probable impacto negativo del acuerdo sobre los precios y la producción y otros factores pertinentes causados por el acuerdo. Pueden, por ejemplo, modificar la estructura de costes de las empresas afectadas dándoles incentivos para reducir los precios, o puede dar a los consumidores la posibilidad de acceder a productos nuevos o mejorados, compensando así un posible incremento de los precios⁽⁶¹⁾.
151. La última condición del apartado 3 del artículo 81, a saber, que el acuerdo no ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, presupone un análisis de las presiones competitivas subsistentes en el mercado y del impacto del acuerdo sobre tales fuentes de competencia. Al aplicar la última condición del apartado 3 del artículo 81, hay que tener en cuenta la relación entre el apartado 3 del artículo 81 y el artículo 82. Conforme a la jurisprudencia reiterada en la materia, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no obsta para la aplicación del artículo 82 del Tratado⁽⁶²⁾. Es más, dado que tanto el artículo 81 como el 82 persiguen el objetivo de mantener la competencia efectiva en el mercado, por coherencia hay que interpretar que el apartado 3 del artículo 81 excluye la aplicación de la excepción a los acuerdos restrictivos que constituyen un abuso de posición dominante⁽⁶³⁾.
152. El hecho de que el acuerdo reduzca sustancialmente una dimensión de la competencia no significa necesariamente que se elimine la competencia en el sentido del apartado 3 del artículo 81. Un consorcio tecnológico, por ejemplo, puede dar nacimiento a una norma industrial que conduzca a una situación de escasa competencia en términos de formato tecnológico. Una vez que los principales ope-

radores del mercado adoptan cierto formato, los efectos de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos. Esto no significa, empero, que la creación de una norma industrial de facto siempre elimine la competencia en el sentido de la última condición del apartado 3 del artículo 81. Los proveedores pueden seguir compitiendo en precios, calidad y características del producto. Ahora bien, para cumplir con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81, el acuerdo no debe restringir indebidamente ni la competencia ni la innovación futura.

2. Aplicación del artículo 81 a diversos tipos de restricciones de acuerdos de licencia

153. Esta sección trata de diversos tipos de restricciones que son habituales en los acuerdos de licencia. Precisamente por ello, resulta conveniente explicar cómo se evalúan fuera del ámbito de aplicación del RECATT. Las restricciones que ya han sido objeto de partes anteriores de estas Directrices, en especial las secciones III.4 y III.5, solamente se tratan brevemente en esta sección.
154. Esta sección abarca tanto los acuerdos entre no competidores como entre competidores. Por lo que se refiere a estos últimos, se distingue, en su caso, entre acuerdos recíprocos y no recíprocos. Esta distinción es innecesaria en el caso de los acuerdos entre no competidores. Cuando las empresas no son ni competidores reales ni potenciales en un mercado tecnológico de referencia o en un mercado de productos que incorporan la tecnología licenciada, una licencia recíproca en la práctica equivale a dos licencias distintas. Los acuerdos por los que las partes crean un paquete tecnológico que se licencia a terceros constituyen consorcios tecnológicos, que se tratan en la sección 4.
155. Esta sección no se ocupa de las obligaciones de los acuerdos de licencia que generalmente no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81. Se trata, entre otras, de las siguientes obligaciones:
- a) obligaciones de confidencialidad,
 - b) obligaciones que impiden a los licenciarios conceder sublicencias,
 - c) obligación de no utilizar la tecnología licenciada tras la expiración del acuerdo, siempre que la tecnología licenciada siga siendo válida y esté vigente,
 - d) obligación de ayudar al licenciante a velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia,

- e) obligación de pagar un canon mínimo o de producir una cantidad mínima de productos que incorporen la tecnología licenciada y
- f) obligación de utilizar la marca del licenciante o de indicar el nombre del licenciante en el producto.

2.1. Obligaciones de pago de cánones

156. En principio las partes de un acuerdo de licencia pueden fijar libremente el canon que ha de pagar el licenciatario y el modo de pago sin que el acuerdo quede sujeto al apartado 1 del artículo 81. Este principio es válido tanto para los acuerdos entre competidores como entre no competidores. Las obligaciones de pago de cánones pueden adoptar la forma, por ejemplo, de pagos a tanto alzado, un porcentaje del precio de venta o un importe fijo por cada producto que incorpore la tecnología licenciada. Cuando la tecnología licenciada guarda relación con un insumo que se incorpora a un producto final, por regla general el hecho de que los cánones se calculen sobre la base del precio del producto final no restringe la competencia, siempre que dicho producto incorpore la tecnología licenciada. En el caso de las licencias sobre programas informáticos, los cánones basados en el número de usuarios o calculados por aparato generalmente son compatibles con el apartado 1 del artículo 81.
157. En el caso de los acuerdos de licencia entre no competidores, es de recordar (véanse los puntos 81 y 82) que en algunas circunstancias las obligaciones de pago de cánones pueden tener los mismos efectos que la fijación de precios, que es una restricción especialmente grave [véase la letra a) del apartado 1 del artículo 4]. Es una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del apartado 1 del artículo 4 el que los competidores establezcan cánones periódicos variables recíprocos en circunstancias en que la licencia es una farsa porque no persigue hacer posible una integración real de tecnologías complementarias u otro objetivo procompetitivo. También es una restricción especialmente grave con arreglo a las letras a) y d) del apartado 1 del artículo 4 el que la obligación de pago de cánones se haga extensiva a productos producidos exclusivamente con tecnología del licenciatario.
158. Los demás tipos de cánones entre competidores se benefician de la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 % aunque restrinjan la competencia. Fuera del recinto protegido de la exención por categorías, el apartado 1 del artículo 81 puede ser de aplicación cuando dos competidores se conceden licencias cruzadas y fijan cánones periódicos variables recíprocos que son claramente desproporcionados con relación al valor de mercado de la licencia y que tienen un impacto significativo sobre los precios de mercado. Para determinar si los cánones son desproporcionados, hay que tener en cuenta los cánones que pagan otros licenciatarios en el mercado de productos por la misma tecnología o tecnologías substitutivas. En estos casos es muy poco probable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. El apartado 1 del artículo 81 también puede ser aplicable en los casos en que los cánones por unidad recíprocos aumenten si crece la producción. Si las partes tienen un poder de mercado significativo, este tipo de cánones puede limitar la producción.
159. Aunque la exención por categorías solamente es aplicable en tanto la tecnología licenciada sea válida y esté vigente, en principio las partes pueden acordar que las obligaciones de pago de cánones se prolonguen más allá del período de vigencia de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia sin que el acuerdo quede sujeto al apartado 1 del artículo 81. A la expiración de estos derechos, la tecnología puede ser explotada legalmente por terceros que pueden competir con las partes del acuerdo. En condiciones normales basta con esta competencia efectiva y potencial para que la obligación en cuestión no tenga efectos anticompetitivos apreciables.
160. En el caso de los acuerdos entre no competidores la exención por categorías cubre los acuerdos que establezcan cánones cuyo importe se calcule teniendo en cuenta tanto los productos producidos con la tecnología licenciada como los productos producidos con tecnologías licenciadas de terceros. Si bien es posible que tales acuerdos faciliten el cálculo de los cánones, también pueden tener efectos de exclusión, al hacer más cara la utilización de insumos de terceros, y por lo tanto, pueden tener efectos similares a una obligación de inhibición de la competencia. Si se pagan cánones no sólo por los productos producidos con la tecnología licenciada, sino también por los producidos con tecnología de terceros, los cánones encarecen estos últimos productos y reducen la demanda de tecnologías de terceros. Por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías hay que determinar si la restricción tiene efectos de exclusión. Para ello resulta apropiado usar el marco analítico expuesto en la sección 2.7. Cuando los efectos de exclusión son apreciables, estos acuerdos están sujetos al apartado 1 del artículo 81 y es improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 del mismo artículo, salvo que no haya otra manera práctica de calcular y controlar el pago de los cánones.

2.2. Licencias exclusivas y restricciones de las ventas

161. A efectos de las presentes Directrices resulta conveniente hacer una distinción entre las restricciones de la producción en determinado territorio (licencias exclusivas o únicas) y las restricciones de la venta de productos que incorporan la tecnología licenciada en determinado territorio o a determinado grupo de clientes (restricciones de las ventas).

2.2.1. Licencias exclusivas y únicas

162. Una licencia se considera exclusiva cuando el licenciatario es el único autorizado a producir con la tecnología licenciada dentro de determinado territorio. Esto significa que el licenciante se compromete a no producir ni conceder licencias a terceros para producir dentro de determinado territorio. Este territorio puede abarcar todo el planeta. Cuando el licenciante sólo se compromete a no conceder a terceros licencias para producir en determinado territorio, la licencia es única. A menudo las licencias exclusivas o únicas van acompañadas de restricciones de las ventas que limitan la capacidad de las partes de vender donde quieran los productos que incorporan la tecnología licenciada.

163. Los acuerdos de licencia exclusiva recíprocos entre competidores entran dentro del ámbito de aplicación de la letra c) del apartado 1 del artículo 4, que incluye el reparto de mercados entre competidores entre las restricciones especialmente graves. Los acuerdos de licencia única recíprocos entre competidores están amparados por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Estos acuerdos obligan a ambas partes a no conceder a terceros licencias sobre sus tecnologías competidoras. Si las partes tienen un poder de mercado significativo, este tipo de acuerdos puede facilitar las colusiones al convertir a las partes en las únicas fuentes de producción basada en las tecnologías licenciadas del mercado.
164. Los acuerdos de licencia exclusiva no recíprocos entre competidores están amparados por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Por encima del umbral de cuota de mercado, hay que analizar los efectos competitivos probables de tales licencias exclusivas. Cuando la licencia exclusiva es de alcance mundial, implica que el licenciante se retira del mercado. Si la exclusiva se limita a un territorio dado, como un Estado miembro, el acuerdo implica que el licenciante se abstiene de producir bienes y servicios en dicho territorio. En el contexto del apartado 1 del artículo 81, hay que evaluar especialmente la importancia competitiva del licenciante. Si el licenciante tiene una cuota de mercado limitada en el mercado de productos o no está capacitado para explotar la tecnología en el territorio del licenciario, es poco probable que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Un caso especial es el de los acuerdos en que el licenciante y el licenciario sólo compiten en el mercado tecnológico y el licenciante, por ejemplo un instituto de investigación o una pequeña empresa de investigación, no cuentan con activos de producción y distribución para comercializar productos que incorporen la tecnología licenciada. En estos casos es improbable que se infrinja el apartado 1 del artículo 81.
165. Es probable que los acuerdos de licencia exclusiva entre no competidores que entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81⁽⁶⁴⁾ cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del mismo artículo. Por regla general el derecho a conceder una licencia exclusiva es indispensable para inducir al licenciario a invertir en la tecnología licenciada y comercializar los productos a su debido tiempo. Es lo que ocurre sobre todo cuando el licenciario tiene que hacer cuantiosas inversiones para desarrollar aún más la tecnología licenciada. Retirar la exclusiva al licenciario una vez que haya conseguido que la tecnología licenciada sea un éxito, equivale a privarle del fruto de su esfuerzo, en detrimento de la competencia, la difusión de las tecnologías y la innovación. Por consiguiente, la Comisión sólo intervendrá en casos excepcionales, independientemente del alcance territorial de la licencia.
166. Su intervención puede estar justificada sobre todo en los casos en que un licenciario dominante obtiene una licencia exclusiva sobre una o más tecnologías competidoras. Es probable que tales acuerdos entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 y hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del mismo artículo. No obstante, para ello tendrá que haber importantes barreras de entrada en el mercado y la tecnología licenciada tendrá que ser una fuente real de competencia en el mercado. Cuando se dan estas circunstancias, una licencia exclusiva puede excluir a terceros licenciarios y permitir que el licenciario preserve su poder de mercado.
167. Los acuerdos por los que dos o más partes se conceden licencias cruzadas y se comprometen a no conceder licencias a terceros plantean problemas especiales cuando el paquete de tecnologías resultante de las licencias cruzadas crea, *de facto*, una norma industrial a la que es preciso tener acceso para competir eficazmente en el mercado. En estos casos, el acuerdo crea una norma cerrada reservada a las partes. La Comisión evaluará tales acuerdos siguiendo los mismos principios que aplica a los consorcios tecnológicos (sección 4). En principio exigirá que se concedan a terceros, en condiciones razonables y no discriminatorias⁽⁶⁵⁾, licencias sobre las tecnologías en que se basa la norma. Si las partes compiten con terceros en un mercado de productos ya existente y los acuerdos de licencia se refieren a ese mercado de productos resulta probable que la norma cerrada tenga unos efectos de exclusión considerables. Este impacto negativo sobre la competencia solamente puede evitarse concediendo licencias a terceros.
- ### 2.2.2. Restricciones de las ventas
168. También en el caso de las restricciones de las ventas hay que hacer una distinción importante entre las licencias entre competidores y las licencias entre no competidores.
169. Las restricciones de las ventas activas y pasivas de una o ambas partes en un acuerdo recíproco entre competidores son restricciones especialmente graves en virtud de la letra c) del apartado 1 del artículo 4. Las restricciones de las ventas impuestas a una u otra parte en un acuerdo recíproco entre competidores están sujetas al apartado 1 del artículo 81 y es improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. Tales restricciones se consideran generalmente asimilables al reparto del mercado, ya que impiden a la parte afectada efectuar ventas activas o pasivas en territorios en los que estaba presente o podía haberse introducido o a grupos de clientes a los que vendía o podía haber vendido.
170. En el caso de los acuerdos no recíprocos entre competidores, la exención por categorías cubre las restricciones de las ventas activas y pasivas del licenciario o del licenciante en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes reservado para la otra parte [véase el inciso iv) de la letra c) del apartado 1 del artículo 4]. Por encima

- del umbral de cuota de mercado del 20 % las restricciones de las ventas entre licenciario y licenciente están sujetas al apartado 1 del artículo 81 cuando una o ambas partes gozan de un poder de mercado significativo. Con todo, estas restricciones pueden ser indispensables para la difusión de tecnologías muy valiosas, por lo que es posible que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Por ejemplo, si el licenciente tiene una posición de mercado relativamente débil en el territorio en el que explota la tecnología. En tales circunstancias puede ser necesario incluir restricciones, especialmente de las ventas activas, para convencer al propietario de la tecnología de que la licencie. Sin ellas, correría el riesgo de tener que competir con el licenciario en su principal área de actividad. Del mismo modo, también puede ser necesario establecer restricciones respecto de las ventas del licenciente, especialmente si el licenciario tiene una posición de mercado relativamente débil en el territorio que se le asigna y tiene que hacer importantes inversiones para explotar la tecnología licenciada de manera eficiente.
171. La exención por categorías también cubre las restricciones de las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes asignado a otro licenciario, a condición de que éste no fuese un competidor del licenciente en la fecha de conclusión de su propio acuerdo de licencia con el licenciente. Ahora bien, tiene que tratarse de un acuerdo no recíproco. Por encima del umbral de cuota de mercado es probable que tales restricciones de las ventas activas entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si las partes gozan de un poder de mercado significativo. Con todo, es probable que la restricción sea indispensable en el sentido del apartado 3 del artículo 81 durante el tiempo necesario para que el licenciario protegido entre en un nuevo mercado y consiga estar presente en el territorio o grupo de clientes que se le haya asignado. Esta protección de las ventas activas permite al licenciario superar la situación de asimetría en que se encuentra por el hecho de que algunos de los licenciarios sean empresas competidoras y ya estén, pues, establecidos en el mercado. Las restricciones de las ventas pasivas de los licenciarios en un territorio o a un grupo de clientes asignados a otro licenciario son restricciones especialmente graves en virtud de la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECAT.
172. En el caso de los acuerdos entre no competidores, las restricciones de las ventas entre el licenciente y un licenciario están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Por encima del umbral de cuota de mercado, las restricciones de las ventas activas y pasivas de los licenciarios en territorios o a grupos de clientes reservados al licenciente pueden no entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, siempre que basándose en factores objetivos sea posible concluir que sin las restricciones de las ventas el licenciente no concedería licencias. Lo normal es que el propietario de una tecnología no se cree competencia directa a partir de su propia tecnología. En otros casos las restricciones de las ventas del licenciario pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el licenciente tiene individualmente un grado significativo de poder de mercado o en caso de efecto acumulativo de acuerdos similares concluidos por licencientes que juntos gozan de una posición de mercado fuerte.
173. Cuando entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, hay muchas probabilidades de que las restricciones de las ventas del licenciente cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81, salvo que no haya alternativas reales a la tecnología del licenciente en el mercado o las alternativas estén licenciadas al licenciario por terceros. Es probable que tales restricciones, y en especial las restricciones de las ventas activas, sean indispensables en el sentido del apartado 3 del artículo 81 para inducir al licenciario a invertir en la producción, comercialización y venta de los productos que incorporan la tecnología licenciada. Parece lógico suponer que el licenciario tendría menos incentivos para invertir si se enfrentase a la competencia directa del licenciente, cuyos costes de producción no están gravados por el pago de un canon, situación que posiblemente se traduciría en un nivel de inversión inferior al óptimo.
174. En cuanto a las restricciones de las ventas entre licenciarios en acuerdos entre no competidores, el RECAT exige las restricciones de las ventas activas entre territorios o grupos de clientes. Por encima del umbral de cuota de mercado, las restricciones de las ventas activas entre los territorios y grupos de clientes de los licenciarios limitan la competencia intratecnología y es probable que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el licenciario individual tiene un grado significativo de poder de mercado. Ahora bien, tales restricciones pueden cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81 si son necesarias para evitar el parasitismo e inducir al licenciario a hacer las inversiones necesarias para explotar de manera eficiente la tecnología licenciada dentro de su territorio y para fomentar las ventas del producto objeto de la licencia. Las restricciones de las ventas pasivas están incluidas en la lista de restricciones especialmente graves de la letra b) del apartado 2 del artículo 4 (véase el punto 101) si se prolongan más de dos años a contar desde la fecha en que el licenciario que se beneficia de las restricciones saca al mercado por primera vez los productos que incorporan la tecnología licenciada dentro de su territorio exclusivo. Es poco probable que las restricciones de las ventas pasivas que se prolongan más allá de este plazo de dos años cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

2.3. Restricciones de la producción

175. Las restricciones de la producción de los acuerdos de licencia entre competidores son restricciones especialmente graves que están cubiertas por la letra b) del apartado 1 del artículo 4 del RECAT (véase el punto 82). La letra b) del apartado 1 del artículo 4 no cubre las restricciones de la producción impuestas al licenciario en un acuerdo no recíproco ni las restricciones de la producción impuestas a tan sólo uno de los licenciarios en un acuerdo recíproco. Tales restricciones están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. Por encima del umbral de cuota de mercado las restricciones de la producción del licenciario pueden restringir la competencia si las partes tienen un grado significativo de poder de mercado. No obstante, en los casos en que la tecnología del licenciente es considerablemente mejor que la tecnología del licenciario y la producción máxima permitida rebasa ampliamente la

producción que tenía el licenciario antes de celebrarse el acuerdo lo más probable es que sea aplicable el apartado 3 del artículo 81. En estos casos el efecto de la limitación de la producción es limitado, incluso en los mercados en que crece la demanda. A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 también hay que tener presente que estas restricciones pueden ser necesarias para inducir al licenciante a difundir su tecnología lo más posible. Así, por ejemplo, un licenciante puede mostrarse reacio a conceder licencias a sus competidores si no puede limitar la licencia a un único centro de producción de una capacidad específica (licencia de emplazamiento). Cuando el acuerdo de licencia permite la integración real de activos complementarios, las restricciones de la producción de los licenciarios pueden, pues, cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, es poco probable que ello ocurra si las partes gozan de un poder de mercado considerable.

176. Las restricciones de la producción de los acuerdos de licencia entre no competidores están cubiertas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. El principal efecto anticompetitivo que pueden producir las restricciones de la producción de los licenciarios en el caso de los acuerdos entre no competidores es reducir la competencia intratecnología entre licenciarios. La importancia de estos efectos anticompetitivos depende de la posición de mercado del licenciante y los licenciarios y de si la restricción de la producción impide al licenciario satisfacer la demanda de productos que incorporan la tecnología licenciada.
177. Cuando las restricciones de la producción se combinan con territorios exclusivos o grupos exclusivos de clientes, se intensifican los efectos restrictivos. La combinación de los dos tipos de restricciones hace más probable que el acuerdo sirva para compartimentar los mercados.
178. Las limitaciones de la producción impuestas al licenciario en acuerdos entre competidores también pueden tener efectos procompetitivos, ya que pueden favorecer la difusión de la tecnología. En cuanto proveedor de tecnología, en principio el licenciante debería ser libre de determinar qué producción puede producir el licenciario con la tecnología licenciada. Si no se permitiese al licenciante fijar la producción del licenciario, muchos acuerdos de licencia quizá no llegasen a celebrarse, con el consiguiente perjuicio en términos de difusión de la nueva tecnología. Las probabilidades de que esto ocurra son especialmente altas cuando el licenciante es, además, fabricante, ya que en tal caso la producción de los licenciarios puede acabar en su área principal de venta y, por consiguiente, puede afectar a sus actividades. Por otro lado, las probabilidades de que las restricciones de producción sean necesarias para conseguir la difusión de la tecnología del licenciante son menores cuando dichas restricciones van acompañadas de restricciones de ventas por las que se prohíbe al licenciario vender en un territorio o a un grupo de clientes reservado al licenciante.

2.4. Restricciones de sector de aplicación

179. Una restricción de sector de aplicación limita la licencia a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos. Hay muchos casos en los que la misma tecnología puede utilizarse para producir distintos productos o puede incorporarse a productos pertenecientes a mercados de productos diferentes. Una tecnología de moldeado nueva puede servir, por ejemplo, para hacer tanto botellas como vasos de plástico, que son productos que pertenecen a mercados de productos distintos. Sin embargo, un mismo producto puede abarcar varios sectores técnicos de aplicación. Por ejemplo, una tecnología de motores nueva puede aplicarse tanto en motores de cuatro cilindros como en motores de seis cilindros. De igual modo, una tecnología de fabricación de juegos de chips puede utilizarse para producir juegos de chips de hasta cuatro UCP y de más de cuatro UCP. Una licencia que limita la utilización de la tecnología licenciada a la fabricación de motores de cuatro cilindros o de juegos de chips de cuatro UCP constituye una restricción de sector técnico de aplicación.
180. Habida cuenta de que las restricciones de sector de aplicación se benefician de la exención por categorías y dado que determinadas restricciones de la clientela son restricciones especialmente graves con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4 y la letra b) del apartado 2 del mismo artículo, importa distinguir dos categorías de restricciones. Una restricción de la clientela presupone que se delimitan determinados grupos de clientes y se restringen las ventas de las partes a esos grupos de clientes. El hecho de que una restricción de sector técnico de aplicación corresponda a determinados grupos de clientes de un mercado de productos no significa que tal restricción deba tener la consideración de restricción de la clientela. Por poner un ejemplo, el hecho de que determinados clientes compren sobre todo o exclusivamente juegos de chips de más de cuatro UCP no significa que una licencia limitada a los juegos de chips de más de cuatro UCP constituya una restricción de la clientela. Ahora bien, el sector de aplicación ha de ser definido de manera objetiva atendiendo a características técnicas del producto licenciado importantes y bien definidas.
181. Una restricción de sector de aplicación limita la explotación de la tecnología licenciada por el licenciario a uno o más sectores de aplicación concretos sin limitar la capacidad del licenciante de explotar la tecnología licenciada. Además, como los territorios, estos sectores de aplicación pueden ser asignados al licenciario en virtud de una licencia única o exclusiva. Combinadas con una licencia exclusiva o única, las restricciones de sector de aplicación también limitan la capacidad del licenciante de explotar su propia tecnología, impidiéndole que la explote él mismo, incluso mediante la concesión de licencias a terceros. Si se trata de una licencia única, sólo se restringe la capacidad del licenciante de conceder licencias a terceros. Las restricciones de sector de aplicación combinadas con licencias exclusivas o únicas se tratan de la misma manera que las licencias exclusivas y únicas en la sección 2.2.1. Esto significa, en particular, que tratándose de acuerdos entre competidores los acuerdos de licencia exclusiva recíprocos son restricciones especialmente graves con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4.

182. Las restricciones de sector de aplicación pueden tener efectos procompetitivos al inducir al licenciante a licenciar su tecnología para aplicaciones ajenas a su área principal de actividad. Si no se permitiese al licenciante impedir que los licenciarios operen en los sectores en que él también explota la tecnología o en sectores en que todavía no se conoce con seguridad el valor de la tecnología, seguramente se mostraría menos propenso a conceder licencias o aplicaría unos cánones más elevados. También hay que tener en cuenta que en determinados sectores frecuentemente las licencias buscan generar espacios de libertad de creación conjurando posibles demandas por violación de patente. El licenciario puede así desarrollar su propia tecnología dentro de los límites de la licencia sin peligro de que el licenciante le acuse de violación de su tecnología.
183. Las restricciones de sector de aplicación de los acuerdos de licencia entre competidores efectivos o potenciales están amparadas por la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 20 %. El principal problema de competencia que pueden plantear estas restricciones es el riesgo de que el licenciario deje de ser una fuente de competencia fuera del sector de aplicación objeto de la licencia. El riesgo es mayor en el caso de las licencias cruzadas entre competidores cuando el acuerdo impone restricciones de sector de aplicación asimétricas. Una restricción de sector de aplicación es asimétrica cuando una de las partes es autorizada a utilizar la tecnología licenciada dentro de un mercado de productos o sector técnico de aplicación y la otra es autorizada a utilizar la otra tecnología licenciada dentro de otro mercado de productos o sector técnico de aplicación. Pueden plantearse problemas de competencia particularmente cuando las instalaciones de producción del licenciario, provistas de los equipos necesarios para utilizar la tecnología licenciada, también se utilizan para producir con tecnología del licenciario productos que no pertenecen al sector de aplicación licenciado. Si es probable que el acuerdo induzca al licenciario a reducir su producción fuera del sector de aplicación objeto de la licencia, entonces es probable que entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo. Normalmente las restricciones de sector de aplicación simétricas, esto es: los acuerdos por los que cada una de las dos partes autoriza a la otra a utilizar sus tecnologías dentro del mismo o los mismos sectores de aplicación, no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Generalmente este tipo de acuerdos no restringe la competencia que existía previamente. Tampoco es probable que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable a los acuerdos que tan sólo permiten al licenciario desarrollar y explotar su propia tecnología dentro de los límites de la licencia sin peligro de que el licenciante le acuse de violación de su tecnología. En tales circunstancias las restricciones de sector de aplicación no restringen por sí solas la competencia previamente existente. A falta del acuerdo el licenciario también corría el riesgo de ser objeto de demandas fuera del sector de aplicación licenciado. Sin embargo, si sin justificación comercial el licenciario reduce o pone fin a sus actividades fuera del sector de aplicación licenciado, ello puede ser señal de la existencia de un acuerdo de reparto del mercado que equivale a una restricción especialmente grave con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del RECAT.
184. Las restricciones de sector de aplicación impuestas al licenciario y al licenciante en acuerdos entre no competidores se benefician de la exención por categorías hasta el umbral de cuota de mercado del 30 %. Las restricciones de sector de aplicación entre no competidores por las que el licenciante se reserva uno o más mercados de productos o sectores técnicos de aplicación generalmente o no restringen la competencia o generan eficiencias. Favorecen la difusión de valiosas tecnologías nuevas porque inducen al titular de las mismas a conceder licencias de explotación en sectores en que prefiere no explotárselas él mismo. Si no se permitiese al licenciante impedir que los licenciarios operen en los sectores en que él también explota la tecnología, éste seguramente se mostraría menos propenso a conceder licencias.
185. En los acuerdos entre no competidores en principio el licenciante también tiene derecho a conceder licencias únicas o exclusivas a distintos licenciarios limitadas a uno o más sectores de aplicación. Tales restricciones limitan la competencia intratecnología entre licenciarios de la misma manera que las licencias exclusivas y se analizan del mismo modo (véase la sección 2.2.1).

2.5. Restricciones de uso cautivo

186. Una restricción de uso cautivo es una obligación por la que el licenciario tiene que limitar su producción del producto licenciado a las cantidades necesarias para la fabricación y para el mantenimiento y reparación de sus propios productos. En otras palabras, este tipo de restricción de uso consiste en la obligación que tiene el licenciario de utilizar los productos que incorporan la tecnología licenciada únicamente como insumos para su propia producción; no cubre la venta del producto objeto de la licencia para su incorporación en los productos de otros productores. Las restricciones de uso cautivo están amparadas por la exención por categorías hasta los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 %. Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías, es necesario examinar los efectos procompetitivos y anti-competitivos de la restricción. A este respecto, es preciso distinguir entre acuerdos entre no competidores y acuerdos entre competidores.
187. En el caso de los acuerdos de licencia entre competidores, cabe señalar que una restricción que obliga al licenciario a destinar su producción bajo licencia exclusivamente a la incorporación en sus propios productos impide a dicho licenciario convertirse en proveedor de componentes de terceros productores. Si antes del acuerdo el licenciario no era un proveedor efectivo o potencial de otros productores, la restricción de uso cautivo no supone cambio alguno. En tales circunstancias la restricción se evalúa de la misma manera que en el caso de los acuerdos entre no competidores. Si, por el contrario, el licenciario es un proveedor efectivo o potencial de componentes, es necesario determinar qué impacto tiene el acuerdo en esta actividad. Si al equiparse con lo necesario para utilizar la tecnología del licenciante, el licenciario deja de utilizar su tecnología de manera autónoma y, por lo tanto, deja de ser un proveedor de componentes, el acuerdo restringe la competencia que existía previamente. Si el licenciante tiene un grado significativo de poder de mercado, el acuerdo puede tener graves efectos negativos sobre el mercado.

188. En el caso de los acuerdos de licencia entre no competidores las restricciones de uso cautivo plantean principalmente dos riesgos competitivos: a) la restricción de la competencia intratecnología en el mercado de suministro de insumos y b) la supresión del arbitraje entre licenciatarios, lo que aumenta las posibilidades del licenciante de aplicar cánones discriminatorios a los licenciatarios.
189. Las restricciones de uso cautivo también pueden, no obstante, fomentar la concesión de licencias procompetitivas. Si el licenciante es un proveedor de componentes, la restricción puede ser necesaria para garantizar la difusión de tecnología entre no competidores. Sin la restricción el licenciante acaso no se atreviese a conceder la licencia o lo hiciese exigiendo unos cánones más elevados porque, de lo contrario, se crearía una competencia directa en el mercado de componentes. En tales casos, una restricción de uso cautivo en principio no es restrictiva de la competencia o está cubierta por el apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, es condición imprescindible que el licenciatario sea libre de vender el producto objeto de la licencia como recambio para sus propios productos. Esto significa que el licenciatario debe ser libre de abastecer el mercado postventa de sus propios productos, incluidas las organizaciones independientes que prestan servicios de mantenimiento y reparación de los productos producidos por él.
190. Cuando el licenciante no es un proveedor de componentes en el mercado de referencia no cabe alegar la razón antes mencionada para imponer restricciones de uso cautivo. En tales casos una restricción de uso cautivo puede fomentar, en principio, la difusión de la tecnología garantizando que los licenciatarios no puedan vender a productores que compitan con el licenciante en otros mercados. Sin embargo, una restricción que obligue al licenciatario a no vender a ciertos grupos de clientes reservados para el licenciante suele ser una alternativa menos restrictiva. Por lo tanto, en estos casos una restricción de uso cautivo generalmente no es necesaria para garantizar la difusión de la tecnología.

2.6. Vinculación y agrupación

191. En las licencias de tecnología hay vinculación cuando el licenciante impone al licenciatario como condición para la transferencia de cierta tecnología (producto vinculante) la obtención de otra licencia relativa a otra tecnología o la compra de un producto suyo o de un tercero por él designado (producto vinculado). Cabe hablar de agrupación cuando dos tecnologías o una tecnología y un producto sólo se venden juntos en un mismo paquete. En ambos casos tiene que tratarse de productos y tecnologías distintas, es decir, cada producto y tecnología vinculado o agrupado tiene que tener su propia demanda distinta. No suele ser el caso cuando las tecnologías o los productos están vinculados necesariamente de manera tal que no es posible explotar la tecnología licenciada sin el producto vinculado o cuando ninguna de las dos partes del paquete puede ser explotada sin la otra. En adelante, el término «vinculación» hace referencia tanto a la vinculación como a la agrupación.
192. El artículo 3 del RECAT, que limita la aplicación de la exención por categorías por medio de umbrales de cuota de mercado, garantiza que tales acuerdos no quedan cubiertos por la exención por encima de los umbrales de cuota de mercado del 20 %, en el caso de los acuerdos entre competidores, y del 30 % en el caso de los acuerdos entre no competidores. Los umbrales de cuota de mercado se aplican a cualquier mercado tecnológico o de productos afectado por el acuerdo de licencia, incluido el mercado del producto vinculado. Por encima del umbral de cuota de mercado es preciso que los efectos anticompetitivos queden compensados por los efectos procompetitivos de la vinculación.
193. El principal efecto restrictivo de la vinculación es la exclusión de otros proveedores del producto vinculado. Pero también puede permitir al licenciante mantener su poder de mercado en el mercado del producto vinculante aumentando las barreras de entrada, ya que la vinculación puede obligar a los competidores potenciales a entrar en varios mercados a la vez. Además, la vinculación también puede permitir al licenciante subir los cánones, especialmente si el producto vinculante y el producto vinculado son parcialmente sustituibles y los dos productos no se utilizan en una proporción fija. La vinculación impide al licenciatario cambiar de insumos en respuesta a una subida del canon que paga por el producto vinculante. Estos problemas de competencia son independientes del hecho de que las partes del acuerdo sean o no competidores. Para que la vinculación produzca efectos anticompetitivos, el licenciante ha de tener un grado significativo de poder de mercado respecto del producto vinculante, de manera que pueda restringir la competencia en el producto vinculado. A falta de poder de mercado en el producto vinculante, el licenciante no puede servirse de su tecnología con el fin anticompetitivo de excluir del mercado a los proveedores del producto vinculado. Además, como en el caso de las obligaciones de inhibición de la competencia, la vinculación debe cubrir cierta proporción del mercado del producto vinculado para que se produzcan efectos de exclusión apreciables. Cuando el licenciante tiene poder de mercado en el mercado del producto vinculado en lugar de en el mercado del producto vinculante, la restricción se analiza como una obligación de inhibición de la competencia o como una imposición cuantitativa, dado que cualquier problema de competencia tendrá su origen en el mercado del producto «vinculado» y no en el mercado del producto «vinculante» ⁽⁶⁶⁾.
194. La vinculación también puede generar eficiencias. Así ocurre, por ejemplo, cuando el producto vinculado es indispensable para una explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o para garantizar que la producción bajo licencia se ajusta a las normas de calidad respetadas por el licenciante y otros licenciatarios. En estos casos la vinculación no restringe en principio la competencia o puede acogerse al apartado 3 del artículo 81. En los casos en que los licenciatarios utilizan la marca del licenciante o a los consumidores les resulta evidente por cualquier otro motivo que hay un vínculo entre el producto que incorpora la tecnología licenciada y el licenciante, éste tiene un interés legítimo en asegurarse de que los productos sean de calidad suficiente para no ver devaluada su tecnología o su reputación como operador económico. Además, cuando los consumidores saben que los licenciatarios (y el licenciante) producen con la misma tecnología, hay pocas probabilidades de que los licenciatarios acepten una licencia si la tecnología no es explotada por todos de manera técnicamente satisfactoria.

195. La vinculación también puede tener efectos procompetitivos si el producto vinculado permite al licenciatario explotar la tecnología licenciada con bastante más eficacia. Por poner un ejemplo, si el licenciante licencia una tecnología de procesos concreta, las partes pueden acordar que el licenciatario compre al licenciante un catalizador diseñado para su uso con la tecnología licenciada que permita explotarla de manera más eficiente que otros catalizadores. Cuando en estos casos la restricción está sujeta al apartado 1 del artículo 81, hay muchas probabilidades de que se cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo incluso por encima de los umbrales de cuota de mercado.

2.7. Obligaciones de inhibición de la competencia

196. En las licencias de tecnología las obligaciones de inhibición de la competencia adoptan la forma de obligación del licenciatario de no utilizar tecnologías de terceros que compitan con la tecnología licenciada. Las obligaciones de inhibición de la competencia que cubren un producto o una tecnología adicional suministrada por el licenciante se tratan conforme a lo expuesto en la sección precedente sobre vinculación.

197. El RECAT exime las obligaciones de inhibición de la competencia tanto en el caso de los acuerdos entre competidores como en el de los acuerdos entre no competidores, hasta los umbrales de cuota de mercado del 20 % y el 30 % respectivamente.

198. El principal riesgo competitivo que plantean las obligaciones de inhibición de la competencia es la exclusión de tecnologías de terceros. Estas obligaciones también pueden facilitar las colusiones entre licenciante y licenciatario en caso de uso acumulativo. La exclusión de tecnologías competidoras reduce la presión competitiva sobre los cánones aplicados por el licenciante y restringe la competencia entre las tecnologías presentes en el mercado limitando las posibilidades que tienen los licenciatarios de cambiar de tecnología. Como en ambos casos el principal problema es la exclusión, en principio el análisis puede ser el mismo para los acuerdos entre competidores que para los acuerdos entre no competidores. Con todo, en el caso de los acuerdos de licencia cruzada entre competidores en que ambas partes se comprometen a no utilizar tecnologías de terceros, el acuerdo puede facilitar la colusión entre ellas en el mercado de productos, circunstancia que justifica la aplicación del umbral de cuota de mercado del 20 %.

199. La exclusión puede producirse en situaciones en que una parte sustancial de los licenciatarios potenciales se encuentra vinculada a una o, en el caso de los efectos acumulativos, más fuentes de tecnología y no puede explotar tecnologías competidoras. Los efectos de exclusión pueden ser el resultado de acuerdos concluidos por un único licenciante que tenga un grado significativo de

poder de mercado o de la acumulación de acuerdos concluidos por varios licenciante, incluso si cada uno de los acuerdos o red de acuerdos está cubierto por el RECAT. En este último caso, es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave en tanto menos del 50 % del mercado esté vinculado a cierta tecnología. Por encima de este umbral es probable que se produzcan efectos de exclusión significativos si los licenciatarios potenciales se enfrentan a unas barreras de entrada relativamente altas. Si las barreras de entrada son poco importantes, pueden entrar en el mercado nuevos licenciatarios que exploten comercialmente tecnologías de terceros, erigiéndose así en una alternativa real a los licenciatarios ya establecidos en el mercado. Para determinar las posibilidades reales de que se produzca la entrada y expansión de terceros, también hay que tener en cuenta en qué medida están los distribuidores vinculados a los licenciatarios por obligaciones de inhibición de la competencia. Las tecnologías de terceros solamente tienen posibilidades reales de entrar en el mercado si tienen acceso a los activos de producción y distribución necesarios. En otras palabras, la entrada en el mercado no sólo depende de que haya licenciatarios sino también del grado de acceso a la distribución que tengan. Para evaluar los efectos de exclusión a nivel de distribución, la Comisión aplicará el marco analítico establecido en la sección 2.1 de las Directrices sobre restricciones verticales ⁽⁶⁷⁾.

200. Cuando el licenciante tiene un grado significativo de poder de mercado, las obligaciones de los licenciatarios de utilizar únicamente la tecnología del licenciante pueden producir efectos de exclusión significativos. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del licenciante, mayor será el riesgo de exclusión de las tecnologías competidoras. Para que se produzcan efectos de exclusión apreciables, las obligaciones de inhibición de la competencia no tienen por qué cubrir necesariamente una parte sustancial del mercado. Aunque no medie tal cobertura, las obligaciones de inhibición de la competencia pueden producir efectos de exclusión apreciables si los sujetos pasivos de las mismas son precisamente las empresas que con mayor seguridad habrían concedido licencias de tecnologías competidoras. El riesgo de exclusión es especialmente alto cuando solamente hay un número limitado de licenciatarios potenciales y el acuerdo de licencia tiene por objeto una tecnología que los licenciatarios utilizan para producir un insumo para su propio uso. En estos casos las barreras de entrada para un nuevo licenciante probablemente resulten muy altas. El riesgo de exclusión puede ser menor cuando la tecnología se utiliza para producir un producto que se vende a terceros; aunque en tal caso la restricción también vincula la capacidad de producción en cuestión, no vincula la demanda del producto que incorpora el insumo producido con la tecnología licenciada. En este último caso, para entrar en el mercado, los licenciante solamente necesitan tener acceso a uno o más licenciatarios que tengan una capacidad de producción adecuada y, a menos que solamente unas pocas empresas posean o puedan conseguir los activos necesarios para obtener una licencia, es poco probable que el licenciante consiga cerrar el acceso de los competidores a los licenciatarios eficientes imponiendo obligaciones de inhibición de la competencia a sus licenciatarios.

201. Las obligaciones de inhibición de la competencia también pueden producir efectos procompetitivos. En primer lugar, estas obligaciones pueden fomentar la difusión de la tecnología reduciendo el riesgo de apropiación indebida de la tecnología licenciada, en especial de los conocimientos técnicos. Si se da al licenciatarario el derecho a utilizar tecnologías competidoras de terceros, se corre el riesgo de que se utilicen conocimientos técnicos licenciados en la explotación de tecnologías competidoras y se beneficie así a competidores. Además, cuando un licenciatarario también explota tecnologías competidoras, generalmente se hace más difícil controlar el pago de los cánones, lo que puede inducir a los propietarios de tecnologías a no licenciarlas.
202. En segundo lugar, las obligaciones de inhibición de la competencia, posiblemente acompañadas de un territorio exclusivo, pueden ser necesarias para que el licenciatarario tenga suficientes incentivos para invertir y explotar la tecnología licenciada de manera efectiva. Si el acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 porque tiene efectos de exclusión apreciables, para que se beneficie del apartado 3 de dicho artículo puede ser necesario optar por una alternativa menos restrictiva, como por ejemplo imponer unas obligaciones mínimas en materia de producción o cánones, obligaciones que encierran un menor riesgo de exclusión de las tecnologías competidoras.
203. En tercer lugar, si el licenciante se compromete a hacer considerables inversiones para un cliente concreto, por ejemplo, en formación y adaptación de la tecnología licenciada a las necesidades del licenciatarario, las obligaciones de inhibición de la competencia o las obligaciones que fijen una producción mínima o unos cánones mínimos pueden ser necesarias para inducir al licenciante a acometer la inversión y evitar problemas de cautividad. No obstante, en la mayoría de los casos el licenciante puede recuperar directamente tales inversiones exigiendo el pago de un importe a tanto alzado, lo que significa que hay alternativas menos restrictivas.
- 3. Acuerdos de resolución de conflictos y acuerdos de renuncia**
204. Las licencias pueden utilizarse para resolver diferencias o evitar que una de las partes del acuerdo se valga de sus derechos de propiedad intelectual para impedir que la otra explote su propia tecnología. La concesión de licencias, incluidas las recíprocas, en el marco de acuerdos de resolución de conflictos y de acuerdos de renuncia no es, en sí, restrictiva de la competencia, ya que permite a las partes explotar sus tecnologías. Sin embargo, las condiciones de estos acuerdos pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81. La concesión de licencias en el contexto de acuerdos de resolución de diferencias se trata como los demás acuerdos de licencias. Si las tecnologías son substitutivas desde el punto de vista técnico, hay que determinar en qué medida es probable que las tecnologías en cuestión estén en posición unilateral o bilateral de bloqueo (véase el punto 32). Si lo están, se considera que las partes no son competidores.
205. La exención por categorías es aplicable siempre que el acuerdo no contenga ninguna de las restricciones especialmente graves de la competencia que se enumeran en el artículo 4 del RECAT. La lista de restricciones especialmente graves del apartado 1 del artículo 4 puede ser aplicable especialmente en los casos en que las partes eran plenamente conscientes del hecho de que no había posición de bloqueo y, en consecuencia, eran competidores. Este tipo de acuerdos no es más que un recurso para restringir la competencia previamente existente.
206. En los casos en que sin la licencia el licenciatarario probablemente quedaría excluido del mercado, por regla general el acuerdo es procompetitivo. Las restricciones que limitan la competencia intratecnológicas entre el licenciante y el licenciatarario con frecuencia son compatibles con el artículo 81 (véase la sección 2).
207. Los acuerdos por los que las partes se conceden licencias cruzadas e imponen restricciones en lo referente al uso de sus tecnologías, incluidas las restricciones de la libertad de conceder licencias a terceros, pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Cuando las partes gozan de un grado significativo de poder de mercado y el acuerdo impone restricciones que claramente van más allá de lo necesario para desbloquear la situación, el acuerdo probablemente entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 aunque sea probable que exista una posición de bloqueo mutuo. La probabilidad de que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable es especialmente alta cuando las partes comparten mercados o fijan cánones periódicos variables recíprocos que tienen un impacto significativo sobre los precios de mercado.
208. Cuando el acuerdo permite a ambas partes utilizar la tecnología de la otra y cubre el desarrollo futuro de estas tecnologías, es preciso determinar si reduce los incentivos que tienen las partes para innovar. Si las partes tienen un poder de mercado significativo, el acuerdo probablemente esté sujeto al apartado 1 del artículo 81 si impide que una de ellas adquiera una ventaja competitiva sobre la otra. Los acuerdos que eliminan o reducen sustancialmente la posibilidad de que una de las partes adquiera una ventaja competitiva sobre la otra reducen los incentivos que éstas tienen para innovar y, por consiguiente, afectan de manera negativa a una parte esencial del juego de la competencia. Además, es improbable que este tipo de acuerdos cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Es especialmente improbable que la restricción sea considerada indispensable en el sentido de la tercera condición de dicho apartado. Para la consecución del objetivo del acuerdo: garantizar que las partes puedan seguir explotando su propia tecnología sin que ninguna de las dos se lo pueda impedir a la otra, no es necesario que se pongan de acuerdo para compartir futuras innovaciones. Ahora bien, es poco probable que el acuerdo impida a una u otra parte adquirir una ventaja competitiva sobre la otra si la licencia tiene por objeto permitir que las partes desarrollen sus respectivas tecnologías y si

la licencia no las empuja a utilizar las mismas soluciones tecnológicas. Tales acuerdos solamente generan espacios de libertad de creación previniendo posibles demandas por infracción de la otra parte.

209. En el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos y de los acuerdos de renuncia, generalmente se considera que las cláusulas de no oposición no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Es inherente a estos acuerdos que las partes convengan no oponerse *ex post* a los derechos de propiedad intelectual cubiertos por el acuerdo. El objetivo del acuerdo es precisamente resolver los conflictos que existan o puedan surgir al respecto.

4. Consorcios tecnológicos

210. Los consorcios tecnológicos son acuerdos por los que dos o más partes crean un paquete de tecnologías que se licencia no sólo a quienes contribuyen al consorcio sino también a terceros. En términos de estructura, los consorcios tecnológicos pueden consistir en simples acuerdos entre un número limitado de partes o en acuerdos organizativos más complejos por los que se encomienda la tarea de conceder las licencias de las tecnologías compartidas a una entidad aparte. En ambos casos el consorcio puede ofrecer a los licenciatarios la posibilidad de operar en el mercado con una sola licencia.

211. No hay un vínculo inherente entre los consorcios tecnológicos y las normas, pero en algunos casos las tecnologías de un consorcio sustentan (parcial o totalmente) una norma industrial de hecho o de derecho. Cuando los consorcios tecnológicos sustentan una norma industrial, no sustentan necesariamente una única norma. Diferentes consorcios tecnológicos pueden sustentar normas competidoras ⁽⁶⁸⁾.

212. Los acuerdos por los que se crean consorcios tecnológicos y se regula su funcionamiento no están cubiertos por la exención por categorías, sea cual sea el número de participantes (véase la sección II.2.2). De estos acuerdos solamente se ocupan estas Directrices. Los consorcios plantean problemas especiales relativos a la elección de las tecnologías y al funcionamiento del consorcio, que no se plantean con otros tipos de licencias. Con todo, las licencias individuales concedidas por el consorcio a terceros se tratan de la misma manera que cualquier otro acuerdo de licencia, que está eximido si se cumplen las condiciones establecidas en el RECAT, incluidos los requisitos del artículo 4 de dicho Reglamento, que enumera las restricciones especialmente graves.

213. Los consorcios tecnológicos pueden ser restrictivos de la competencia. La creación de un consorcio tecnológico implica necesariamente la venta conjunta de las tecnologías compartidas, lo que en el caso de los consorcios integrados únicamente o predominantemente por tecnologías sustituibles entre sí equivale a un cartel de fijación de precios. Además, los consorcios tecnológicos no sólo restringen la competencia entre las partes, sino que, en especial cuando sustentan una norma industrial o establecen una norma industrial *de facto*, también frenan la innovación al excluir las tecnologías alternativas. La existencia de la norma y del consorcio tecnológico asociado a ella puede hacer más difícil que otras tecnologías nuevas y mejoradas entren en el mercado.

214. Los consorcios tecnológicos también pueden producir efectos procompetitivos, como en especial reducir los costes de las transacciones y poner límites a los cánones acumulativos para evitar una doble marginalización. La creación de un consorcio permite centralizar la concesión de licencias de las tecnologías cubiertas por el consorcio. Esto es particularmente importante en los sectores en que los derechos de propiedad intelectual son corrientes y, para operar en el mercado, es preciso obtener licencias de muchos licenciantes. En los casos en que los licenciatarios reciben servicios permanentes relacionados con la aplicación de la tecnología licenciada, la concesión conjunta de licencias y la prestación de servicios pueden traducirse en reducciones de costes aún mayores.

4.1. Naturaleza de las tecnologías compartidas

215. Los riesgos competitivos y el potencial de creación de eficiencias de los consorcios tecnológicos dependen en gran parte de la relación entre las tecnologías compartidas y de su relación con las tecnologías ajenas al consorcio. Hay que hacer dos distinciones básicas: a) entre tecnologías complementarias y substitutivas y b) entre tecnologías esenciales y no esenciales.

216. Dos tecnologías ⁽⁶⁹⁾ son complementarias y no substitutivas cuando es preciso disponer de las dos para producir el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas. Por el contrario, dos tecnologías son substitutivas cuando cualquiera de las dos permite al titular producir el producto o realizar el proceso con el que están relacionadas. Una tecnología es esencial si no hay ningún substituto para ella dentro o fuera del consorcio y constituye una parte del paquete de tecnologías imprescindible para producir el producto o productos o realizar el proceso o procesos objeto del consorcio. Una tecnología para la que no hay substitutos es esencial en tanto esté cubierta por al menos un derecho de propiedad intelectual válido. Las tecnologías esenciales también son, por definición, complementarias.

217. Cuando las tecnologías de un consorcio son substitutivas, hay más probabilidades de que los cánones sean más altos, porque los licenciatarios no se benefician de la competencia entre las tecnologías en cuestión. Cuando las tecnologías del consorcio son complementarias el acuerdo reduce los costes de las transacciones y puede dar lugar a unos cánones globales más bajos, porque las partes están en condiciones de fijar unos cánones comunes para el paquete, en vez de fijar cada una un canon que no tenga en cuenta los fijados por las demás.
218. La distinción entre tecnologías complementarias y substitutivas no siempre está clara, ya que las tecnologías pueden ser parcialmente substitutivas y parcialmente complementarias. Cuando las eficiencias que genera la integración de dos tecnologías hace probable que los licenciatarios soliciten ambas tecnologías, éstas se consideran complementarias incluso si son parcialmente substitutivas. En tales casos, de no existir el consorcio, los licenciatarios seguramente optarían por obtener licencias para ambas tecnologías, dado el beneficio económico adicional derivado de utilizar las dos tecnologías en vez de una sola.
219. La inclusión en un consorcio de tecnologías substitutivas restringe la competencia intertecnologías y equivale a una agrupación colectiva. Además, si el consorcio está integrado en buena medida por tecnologías substitutivas, el acuerdo equivale a una práctica de fijación de precios entre competidores. Por regla general, la Comisión considera que la inclusión de tecnologías substitutivas en un consorcio constituye una infracción del apartado 1 del artículo 81. Además, considera poco probable que se cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 en tales casos si el consorcio está integrado de manera significativa por tecnologías substitutivas. Como las tecnologías en cuestión son alternativas, la inclusión de las dos tecnologías en el consorcio no da lugar a economías en los costes de las transacciones. De no existir el consorcio, los licenciatarios no solicitarían ambas tecnologías. No basta con que las partes sigan siendo libres de conceder licencias independientemente. Lo más probable es que opten por no hacerlo para no perjudicar al consorcio, que es el que les permite ejercer conjuntamente poder de mercado.
220. Cuando un consorcio está integrado exclusivamente por tecnologías esenciales y, por consiguiente, también complementarias, la creación del consorcio en principio no entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, independientemente de la posición de mercado de las partes. Sin embargo, las condiciones de concesión de licencias pueden estar sujetas al apartado 1 del artículo 81.
221. Cuando se incluyen en el consorcio patentes no esenciales pero complementarias, hay cierto riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros. Una vez que una tecnología queda incluida en el consorcio y se integra al paquete licenciado, lo lógico es que los licenciatarios no se muestren propensos a solicitar una licencia para una tecnología competidora, ya que los cánones que pagan por el paquete de tecnologías ya incluyen una tecnología substitutiva. Además, la inclusión de tecnologías que no son necesarias para producir el producto o productos o realizar el proceso o procesos relacionados con el consorcio tecnológico obliga a los licenciatarios a pagar por tecnologías que acaso no necesitan. La inclusión de patentes complementarias equivale, pues, a una agrupación colectiva. Cuando un consorcio comprende tecnologías no esenciales es probable que el acuerdo entre dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el consorcio ocupa una posición significativa en alguno de los mercados de referencia.
222. Como las tecnologías substitutivas y complementarias puede evolucionar tras la creación del consorcio, la evaluación del carácter esencial de las tecnologías nunca es definitiva. Una tecnología puede dejar de ser esencial con posterioridad a la creación del consorcio debido a la aparición de tecnologías de terceros. Una manera de asegurarse de que estas tecnologías de terceros no quedan excluidas del mercado consiste en sacar del consorcio las tecnologías que dejan de ser esenciales. Sin embargo, puede haber otras maneras de asegurarse de que las tecnologías de terceros no quedan excluidas del mercado. Al evaluar los consorcios tecnológicos que comprenden tecnologías no esenciales, es decir, tecnologías para las que hay substitutos fuera del consorcio o que no son necesarias para producir uno o más productos relacionados con el consorcio, la Comisión tendrá en cuenta en su evaluación global, entre otros, los siguientes factores:
- Si hay motivos procompetitivos para incluir las tecnologías no esenciales en el consorcio.
 - Si los licenciantes siguen siendo libres de licenciar independientemente sus respectivas tecnologías. Si el consorcio está integrado por un número limitado de tecnologías y hay tecnologías substitutivas fuera de él, puede ser una opción viable para los licenciatarios confeccionar su propio paquete tecnológico integrado en parte por tecnologías del consorcio y en parte por tecnologías de terceros.

c) En los casos en que las tecnologías objeto del consorcio tienen aplicaciones diferentes y para algunas de ellas no es necesario utilizarlas todas, si el consorcio ofrece las tecnologías solamente en un paquete único o las ofrece en paquetes separados para las distintas aplicaciones. En este último caso se evita que las tecnologías que no son esenciales para un producto o proceso dado queden vinculadas a tecnologías esenciales.

d) Si las tecnologías objeto del consorcio están disponibles en un único paquete o es posible obtener una licencia para una parte solamente del paquete con la correspondiente reducción de los cánones. La posibilidad de obtener una licencia para una parte solamente del paquete puede reducir el riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros ajenas al consorcio, especialmente si el licenciatario obtiene una reducción correspondiente de los cánones. Para ello es preciso que se haya determinado qué parte del canon global corresponde a cada tecnología del consorcio. Cuando los acuerdos de licencia concluidos por el consorcio y licenciatarios individuales son de una duración relativamente dilatada y la tecnología del consorcio sustenta *de facto* una norma industrial, también hay que tener en cuenta que el consorcio puede cerrar el acceso al mercado de nuevas tecnologías substitutivas. Para evaluar este riesgo de exclusión, es importante saber si los licenciatarios pueden rescindir la licencia con un preaviso razonable y con la correspondiente reducción de los cánones.

4.2. Evaluación de las restricciones individuales

223. Esta sección trata de varias restricciones que, de una u otra forma, son habituales en los consorcios tecnológicos y se han de evaluar en el contexto global del consorcio. Recuérdese (véase el punto 212) que el RECATT es aplicable a los acuerdos de licencia entre el consorcio y terceros. Esta sección se limita, pues, a tratar la cuestión de la creación del consorcio y la problemática de la concesión de licencias en el contexto de los consorcios tecnológicos.

224. Para hacer su evaluación, la Comisión se atenderá a los siguientes principios básicos:

1) Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del consorcio, mayor será el riesgo de que produzca efectos anticompetitivos.

2) Los consorcios que gozan de una posición fuerte en el mercado deben ser abiertos y no discriminatorios.

3) Los consorcios no deben excluir indebidamente las tecnologías de terceros ni limitar la creación de consorcios alternativos.

225. En principio, las empresas que crean un consorcio tecnológico compatible con el artículo 81, y una norma industrial basada en el mismo, son libres de negociar y fijar el canon pagadero por el paquete tecnológico y qué parte del canon corresponde a cada tecnología antes o después de fijar la norma. Un acuerdo de este tipo es inherente a la creación de la norma o el consorcio y no es en sí restrictivo de la competencia; antes bien, en determinadas circunstancias puede generar eficiencias. En determinadas circunstancias puede resultar más eficiente acordar los cánones antes de elegir la norma que después de ello, a fin de evitar que la elección de la norma confiera un poder de mercado significativo a una o más tecnologías esenciales. Por otro lado, los licenciatarios deben seguir siendo libres de fijar el precio de productos producidos bajo licencia. Si la selección de las tecnologías que hay que incluir en el consorcio la lleva a cabo un experto independiente, ello puede intensificar la competencia entre las soluciones tecnológicas disponibles.

226. Si el consorcio goza de una posición de mercado dominante, los cánones y demás condiciones de la licencia deben ser justos y no discriminatorios y las licencias no deben ser exclusivas. Estos dos requisitos son necesarios para garantizar que el consorcio sea abierto y no tenga efectos de exclusión ni otros efectos anticompetitivos en los mercados descendentes. Ahora bien, estos requisitos no obstan para que se apliquen cánones distintos según la aplicación de que se trate. En general, la aplicación de cánones de diferente nivel en mercados de productos distintos no se considera restrictiva de la competencia, siempre y cuando no se produzca discriminación alguna dentro de dichos mercados de productos. Concretamente, el trato de los licenciatarios no debe depender de si son licenciantes o no. Por consiguiente, la Comisión tendrá en cuenta si los licenciantes también están sujetos al pago de cánones.

227. Los licenciantes y los licenciatarios deben ser libres de desarrollar productos y normas competidores, así como de conceder y obtener licencias al margen del consorcio. Estos requisitos son necesarios para limitar el riesgo de exclusión de las tecnologías de terceros y garantizar que el consorcio no limita la innovación e impide la creación de soluciones tecnológicas competidoras. En los casos en que el consorcio sustenta (*de facto*) una norma industrial o las partes están sujetas a obligaciones de inhibición de la competencia, hay muchas posibilidades de que el consorcio impida el desarrollo de tecnologías y normas nuevas y mejoradas.

228. Las obligaciones de retrocesión no deben ser exclusivas y deben limitarse a los perfeccionamientos esenciales o importantes para la utilización de la tecnología objeto del consorcio. De este modo, el consorcio puede beneficiarse de los perfeccionamientos de la tecnología objeto del mismo. Las partes tienen derecho a asegurarse de que la explotación de la tecnología objeto del consorcio no se vea entorpecida por licenciatarios que hayan obtenido u obtengan patentes esenciales.

229. Uno de los problemas que plantean los consorcios de patentes es el riesgo de que sirvan para proteger patentes inválidas. Resulta más costoso y arriesgado oponerse a la validez de una patente integrada en un consorcio, porque basta con que una patente del consorcio sea válida para que la oposición resulte infructuosa. El hecho de que un consorcio incluya patentes inválidas puede obligar a los licenciatarios a pagar cánones más elevados y también puede frenar la innovación en el campo cubierto por la patente inválida. Para impedir que ello ocurra, el derecho a rescindir la licencia en caso de oposición a una patente debe limitarse a las tecnologías propiedad del licenciante cuya patente se cuestiona y no debe ser extensivo a las tecnologías propiedad de otros licenciantes del consorcio.

4.3. Marco institucional por el que se rige el consorcio

230. El modo en que se crea, organiza y funciona un consorcio tecnológico puede reducir el riesgo de que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, como también puede constituir una garantía del carácter procompetitivo del acuerdo.

231. Así, si en el proceso de creación de una norma y de un consorcio pueden participar todos los interesados hay más probabilidades de que las tecnologías sean seleccionadas atendiendo a su precio y calidad que si el consorcio es creado por un grupo limitado de titulares de tecnologías. De igual modo, cuando los órganos rectores del consorcio están integrados por representantes de intereses diversos, es más probable que las condiciones de concesión de las licencias, como los cánones, sean abiertas y no discriminatorias y reflejen el valor de la tecnología licen-

ciada que si el consorcio está controlado por los representantes de los licenciantes.

232. Otro factor importante es la participación de expertos independientes en la creación y funcionamiento del consorcio. Por poner un ejemplo, determinar si una tecnología es esencial para una norma sustentada por un consorcio suele ser una tarea muy compleja que exige conocimientos especiales. La participación en el proceso de selección de expertos independientes puede contribuir sobremanera a garantizar el cumplimiento de un compromiso de incluir únicamente tecnologías esenciales.

233. La Comisión tendrá en cuenta cómo se selecciona a los expertos y qué funciones desempeñan exactamente. Los expertos deben ser independientes de las empresas que hayan creado el consorcio. Si están vinculados a los licenciantes o tienen alguna otra relación de dependencia de ellos, no serán tenidos en cuenta en la misma medida. Los expertos también deben tener la experiencia técnica necesaria para desempeñar las funciones que se les hayan encomendado. Pueden figurar entre ellas determinar si las tecnologías propuestas son válidas y si son esenciales.

234. También es importante examinar las disposiciones sobre intercambio de información sensible entre las partes. En los mercados oligopolísticos los intercambios de información sensible, como información sobre precios y producción, pueden facilitar las colusiones⁽⁷⁰⁾. En estos casos la Comisión tendrá en cuenta si se han tomado medidas para evitar el intercambio de información sensible. Un experto o un organismo licenciante independientes pueden desempeñar un papel importante a este respecto, asegurándose de que los datos sobre producción y ventas que sean necesarios para calcular y verificar los cánones no sean revelados a empresas que compitan en los mercados afectados.

235. Finalmente, es importante tener en cuenta qué mecanismo de resolución de conflictos prevén los actos constitutivos del consorcio. Cabe presumir un mayor grado de imparcialidad si la tarea de resolver los conflictos se delega en organismos o personas independientes del consorcio y de los miembros del mismo.

(1) DO L 123 de 27.4.2004. El RECATT substituye al Reglamento (CE) 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 31 de 9.2.1996, p. 2).

(2) Véanse los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. 2000 I-1365, apartado 130, y punto 106 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, pendiente de publicación.

(3) Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

(4) En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

(5) Véase la Comunicación relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, pendiente de publicación.

- (6) En adelante el término «restricción» incluirá la prevención y el falseamiento de la competencia.
- (7) Este principio de agotamiento comunitario está consagrado, por ejemplo, en el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 104/89/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas (DO L 40 de 11.2.1989, p. 1), que dispone que el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.
- (8) En cambio, la venta de copias de una obra protegida no conlleva el agotamiento de los derechos de interpretación, incluidos los de alquiler, de la misma; véanse los asuntos 158/86, *Warner Brothers y Metronome Video*, Rec. 1988, 2605, y C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. 1988, I-5171.
- (9) Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig*, Rec. 1966, 429.
- (10) La metodología que se sigue para aplicar el apartado 3 del artículo 81 está expuesta en las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (11) Asuntos 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 1966, 337, y C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, I-3111, apartado 76.
- (12) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto *Consten y Grundig*, citada en la nota 13.
- (13) Véase la sentencia en el asunto *Société Technique Minière*, citado en la nota 11 y el asunto 258/78, *Nungesser*, Rec. 1982, 2015.
- (14) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, I-4125, apartado 99.
- (15) Véanse los asuntos acumulados 29/83 y 30/83, *CRAM y Rheinzink*, Rec. 1984, 1679, apartado 26, y los asuntos acumulados 96/82 y otros, *ANSEAU-NAVEWA*, Rec. 1983, 3369, apartados 23-25.
- (16) Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, citada en la nota 13.
- (17) La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO C 368 de 22.11.2001, p. 13) ofrece orientación sobre la cuestión de la apreciabilidad de los efectos. La Comunicación hace una definición negativa de la apreciabilidad. Los acuerdos que no están cubiertos por la Comunicación *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos apreciables. Es preciso proceder a su evaluación individual.
- (18) Véase el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento nº 1/2003 del Consejo, citado en la nota 3.
- (19) Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).
- (20) Por lo que se refiere a estas distinciones, véanse también las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2) puntos 44 a 52.
- (21) Véanse los puntos 50 a 52 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 17.
- (22) Ídem, punto 51.
- (23) Véase, a este respecto, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 17.
- (24) Con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento 1/2003, los acuerdos que pueden afectar al comercio entre Estados miembros pero que no están prohibidos por el artículo 81 no pueden ser prohibidos por las legislaciones nacionales de competencia.
- (25) En virtud del Reglamento 19/65 del Consejo (DO, Edición especial en español: Capítulo 08, Tomo 1, p. 0085), la Comisión no está facultada para eximir en bloque los acuerdos de transferencia de tecnología entre más de dos empresas.
- (26) Véase el considerando 19 del RECAT y la sección 2.5 de las presentes Directrices.
- (27) DO C 1 de 31.1.1979, p. 2.
- (28) Punto 3 de la Comunicación sobre subcontratación.
- (29) Véase la Decisión de la Comisión *Moosehead/Whitbread* (DO L 100 de 20.4.1990, p. 32).
- (30) Véase el asunto 262/81, *Coditel (II)*, Rec. 1982, p. 3381.
- (31) DO L 336 de 29.12.1999, p. 21.
- (32) DO L 304 de 5.12.2000, p. 3.
- (33) DO L 304 de 5.12.2000, p. 7.
- (34) Véase la nota 31.
- (35) Véase la guía «La política de competencia en Europa — Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución», 2002.
- (36) DO C 291 de 13.10.2000, p. 1 y nota 31.
- (37) Véase el punto 29.

- (³⁸) Los motivos que justifican este método de cálculo se exponen en el punto 23.
- (³⁹) Véase, por ejemplo, la jurisprudencia citada en la nota 15.
- (⁴⁰) Véase el punto 98 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (⁴¹) Lo mismo ocurre cuando una parte concede a la otra una licencia y se compromete a comprarle un insumo material al licenciatarlo. El precio de compra puede desempeñar la misma función que los cánones.
- (⁴²) Véase el asunto 193/83, *Windsurfing International*, Rec. 1986, 611, apartado 67.
- (⁴³) El punto 50 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 36, contiene una definición general de las ventas activas y pasivas.
- (⁴⁴) Las restricciones de sector de aplicación se tratan en la sección IV.2.4.
- (⁴⁵) Esta restricción especialmente grave es aplicable a los acuerdos de licencia referidos al comercio intracomunitario. Por lo que respecta a los acuerdos referidos a las exportaciones comunitarias o a las importaciones o reimportaciones comunitarias, véase el asunto C-306/96, *Javico*, Rec. 1998, I-1983.
- (⁴⁶) Véase el apartado 77 de la sentencia *Nungesser*, citada en la nota 13.
- (⁴⁷) Véase el asunto 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875.
- (⁴⁸) Si la tecnología licenciada es obsoleta no cabe hablar de restricción de la competencia; véase la sentencia asunto 65/86, *Bayer/Süßlhofer*, Rec. 1988, p. 5249.
- (⁴⁹) Por lo que respecta a las cláusulas de no oposición en el contexto de los acuerdos de resolución de conflictos, véase el punto 209.
- (⁵⁰) Véase el punto 14.
- (⁵¹) Véanse los puntos 66 y 67.
- (⁵²) Véase el punto 42 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (⁵³) Véase el punto 8 de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 17.
- (⁵⁴) Véase el asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, II-2969, apartado 101.
- (⁵⁵) Véase el punto 23 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 22.
- (⁵⁶) Véanse los asuntos acumulados 25/84 y 26/84, *Ford*, Rec. 1985, 2725.
- (⁵⁷) Véase la Decisión de la Comisión en TPS (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Del mismo modo, la prohibición del apartado 1 del artículo 81 sólo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.
- (⁵⁸) Citadas en la nota 36. Véanse, especialmente, los puntos 115 y ss.
- (⁵⁹) Por lo que se refiere a estos conceptos, véase la sección IV.4.1.
- (⁶⁰) Véase el punto 85 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (⁶¹) Ídem, puntos 98 y 102.
- (⁶²) Apartado 130 de la sentencia citada en la nota 2. Del mismo modo, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no obsta para la aplicación de las normas del Tratado sobre libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. Estas disposiciones son, en determinadas circunstancias, aplicables a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81, véase el asunto C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, I-1577, apartado 120.
- (⁶³) Véase el asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, II-309. Véase, asimismo, el punto 106 de las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, citadas en la nota 2.
- (⁶⁴) Véase la sentencia *Nungesser*, citada en la nota 13.
- (⁶⁵) Véase la Comunicación de la Comisión en el asunto Canon/Kodak (DO C 330 de 1.11.1997, p. 10) y el asunto IGR Stereo Television, mencionado en el XI Informe sobre la política de competencia, punto 94.
- (⁶⁶) Por lo que atañe al marco analítico aplicable, véanse la sección 2.7 de la presente y los puntos 138 y ss. de las Directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 36.
- (⁶⁷) Véase la nota 36.
- (⁶⁸) Véase el comunicado de prensa de la Comisión IP/02/1651 referente a la concesión de licencias de patentes para servicios móviles de tercera generación (3G). En este asunto estaban implicados cinco consorcios tecnológicos que desarrollaban cinco tecnologías distintas que podían utilizarse para producir equipos de 3G.
- (⁶⁹) El término «tecnología» no se limita a las patentes; también abarca las solicitudes de patente y los derechos de propiedad intelectual distintos de las patentes.
- (⁷⁰) Véase la sentencia en el asunto *John Deere*, citada en la nota 11.

Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia

(2004/C 101/03)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado ⁽¹⁾ (en lo sucesivo, el «Reglamento del Consejo») crea un sistema de competencias concurrentes en que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros (en lo sucesivo, las «autoridades nacionales de competencia») ⁽²⁾ pueden aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE (en lo sucesivo, el «Tratado»). Las autoridades nacionales de competencia y la Comisión forman conjuntamente una red de poderes públicos que actúan al servicio del interés público y cooperan estrechamente para proteger la competencia. La red es un foro de discusión y cooperación para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia. Proporciona un marco para la cooperación de las autoridades europeas de competencia en los asuntos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y constituye la base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa. Esta red se denomina «Red Europea de Competencia» (REC).

2. La estructura de las autoridades nacionales de competencia varía según los Estados miembros. En algunos, una sola autoridad investiga los asuntos y toma todos los tipos de decisiones. En otros, las funciones están divididas entre dos autoridades, una responsable de investigar los casos y otra, a menudo de tipo colegial, responsable de decidir. Por último, en ciertos Estados miembros las decisiones de prohibición e imposición de multas sólo pueden ser tomadas por un órgano jurisdiccional, mientras que otra autoridad de competencia actúa como fiscal ante ese órgano jurisdiccional. Con arreglo al principio general de eficacia, el artículo 35 del Reglamento del Consejo permite a los Estados miembros designar a sus autoridades nacionales de competencia y repartir las funciones entre ellas. En virtud de principios generales del Derecho comunitario, los Estados miembros tienen la obligación de instaurar un sistema de sanciones que contemple sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las infracciones del Derecho comunitario ⁽³⁾. Los sistemas nacionales que velan por la aplicación del Derecho comunitario presentan diferencias, pero los Estados miembros reconocen mutuamente los principios del sistema de cada uno como base de cooperación ⁽⁴⁾.

3. La red de autoridades de competencia debe garantizar tanto un reparto eficaz de las tareas como una aplicación eficaz y coherente de las normas comunitarias de competencia. El Reglamento del Consejo y la Declaración común del Consejo y la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia establecen los princi-

pios fundamentales del funcionamiento de la Red. En la presente Comunicación se exponen los detalles del sistema.

4. Las consultas e intercambios en la Red incumben a las autoridades públicas y no afectan a los derechos y obligaciones de las empresas con arreglo a las legislaciones comunitaria o nacional. Cada autoridad de competencia sigue siendo plenamente responsable del respeto de las reglas de procedimiento en los asuntos que trata.

2. DIVISIÓN DEL TRABAJO

2.1. Principios del reparto de asuntos

5. El Reglamento del Consejo se basa en un sistema de competencias concurrentes en el que todas las autoridades de competencia tienen potestad para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado y deben buscar un reparto eficaz de los asuntos cuando se considere que una investigación es necesaria. Al mismo tiempo, cada miembro de la Red es totalmente libre para decidir si es o no oportuno investigar un asunto. Bajo este sistema de competencias concurrentes, los asuntos serán tramitados:

— por una única autoridad nacional de competencia, posiblemente con la ayuda de las de otros Estados miembros; o

— por varias autoridades nacionales de competencia actuando de forma concurrente; o

— por la Comisión.

6. En la mayor parte de los casos, la autoridad que recibe una denuncia o incoa de oficio un procedimiento ⁽⁵⁾ seguirá siendo responsable del asunto. Un segundo reparto de un asunto solamente se plantearía al principio del procedimiento (véase el punto 18) cuando esta autoridad considera que no está bien situada para actuar o cuando otras autoridades se consideran también competentes (véanse los puntos 8 a 15).

7. Cuando se considere necesario proceder a un nuevo reparto para asegurar una protección efectiva de la competencia y del interés comunitario, los miembros de la Red se esforzarán en asignar los asuntos a una única autoridad de competencia siempre que ello sea posible ⁽⁶⁾. De cualquier modo, el reparto ha de ser un proceso rápido y eficaz y no deberá interrumpir las investigaciones en curso.

8. Se puede considerar que una autoridad está bien situada para tramitar un asunto si se cumplen todas y cada una de estas tres condiciones:

1. que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo;
2. que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente;
3. que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción.

9. Estos criterios indican que debe existir un vínculo material entre la infracción y el territorio de un Estado miembro para que se considere bien situada a la autoridad de competencia de dicho Estado. Puede esperarse que en la mayoría de los casos las autoridades de los Estados miembros donde la competencia se ve afectada apreciablemente por una infracción estarán bien situadas siempre que puedan poner fin efectivamente a la infracción a través de acciones individuales o concurrentes, a menos que la Comisión esté mejor situada (véanse los puntos 14 y 15).

10. De ello se deduce que generalmente una única autoridad puede estar en buena situación para tramitar los acuerdos o prácticas que afectan de forma apreciable a la competencia principalmente en su territorio.

Ejemplo 1: Las empresas situadas en el Estado miembro A participan en un cartel para fijar los precios de productos que se venden principalmente en el Estado miembro A.

La autoridad de A está bien situada para tramitar el asunto.

11. Además, la acción de una única autoridad nacional de competencia podría también ser apropiada cuando, aunque más de una autoridad pueda estar bien situada, la acción de una sola sea suficiente para poner fin a la totalidad de la infracción.

Ejemplo 2: Dos empresas han creado una empresa en participación en el Estado miembro A que presta servicios en los Estados A y B y da lugar a un problema de competencia. Una orden de cese se considera suficiente para resolver el asunto al poner fin a la totalidad de la infracción. Las pruebas se encuentran principalmente en las oficinas de la empresa en participación en el Estado A.

Las autoridades de A y B están bien situadas para tramitar el asunto pero la acción de la autoridad de A sería por sí sola suficiente y más eficaz que la de la autoridad B o una acción concurrente de ambas.

12. Una acción concurrente de dos o tres autoridades puede ser apropiada cuando un acuerdo o práctica tenga efectos sustanciales sobre la competencia principalmente en sus territorios respectivos y la acción de una sola autoridad no sea suficiente para poner fin a la infracción o sancionarla adecuadamente.

Ejemplo 3: Dos empresas llegan a un acuerdo para repartirse un mercado, restringiendo la actividad de la empresa establecida en el Estado A a dicho Estado A y la actividad de la establecida en el Estado B a ese Estado B.

Las autoridades de A y B están bien situadas para tramitar de forma concurrente el asunto, cada una en lo que respecta a su territorio respectivo.

13. Las autoridades que tramitan un asunto de forma concurrente tratarán de coordinar su actuación en la medida de lo posible. A tal fin, pueden estimar oportuno designar a una de ellas como coordinadora para delegarle tareas como, por ejemplo, la coordinación de las investigaciones, si bien cada autoridad será responsable del desarrollo de su propio procedimiento.

14. La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales).

Ejemplo 4: Dos empresas acuerdan repartirse mercados o fijar precios para todo el territorio de la Comunidad. La Comisión está bien situada para tramitar el asunto.

Ejemplo 5: Una empresa, dominante en cuatro mercados nacionales distintos, abusa de su posición imponiendo a sus distribuidores en estos mercados la concesión de descuentos a clientes fieles. La Comisión está bien situada para tramitar el asunto. Podría también ocuparse de un mercado nacional, es decir, crear un asunto «principal», y que de los otros mercados nacionales se ocuparan las autoridades respectivas, particularmente si cada mercado nacional requiere una evaluación separada.

15. Por otra parte, la Comisión está particularmente bien situada para tramitar un asunto si éste está estrechamente ligado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia, así como en los casos en que el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión para, a raíz de la aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva.

2.2. Mecanismos de cooperación para el reparto de asuntos y asistencia

2.2.1. Información al incoarse los procedimientos (apartados 2 y 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo)

16. Para detectar procedimientos múltiples y garantizar que los asuntos son tramitados por una autoridad bien situada, es necesario informar en una fase inicial a los miembros de la Red de los asuntos pendientes ante las diversas autoridades de competencia (?). Si hay que cambiar el reparto de un asunto, redundando efectivamente en el interés tanto de la Red como de las empresas interesadas que el cambio tenga lugar rápidamente.

17. El Reglamento del Consejo crea un mecanismo para que las autoridades de competencia se informen recíprocamente para asegurar un cambio de reparto eficaz y rápido de los asuntos. El apartado 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo establece la obligación de que las autoridades nacionales de competencia informen a la Comisión cuando actúen en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado antes de realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de iniciadas dichas diligencias. Asimismo, dispone que esta información podrá hacerse llegar también a las demás autoridades nacionales de competencia (?). El fundamento de dicho apartado es permitir que la Red detecte los procedimientos múltiples y aborde posibles problemas de reparto tan pronto como una autoridad empiece a investigar un asunto. Por lo tanto, la información debería facilitarse a las autoridades nacionales de competencia y a la Comisión antes o inmediatamente después de darse cualquier paso similar a las medidas de investigación que puede adoptar la Comisión, de conformidad con los artículos 18 a 21 del Reglamento del Consejo. La Comisión ha asumido una obligación equivalente de informar a las autoridades nacionales de competencia en virtud del apartado 2 del artículo 11 del Reglamento del Consejo. Los miembros de la Red se informarán mutuamente de los asuntos pendientes por medio de un impreso normalizado en el que figurará un número reducido de detalles del asunto, tales como la autoridad que lo tramita, el producto, los territorios y las partes afectadas, la infracción denunciada, la duración presumida de la infracción y el origen del asunto. Asimismo, se mantendrán mutuamente al corriente cuando se produzcan cambios relevantes.

18. Los asuntos que planteen problemas de reparto deberán resolverse rápidamente, por lo general en un plazo de dos meses a contar desde el envío de la primera información a la Red, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento del Consejo. Durante este período las autoridades de competencia se esforzarán por alcanzar un acuerdo sobre una posible remisión a una autoridad distinta y, en su caso, sobre las modalidades de la tramitación en paralelo.

19. Generalmente, la autoridad o autoridades que tramiten un asunto al final del período de cambio de reparto deberán continuar hasta que finalice el procedimiento. El cambio de atribución de un asunto tras el período inicial de atribución de dos meses sólo debería ocurrir cuando los hechos conocidos cambien materialmente en el curso del procedimiento.

2.2.2. Suspensión o fin del procedimiento (artículo 13 del Reglamento del Consejo)

20. Cuando el mismo acuerdo o práctica se presente ante varias autoridades de competencia, ya sea porque han recibido una denuncia o porque han incoado un procedimiento a iniciativa propia, el artículo 13 del Reglamento del Consejo establece una base jurídica para suspender un procedimiento o para desestimar una denuncia alegando que otra autoridad está instruyendo el asunto o lo ha instruido. En el artículo 13 del Reglamento del Consejo, el concepto de «instrucción del asunto» no solamente significa que se ha presentado una denuncia ante otra autoridad sino que ésta investiga o ha investigado el asunto por su cuenta.

21. El artículo 13 del Reglamento del Consejo se aplica cuando otra autoridad se haya ocupado o se esté ocupando de la cuestión de competencia planteada por el denunciante, incluso si la autoridad actúa sobre la base de una denuncia presentada por otro denunciante o de oficio. Esto implica que el artículo 13 del Reglamento del Consejo puede invocarse cuando el acuerdo o la práctica se refiere a la misma infracción en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia.

22. Una autoridad nacional de competencia puede suspender o archivar un procedimiento pero no tiene ninguna obligación de hacerlo. El artículo 13 del Reglamento del Consejo deja un margen para estimar las circunstancias de cada caso individual. Esta flexibilidad es importante ya que, si una denuncia fuera desestimada por una autoridad tras una investigación del fondo del asunto, otra autoridad podría no querer reexaminarlo. Por otra parte, si una denuncia ha sido desestimada por otra razón (por ejemplo, si la auto-

alidad no ha podido recabar las pruebas necesarias para probar la infracción), otra autoridad puede llevar a cabo su propia investigación e instruir el asunto. Esta flexibilidad también se refleja, para los asuntos pendientes, en el hecho de que cada autoridad nacional de competencia cuenta con la posibilidad de archivar o suspender el procedimiento. Una autoridad puede estar poco dispuesta a archivar un asunto antes de que el resultado del procedimiento de otra autoridad esté claro. La capacidad de suspender el procedimiento permite a la autoridad conservar su potestad de decidir posteriormente si resulta o no oportuno archivarlo. Tal flexibilidad también facilita la aplicación coherente de las normas.

23. En los casos en que una autoridad archive o suspenda el procedimiento porque otra autoridad se está ocupando del asunto puede, con arreglo al artículo 12 del Reglamento del Consejo, transferir la información facilitada por el denunciante a esta última.

24. El artículo 13 del Reglamento del Consejo también puede aplicarse a una parte de una denuncia o de un procedimiento, ya que puede ocurrir que solamente parte de una denuncia o de un procedimiento de oficio se solape con un asunto instruido ya o que esté siendo instruido por otra autoridad de competencia. En ese supuesto, la autoridad ante la cual se presente la denuncia tiene derecho a desestimar parte de la denuncia sobre la base del artículo 13 del Reglamento del Consejo y a tramitar el resto de manera apropiada. El mismo principio se aplica al archivo de procedimientos.

25. El artículo 13 del Reglamento del Consejo no es la única base jurídica para suspender o clausurar procedimientos de oficio o para desestimar denuncias. Las autoridades pueden también hacerlo con arreglo a su normativa procesal nacional. La Comisión puede también desestimar una denuncia por falta de interés comunitario u otras razones referentes a la naturaleza de la misma ⁽⁹⁾.

2.2.3. Intercambio y uso de información confidencial (artículo 12 del Reglamento del Consejo)

26. Un elemento clave del funcionamiento de la Red es la potestad de todas las autoridades de competencia de intercambiar y utilizar la información (incluidos documentos, declaraciones e información digital) que haya recabado con el fin de aplicar los artículos 81 u 82 del Tratado. Esta potestad es una condición previa para atribuir e instruir los asuntos eficazmente.

27. El artículo 12 del Reglamento del Consejo estipula que para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán estar facultadas para facilitarse recíprocamente y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial. Esto significa que los intercambios de información pueden no sólo

tener lugar entre una autoridad nacional de competencia y la Comisión sino también entre autoridades nacionales de competencia. El artículo 12 del Reglamento del Consejo tiene primacía sobre cualquier ley contraria de un Estado miembro. La cuestión de si la información ha sido recabada de forma legal por la autoridad remitente se rige con arreglo a la legislación aplicable a tal autoridad. A la hora de transmitir información, la autoridad remitente puede comunicar a la autoridad receptora si la recopilación de la información ha sido o aún puede ser impugnada.

28. El intercambio y la utilización de información contiene, en particular, las siguientes salvaguardias para las empresas y particulares.

a) Primero, el artículo 28 del Reglamento del Consejo declara que «la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, así como sus funcionarios, agentes y demás personas que trabajen bajo la supervisión de esas autoridades (...) estarán obligados a no divulgar la información que hayan recopilado o intercambiado en aplicación del Reglamento del Consejo y que, por su naturaleza, esté amparada por el secreto profesional». Sin embargo, el interés legítimo de las empresas por la protección de sus secretos comerciales no puede ir en perjuicio de la divulgación de la información necesaria para verificar una infracción de los artículos 81 y 82 del Tratado. El término «secreto profesional» utilizado en el artículo 28 del Reglamento del Consejo es un concepto del Derecho comunitario y comprende, en particular, los secretos comerciales y otro tipo de información confidencial. Se crea así un nivel mínimo común de protección en la Comunidad.

b) La segunda salvaguardia ofrecida a las empresas se refiere al uso de información intercambiada en la Red. De conformidad con el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento del Consejo, la información intercambiada en la Red sólo puede utilizarse como medio de prueba a efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y para el asunto para el cual se haya recogido ⁽¹⁰⁾. Según dicho apartado, la información intercambiada puede también utilizarse para la aplicación concurrente del derecho nacional de la competencia en el mismo caso. Sin embargo, esto solamente es posible si la aplicación del derecho nacional no conduce a un resultado de constatación de infracción diferente del resultante con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado.

c) La tercera salvaguardia ofrecida por el Reglamento del Consejo se refiere a la imposición de sanciones a las personas físicas sobre la base de la información intercambiada de conformidad con el apartado 1 del artículo 12. El Reglamento del Consejo sólo prevé la imposición

de sanciones a empresas en los supuestos de infracción de los artículos 81 y 82 del Tratado. Algunas legislaciones nacionales también prevén la imposición de sanciones a particulares en relación con infracciones de los artículos 81 y 82 del Tratado. Normalmente, los particulares tienen derechos de defensa más amplios [por ejemplo, el derecho a guardar silencio, frente a las empresas que solamente pueden negarse a responder preguntas cuando ello pudiera llevarles a admitir que han cometido una infracción ⁽¹¹⁾]. El apartado 3 del artículo 12 del Reglamento del Consejo garantiza que la información recabada de empresas no pueda utilizarse de tal forma que se eluda el mayor grado de protección de que gozan los particulares. Esta disposición impide imponer sanciones a personas físicas, sobre la base de la información intercambiada de conformidad con el Reglamento del Consejo, si las legislaciones de las autoridades remitente y receptora no establecen el mismo tipo de sanciones por lo que se refiere a las personas físicas, a menos que la autoridad remitente haya respetado el mismo nivel de protección de los derechos de éstas que los garantizados por la autoridad receptora por lo que se refiere a la recogida de pruebas. La calificación de la sanción por el derecho nacional («administrativa» o «penal») es irrelevante a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 12 del Reglamento del Consejo. El Reglamento del Consejo pretende establecer una distinción entre las sanciones que culminan en privación de libertad y otros tipos de sanciones, tales como multas a particulares y otras sanciones personales. Si tanto el sistema jurídico de la autoridad remitente como el de la autoridad receptora establecen sanciones del mismo tipo (por ejemplo, si en ambos Estados miembros pueden imponerse multas a un miembro de la plantilla de una empresa implicada en la infracción del artículo 81 u 82 del Tratado), la autoridad receptora puede utilizar la información intercambiada con arreglo al artículo 12 del Reglamento del Consejo. En este supuesto, se considera que las salvaguardias procesales en ambos sistemas son equivalentes. Si, por otro lado, los dos sistemas jurídicos no establecen el mismo tipo de sanciones, la información sólo puede utilizarse si se ha respetado el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas en el asunto en cuestión (véase el apartado 3 del artículo 12 del Reglamento del Consejo). No obstante, en este último supuesto, las penas privativas de libertad sólo pueden imponerse cuando tanto la autoridad remitente como la receptora están facultadas para imponerlas.

2.2.4. Investigaciones (artículo 22 del Reglamento del Consejo)

29. El Reglamento del Consejo dispone que una autoridad pueda solicitar ayuda a otra para obtener información y realizar pesquisas en su nombre. El artículo 12 del Reglamento del Consejo autoriza a la autoridad a transmitir la información que ha recogido a la autoridad que la solicita. Cualquier intercambio de tal información entre autoridades nacionales de competencia, así como su uso como pruebas por parte de la autoridad solicitante, se llevará a cabo de conformidad con el artículo 12 del Reglamento del Consejo. Cuando una autoridad actúe en nombre de otra, lo

hará de conformidad con sus propias normas de procedimiento y con arreglo a su propia potestad investigadora.

30. De conformidad con el apartado 2 del artículo 22 del Reglamento del Consejo, la Comisión puede pedir que una autoridad nacional de competencia realice una inspección. La Comisión puede adoptar una decisión de conformidad con el apartado 4 del artículo 20 del Reglamento del Consejo o simplemente remitir una petición a tal autoridad. Los agentes de las autoridades nacionales de competencia ejercerán sus poderes conforme a lo estipulado en su Derecho nacional. Los agentes de la Comisión podrán prestar asistencia a la autoridad durante la inspección.

2.3. Situación de las empresas

2.3.1. Aspectos generales

31. Todos los miembros de la Red se esforzarán por repartir los asuntos de forma rápida y eficaz. Dado que el Reglamento del Consejo ha creado un sistema de competencias concurrentes, el reparto de asuntos entre miembros de la Red constituye una mera división del trabajo según la cual algunas autoridades se abstienen de actuar. Por lo tanto, el reparto de asuntos no otorga derechos individuales a las empresas implicadas o afectadas por una infracción para que un asunto sea tramitado por una autoridad particular.
32. Si un asunto pasa de una autoridad de competencia a otra, ello se debe a que la aplicación de los criterios de reparto establecidos lleva a la conclusión de que la segunda está bien situada para instruir el caso en solitario o de forma concurrente. La autoridad de competencia a la cual se remite el asunto habría estado, en cualquier caso, en condiciones de incoar de oficio un procedimiento contra la infracción.
33. Además, todas las autoridades de competencia aplican la legislación comunitaria de competencia, y el Reglamento del Consejo propone mecanismos para garantizar que las normas se aplican coherentemente.
34. En caso de que un asunto sea remitido de una autoridad a otra dentro de la Red, las empresas interesadas y el denunciante serán informados a la mayor brevedad por las autoridades de competencia implicadas.

2.3.2. Situación del denunciante

35. Si se presenta una denuncia de conformidad con el artículo 7 del Reglamento del Consejo y la Comisión no la investiga o no prohíbe el acuerdo o práctica denunciados, el denunciante tiene derecho a que se haga pública una decisión de desestimación de su denuncia, sin perjuicio del apartado 3 del artículo 7 del Reglamento de la Comisión relativo a los procedimientos⁽¹²⁾. Los derechos de los denunciantes que presenten una denuncia ante una autoridad nacional de competencia se regirán por la legislación nacional aplicable.
36. Además, el artículo 13 del Reglamento del Consejo brinda a todas las autoridades nacionales de competencia la posibilidad de suspender o desestimar una denuncia si otra autoridad está instruyendo o ha instruido el mismo asunto. Esta disposición también permite a la Comisión desestimar una denuncia alegando que la autoridad de competencia de un Estado miembro está instruyendo o ha instruido el asunto. El artículo 12 del Reglamento del Consejo permite el intercambio de información entre autoridades de competencia dentro de la Red con arreglo a las salvaguardias previstas en dicho artículo (véase el punto 28).

2.3.3. Situación de los solicitantes que piden beneficiarse de un programa de clemencia

37. La Comisión considera⁽¹³⁾ que redundaría en interés de la Comunidad conceder un trato favorable a las empresas que cooperan con ella en la investigación sobre infracciones de carteles. Varios Estados miembros también han adoptado programas de clemencia⁽¹⁴⁾ en relación con investigaciones sobre carteles. El objetivo de estos programas es facilitar la detección por las autoridades de competencia de la actividad de los carteles y también, de este modo, disuadir a las empresas de participar en carteles ilegales.
38. A falta de un sistema de alcance europeo de programas de clemencia plenamente armonizados, la solicitud de clemencia dirigida a una autoridad no se considerará presentada ante todas las autoridades. Por ello, será el interesado quien deberá presentar la solicitud ante todas las autoridades de competencia cualificadas para aplicar el artículo 81 del Tratado en el territorio afectado por la infracción y que puedan considerarse bien situadas para actuar contra la infracción en cuestión⁽¹⁵⁾. Teniendo en cuenta la importancia de la coordinación en la mayor parte de los programas de clemencia existentes, los solicitantes también deberán considerar si sería conveniente presentar simultáneamente la solicitud ante las autoridades pertinentes. Corresponderá al solicitante dar los pasos que considere apropiados para proteger su posición en lo tocante a posibles procedimientos por parte de dichas autoridades.
39. En cuanto a los casos en que se aplican los artículos 81 y 82 del Tratado, cuando una autoridad nacional de competencia tramite un asunto instruido como consecuencia de una solicitud de clemencia, deberá informar a la Comisión y poner la información a disposición de los otros miembros

de la Red, de conformidad con el apartado 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo (véase el punto 16 y ss.). La Comisión ha asumido una obligación análoga de información a las autoridades nacionales de competencia en virtud del apartado 2 del artículo 11 del Reglamento del Consejo. En estos casos, sin embargo, la información presentada a la Red de conformidad con dicho artículo no será utilizada por otros miembros de la Red como base para abrir una investigación, ni con arreglo a las normas de competencia del Tratado ni, por lo que respecta a las autoridades nacionales de competencia, a sus legislaciones nacionales de competencia u otras leyes⁽¹⁶⁾. Esto se entiende sin perjuicio de la potestad de la autoridad para iniciar una investigación sobre la base de la información recibida de otras fuentes o, de acuerdo con lo previsto en los puntos 40 y 41, para solicitar, recibir y utilizar información, con arreglo al artículo 12 del Reglamento del Consejo, procedente de cualquier miembro de la Red, incluidos los miembros a los que se haya remitido la solicitud de clemencia.

40. Salvo en los supuestos previstos en el punto 41, la información facilitada de forma voluntaria por un solicitante de clemencia sólo se transmitirá a otro miembro de la Red, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento del Consejo, con el consentimiento del solicitante. Del mismo modo, la demás información que haya sido obtenida durante una inspección o por medio de cualquier otra medida de investigación de los hechos, o como consecuencia de tal inspección o medida, y que, en cualquier caso, no habría podido llevarse a cabo salvo como resultado de la solicitud de clemencia, sólo será transmitida a otra autoridad con arreglo al artículo 12 del Reglamento del Consejo si el solicitante ha dado su consentimiento a la transmisión a dicha autoridad de la información que haya facilitado de forma voluntaria en su solicitud de clemencia. Los miembros de la Red animarán a los solicitantes de clemencia a dar dicho consentimiento, en particular, en lo que respecta a la divulgación a autoridades ante las cuales el solicitante podría obtener clemencia. Una vez que el solicitante de clemencia haya dado su consentimiento a la transmisión de información a otra autoridad, dicho consentimiento será irrevocable. No obstante, lo dispuesto en el presente punto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de cada solicitante de transmitir las solicitudes de clemencia a cualesquiera autoridades que considere oportuno.
41. Sin perjuicio de lo anterior, el consentimiento del solicitante a la transmisión de información a otra autoridad con arreglo al artículo 12 del Reglamento del Consejo no será necesario cuando se dé una de las siguientes circunstancias:
1. No se requerirá el consentimiento cuando la autoridad receptora también haya recibido del mismo solicitante una solicitud de clemencia relacionada con la misma infracción que la autoridad remitente, siempre y cuando, en la fecha de transmisión de la información, el solicitante no pueda retirar la información que haya facilitado a dicha autoridad receptora.

2. No se requerirá el consentimiento cuando la autoridad receptora se haya comprometido por escrito a que ni la información que le haya sido transmitida ni cualquier otra información que pueda obtener con posterioridad a la fecha y hora de la transmisión —regirán la fecha y hora registradas por la autoridad remitente— será utilizada por ella misma ni por ninguna otra autoridad a la que transmita la información para imponer sanciones:

- a) al solicitante de clemencia;
- b) a cualquier otra persona física o jurídica cubierta por el trato favorable ofrecido por la autoridad remitente como resultado de la solicitud presentada por el solicitante en el marco de su programa de clemencia;
- c) a cualquier empleado o antiguo empleado de cualquiera de las personas a las que se refieren las letras a) o b).

Se facilitará al solicitante una copia del compromiso escrito de la autoridad receptora.

3. En el caso de información recabada por un miembro de la Red con arreglo al apartado 1 del artículo 22 del Reglamento del Consejo en nombre y por cuenta del miembro de la Red al que se haya presentado la solicitud de clemencia, no se exigirá el consentimiento para transmitir esa información al miembro de la Red al que se haya presentado la solicitud, el cual podrá hacer uso de la misma.
42. La información relativa a los procedimientos incoados como consecuencia de una solicitud de clemencia que haya sido transmitida a la Comisión en virtud del párrafo 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo ⁽¹⁷⁾ sólo será puesta a disposición de las autoridades nacionales de competencia que se hayan comprometido a respetar los principios expuestos en los párrafos precedentes (ver punto 72). Ese mismo principio rige para los procedimientos incoados por la propia Comisión como consecuencia de una solicitud de clemencia presentada ante la Comisión. Esto no menoscaba el derecho que asiste a todas las autoridades a recibir información conforme al artículo 12 del Reglamento del Consejo, siempre y cuando se respete lo dispuesto en los puntos 40 y 41.

3. APLICACIÓN COHERENTE DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA ⁽¹⁸⁾

3.1. Mecanismo de cooperación (apartados 4 y 5 del artículo 11 del Reglamento del Consejo)

43. El objetivo del Reglamento del Consejo es que los artículos 81 y 82 del Tratado se apliquen de forma coherente en toda la Comunidad. A tal efecto, las autoridades nacionales de competencia respetarán la norma de convergencia establecida en el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento del Consejo. Con arreglo al apartado 2 del artículo 16, cuando

decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Dentro de la Red de autoridades de competencia, la Comisión tendrá, en tanto que guardiana de los Tratados, la responsabilidad última, pero no exclusiva, para desarrollar la política y salvaguardar la coherencia en la aplicación de la legislación comunitaria de competencia.

44. Con arreglo al apartado 4 del artículo 11 del Reglamento del Consejo, a más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión de aplicación de los artículos 81 u 82 del Tratado por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades nacionales de competencia informarán a la Comisión. A tal efecto le proporcionarán, a más tardar 30 días antes de la adopción de la decisión, una exposición resumida del asunto, de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta.
45. Tal como está previsto en el apartado 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo, existe la obligación de informar a la Comisión, pero la autoridad nacional de competencia que informe a la Comisión podrá compartir la información con los otros miembros de la Red.
46. Cuando una autoridad nacional de competencia haya informado a la Comisión conforme al apartado 4 del artículo 11 del Reglamento del Consejo y el plazo de 30 días haya expirado, la decisión podrá ser adoptada siempre que la Comisión no haya incoado un procedimiento. La Comisión podrá hacer observaciones escritas con respecto al asunto antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de competencia. La autoridad nacional de competencia y la Comisión harán los esfuerzos necesarios para garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria (véase el punto 3).
47. Si la presencia de circunstancias especiales requiriese la adopción de una decisión nacional en menos de 30 días tras la transmisión de la información con arreglo al apartado 4 del artículo 11 del Reglamento del Consejo, la autoridad interesada podrá pedir a la Comisión que se pronuncie más rápidamente. La Comisión se esforzará por hacerlo a la mayor brevedad posible.
48. Otros tipos de decisiones, como las de desestimación de denuncias, las de archivo de procedimiento de oficio o las relativas a medidas cautelares, también pueden ser importantes desde el punto de vista de la política de la competencia, y los miembros de la Red podrían estar interesados en informarse mutuamente sobre ellas y, en su caso, discutir las. Por lo tanto, las autoridades podrán, sobre la base del apartado 5 del artículo 11 del Reglamento del Consejo, informar a la Comisión, y en consecuencia a la Red, de cualquier otro caso en que se aplique la legislación comunitaria de competencia.

49. Los miembros de la Red deberán informarse mutuamente sobre el archivo de los procedimientos que se hayan notificado a la Red de conformidad con a los apartados 2 y 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo (19).

3.2. Incoación del procedimiento por parte de la Comisión de conformidad con el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo

50. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión, a la que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado confía la tarea de velar por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82 del Tratado, es responsable de definir y ejecutar las orientaciones de la política comunitaria de competencia (20), y a tal fin puede adoptar en cualquier momento decisiones individuales en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado.

51. El apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo estipula que la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del Reglamento del Consejo privará a las autoridades de competencia de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Esto significa que una vez que la Comisión ha incoado un procedimiento, las autoridades no podrán actuar basándose en el mismo fundamento jurídico contra el mismo acuerdo o práctica de la misma empresa en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia.

52. La incoación de un procedimiento por la Comisión es un acto formal (21) por el cual la Comisión indica su intención de adoptar una decisión conforme al capítulo III del Reglamento del Consejo y puede ocurrir en cualquier fase de la investigación del asunto. El simple hecho de que la Comisión haya recibido una denuncia no es en sí mismo suficiente para despojar a las autoridades nacionales de su competencia.

53. Pueden plantearse dos situaciones. La primera, que la Comisión sea la primera autoridad de competencia que incoa el procedimiento en un asunto con miras a la adopción de una decisión conforme al Reglamento del Consejo, con lo que las autoridades nacionales de competencia ya no podrán ocuparse del mismo. El apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo establece que una vez que la Comisión ha incoado un procedimiento, las autoridades ya no pueden incoar su propio procedimiento con objeto de aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado al mismo acuerdo o práctica por la misma empresa y para el mismo mercado geográfico y de producto de referencia.

54. La segunda situación surge cuando una o más autoridades nacionales de competencia han informado a la Red, de

conformidad con el apartado 3 del artículo 11 del Reglamento del Consejo, de que están actuando en un determinado asunto. Durante el período inicial de asignación (plazo orientativo de dos meses, véase el punto 18), la Comisión puede incoar el procedimiento con los efectos del apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo tras consultar a las autoridades interesadas. Después de la fase de asignación, la Comisión solamente aplicará en principio el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo si se da una de las siguientes situaciones:

- a) los miembros de la Red prevén adoptar decisiones contradictorias en el mismo asunto;
- b) los miembros de la Red prevén adoptar una decisión que entra obviamente en conflicto con la jurisprudencia consolidada; en este supuesto, las normas establecidas en las sentencias de los tribunales comunitarios y las decisiones y reglamentos previos de la Comisión deberían servir como guía; con respecto a la apreciación de los hechos (por ejemplo, la definición del mercado), solamente una divergencia significativa justificaría una intervención de la Comisión;
- c) los miembros de la Red alargan indebidamente el procedimiento en el asunto;
- d) es necesario adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia, en especial cuando se plantea un problema de competencia similar en varios Estados miembros o para asegurar la aplicación efectiva;
- e) la autoridad interesada no se opone.

55. Si una autoridad ya está instruyendo un asunto, la Comisión le explicará por escrito, así como a los otros miembros de la Red, las razones de la aplicación del apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo (22).

56. La Comisión anunciará a la Red su intención de aplicar el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo con antelación suficiente para que los miembros de la Red tengan la posibilidad de solicitar una reunión del Comité Consultivo antes de que la Comisión incoe el procedimiento.

57. En principio, siempre que el interés comunitario no esté en juego, la Comisión no adoptará una decisión que entre en conflicto con la decisión de una autoridad si se ha facilitado una información correcta con arreglo a los apartados 3 y 4 del artículo 11 del Reglamento del Consejo y si la Comisión no ha hecho uso del apartado 6 del artículo 11 de dicho Reglamento.

4. COMETIDO Y FUNCIONAMIENTO DEL COMITÉ CONSULTIVO EN EL NUEVO SISTEMA

58. El Comité Consultivo es el foro donde los expertos de las diversas autoridades de competencia debaten asuntos concretos y problemas generales de la legislación comunitaria de competencia ⁽²³⁾.

4.1. Alcance de la consulta

4.1.1. Decisiones de la Comisión

59. El Comité Consultivo será consultado antes de que la Comisión adopte cualquier decisión de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10 y 23, el apartado 2 del artículo 24 o el apartado 1 del artículo 29 del Reglamento del Consejo. La Comisión tendrá en cuenta en la medida de lo posible el dictamen del Comité Consultivo y lo informará de la forma en que se haya tenido en cuenta su dictamen.

60. En lo que respecta a la adopción de medidas cautelares, el Comité Consultivo será consultado con arreglo a un procedimiento más rápido y flexible, sobre la base de una breve nota explicativa y el dispositivo de la decisión.

4.1.2. Decisiones de las autoridades nacionales de competencia

61. Redunda en interés de la Red que los asuntos importantes tramitados por las autoridades de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado puedan ser discutidos en el Comité Consultivo. El Reglamento del Consejo permite a la Comisión incluir un asunto que esté siendo instruido por una autoridad en el orden del día del Comité Consultivo. El debate puede ser solicitado por la Comisión o por cualquier Estado miembro. En cualquiera de los dos casos, la Comisión incluirá el asunto en el orden del día después de informar a la autoridad nacional de competencia interesada. Este debate en el Comité Consultivo no desembocará en un dictamen formal.

62. En asuntos importantes, el Comité Consultivo también podrá servir de foro de debate sobre el reparto de asuntos. En especial, cuando la Comisión se proponga aplicar el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo tras el período inicial de reparto, el asunto correspondiente podrá ser discutido en el Comité Consultivo antes de que la Comisión inicie el procedimiento. El Comité Consultivo también podrá pronunciarse informalmente sobre el asunto.

4.1.3. Medidas de ejecución, reglamentos de exención por categorías, directrices y otras comunicaciones (artículo 33 del Reglamento del Consejo)

63. El Comité Consultivo será consultado sobre los proyectos de reglamento de la Comisión, tal como lo prevén los reglamentos pertinentes del Consejo.

64. Además de reglamentos, la Comisión también puede adoptar comunicaciones y directrices. Estas herramientas, más flexibles, son muy útiles para explicar y dar a conocer la política de la Comisión, así como para exponer su interpretación de las normas de competencia. El Comité Con-

sultivo también será consultado sobre estas comunicaciones y directrices.

4.2. Procedimiento

4.2.1. Procedimiento normal

65. Para la consulta sobre proyectos de decisión de la Comisión, la reunión del Comité Consultivo tendrá lugar, como mínimo, 14 días después del envío de la invitación a dicha reunión por parte de la Comisión. La Comisión adjuntará a la invitación un resumen del asunto y una lista de los documentos más importantes, es decir, los necesarios para evaluar el asunto, así como un proyecto de decisión. El Comité Consultivo emitirá un dictamen sobre el proyecto de decisión de la Comisión. A solicitud de uno o varios miembros, el dictamen será motivado.

66. El Reglamento del Consejo permite a los Estados miembros acordar un plazo más breve entre el envío de la invitación y la reunión.

4.2.2. Procedimiento escrito

67. El Reglamento del Consejo ofrece la posibilidad de establecer un procedimiento de consulta escrito. Si ningún Estado miembro se opone, la Comisión podrá consultar a los Estados miembros mediante el envío de documentos y la fijación de un plazo para la presentación de observaciones al proyecto. Este plazo no será normalmente inferior a 14 días, excepto cuando se trate de decisiones sobre medidas cautelares en aplicación del artículo 8 del Reglamento del Consejo. Cuando un Estado miembro solicite la celebración de una reunión, la Comisión organizará dicha reunión.

4.3. Publicación del dictamen del Comité Consultivo

68. El Comité Consultivo podrá recomendar la publicación de su dictamen, en cuyo caso la Comisión llevará a cabo dicha publicación al mismo tiempo que la decisión, tomando en consideración el interés legítimo de las empresas en la protección de sus secretos comerciales.

5. OBSERVACIONES FINALES

69. La presente Comunicación no afecta a la interpretación del Tratado y de las normas aplicables por parte del Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia.

70. La presente Comunicación será revisada periódicamente, de forma conjunta, por las autoridades nacionales de competencia y la Comisión. Sobre la base de la experiencia adquirida se revisará, a más tardar, al término del tercer año siguiente a su adopción.

71. La presente Comunicación sustituye la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado, publicada en 1997 ⁽²⁴⁾.

6. DECLARACIÓN POR PARTE DE OTROS MIEMBROS DE LA RED

72. Los principios expuestos en esta Comunicación serán respetados también por las autoridades de competencia de los Estados miembros firmantes de la declaración que figura

como Anexo a la presente Comunicación. En dicha declaración reconocen los principios de la presente Comunicación —incluidos los relativos a la protección de las personas que soliciten acogerse a un programa de clemencia⁽²⁵⁾— y se comprometen a respetarlos. En el sitio Internet de la Comisión Europea figura una lista de estas autoridades, que se mantendrá actualizada.

⁽¹⁾ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁽²⁾ En la presente Comunicación, el término «autoridades de competencia» hace referencia colectivamente a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de competencia.

⁽³⁾ Véase TJCE, asunto 68/88 — Comisión/Grecia, Rec. 1989, p. 2965 (apartados 23 a 25).

⁽⁴⁾ Véase el punto 8 de la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, disponible en el registro del Consejo, en <http://register.consilium.eu.int> (documento nº 15435/02 ADD 1).

⁽⁵⁾ En la presente Comunicación, el término «procedimiento» se refiere a las investigaciones y/o procedimientos formales encaminados a la adopción de una decisión con arreglo al Reglamento del Consejo llevados a cabo, según proceda, por una autoridad nacional de competencia o por la Comisión.

⁽⁶⁾ Véase el considerando 18 del Reglamento del Consejo.

⁽⁷⁾ Respecto de los asuntos incoados a raíz de una solicitud de clemencia, véase el punto 37 y ss.

⁽⁸⁾ No obstante, la intención de poner toda información intercambiada con arreglo al artículo 11 del Reglamento a disposición de todos los miembros de Red, y de que sea de fácil acceso para ellos, está formulada en la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, citada en la nota a pie de página 4.

⁽⁹⁾ Véase la Comunicación de la Comisión sobre las denuncias.

⁽¹⁰⁾ Véase TJCE, asunto 85/87 — Dow Benelux, Rec. 1989, p. 3137 (apartados. 17-20).

⁽¹¹⁾ Véanse TJCE, asunto 374/87 — Orkem, Rec. 1989, p. 3283, y TPICE, asunto T-112/98 — Mannesmannröhren-Werke AG, Rec. 2001, p. II-729.

⁽¹²⁾ Reglamento (CE) nº 773/2004 de la Comisión, DO L 123 de 27.4.2004.

⁽¹³⁾ DO C 45 de 19.2.2002, p. 3, punto 3.

⁽¹⁴⁾ En la presente Comunicación, el término «programa de clemencia» se refiere a todos los programas (incluido el programa de la Comisión) que ofrecen inmunidad completa o una reducción significativa en las penas que de otro modo se habrían impuesto a un participante en un cartel, a cambio de que se facilite información sobre el cartel, con arreglo a criterios específicos, antes o durante la investigación del caso. El término no cubre las reducciones de pena concedidas por otras razones. La Comisión publicará en su sitio internet una lista de las autoridades que aplican un programa de clemencia.

⁽¹⁵⁾ Véanse los puntos 8 a 15.

⁽¹⁶⁾ Igualmente, la información facilitada con objeto de obtener asistencia de la autoridad receptora con arreglo a los artículos 20 o 21 del Reglamento (CE) nº 1/2003 o de llevar a cabo una investigación o adoptar otra medida de investigación de los hechos con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento sólo podrá utilizarse a efectos de la aplicación de tales artículos.

⁽¹⁷⁾ Véase el punto 17.

⁽¹⁸⁾ El artículo 15 del Reglamento del Consejo faculta a las autoridades nacionales de competencia y a la Comisión para presentar observaciones escritas y, con la venia del tribunal, observaciones verbales en los procedimientos judiciales relativos a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. Se trata de una herramienta muy importante para garantizar la aplicación coherente de las normas comunitarias. En el ejercicio de esta facultad, las autoridades nacionales de competencia y la Comisión cooperarán estrechamente.

⁽¹⁹⁾ Véase el punto 24 de la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, citada en la nota a pie de página 5.

⁽²⁰⁾ Véase TJCE, asunto C-344/98 — Masterfoods Ltd, Rec. 2000, p. I-11369.

⁽²¹⁾ El TJCE definió ese concepto en el asunto 48/72 — SA Brasserie de Haecht, Rec. 1973, p. 77, al afirmar que la incoación de un procedimiento en el sentido del artículo 9 del Reglamento nº 17 implica un acto de la Comisión que evidencia su intención de tomar una decisión.

⁽²²⁾ Véase el punto 22 de la Declaración común citada en la nota a pie de página 5.

⁽²³⁾ De conformidad con el apartado 2 del artículo 14 del Reglamento del Consejo, cuando se discutan problemas horizontales tales como reglamentos de exención por categorías y directrices, los Estados miembros podrá designar a un representante versado en materia de competencia y que no necesariamente deberá pertenecer a la autoridad de competencia.

⁽²⁴⁾ DO C 313 de 15.10.1997, p. 3.

⁽²⁵⁾ Véase el punto 37 y ss.

ANEXO

DECLARACIÓN RELATIVA A LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA COOPERACIÓN EN LA RED DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

A fin de cooperar estrechamente con vistas a la protección de la competencia en la Unión Europea en el interés de los consumidores, la autoridad de competencia abajo firmante:

1. reconoce los principios establecidos en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia; y
2. declara que respetará estos principios —incluidos los relativos a la protección de las personas que soliciten acogerse a un programa de clemencia— en todos los asuntos en que intervenga o pueda intervenir y a los que sean aplicables dichos principios.

.....
(lugar)

.....
(fecha)

Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE

(2004/C 101/04)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA COMUNICACIÓN

1. La presente Comunicación se refiere a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE cuando estos últimos aplican los artículos 81 y 82 CE. A efectos de la presente Comunicación, se entenderá por «órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE» (denominados en lo sucesivo «órganos jurisdiccionales nacionales») aquellos juzgados y tribunales de un Estado miembro de la UE que pueden aplicar los artículos 81 y 82 CE y están autorizados a presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de conformidad con el artículo 234 CE ⁽¹⁾.
2. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden verse llamados a aplicar los artículos 81 u 82 CE en litigios entre particulares tales como acciones referentes a contratos o por daños y perjuicios. También pueden actuar como órgano de aplicación o como instancia de revisión. Efectivamente, un órgano jurisdiccional nacional puede ser designado como autoridad de competencia de un Estado miembro (denominada en lo sucesivo «la autoridad nacional de competencia») de conformidad con el apartado 1 del artículo 35 del Reglamento (CE) n° 1/2003 (denominado en lo sucesivo el «Reglamento») ⁽²⁾. En ese caso, la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión no se rige sólo por la presente Comunicación, sino también por la Comunicación sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia ⁽³⁾.

II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

A. COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES PARA APLICAR LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA

3. En la medida en que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan jurisdicción para resolver un asunto ⁽⁴⁾, son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 CE ⁽⁵⁾. Por otra parte, hay que recordar que los artículos 81 y 82 CE presentan un carácter de orden público y son esenciales para el desempeño de las tareas encomendadas a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado común ⁽⁶⁾. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, cuando, con arreglo al Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales deben aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma interna de naturaleza imperativa, que no han sido invocados por las partes, esta obligación se impone igualmente cuando se trata de normas comunitarias imperativas tales como las normas comunitarias de la competencia. Lo mismo sucede si el Derecho nacional faculta al Juez para aplicar de oficio la norma jurídica imperativa: corresponde a los órganos ju-

risdccionales nacionales aplicar las normas comunitarias de competencia incluso cuando la parte interesada en su aplicación no los ha invocado, en el supuesto de que su Derecho nacional le permita dicha aplicación. En cambio, el Derecho comunitario no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales obligación alguna de aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a renunciar a la pasividad que les incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte interesada en la aplicación de dichas disposiciones ⁽⁷⁾.

4. Dependiendo de las funciones que tengan atribuidas con arreglo al derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que aplicar los artículos 81 y 82 CE en procedimientos administrativos, civiles o penales ⁽⁸⁾. Concretamente, cuando una persona física o jurídica solicita al órgano jurisdiccional nacional que ampare sus derechos individuales, los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido específico en la aplicación de los artículos 81 y 82 CE que es diferente de la aplicación en aras del interés público por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia ⁽⁹⁾. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden dar efecto a los artículos 81 y 82 declarando la nulidad de un contrato o concediendo indemnizaciones por daños y perjuicios.
5. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar los artículos 81 y 82 CE sin que sea necesario aplicar de forma concurrente el derecho nacional de competencia. sin embargo, cuando un tribunal nacional aplica el derecho nacional de competencia a acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 81 CE ⁽¹⁰⁾ o a cualquier práctica abusiva prohibida por el artículo 82 CE, tendrán también que aplicar las normas comunitarias de competencia a dichos acuerdos, decisiones o prácticas ⁽¹¹⁾.
6. El Reglamento no sólo autoriza a los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar el Derecho comunitario de competencia. La aplicación concurrente del Derecho nacional de competencia a acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que afecten al comercio entre Estados miembros no puede dar lugar a un resultado diferente del que se obtendría si se aplicara el Derecho comunitario de competencia. El apartado 2 del artículo 3 del Reglamento establece que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que no infrinjan el apartado 1 del

- artículo 81 CE o que cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 CE no pueden prohibirse conforme al Derecho nacional de competencia ⁽¹²⁾. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha manifestado que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que infrinjan el apartado 1 del artículo 81 y no cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 CE no pueden autorizarse conforme al Derecho nacional ⁽¹³⁾. En cuanto a la aplicación concurrente del Derecho nacional de competencia y del artículo 82 CE a una conducta unilateral, el artículo 3 del Reglamento no establece una obligación similar de convergencia. Sin embargo, en caso de disposiciones contradictorias, el principio general de primacía del Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales no apliquen las disposiciones de la legislación nacional que contravengan una norma comunitaria, tanto si han sido aprobadas antes como después que dicha norma comunitaria ⁽¹⁴⁾.
7. Aparte de aplicar los artículos 81 y 82 CE, los órganos jurisdiccionales nacionales también son competentes para implementar los actos adoptados por las instituciones de la UE de conformidad con el Tratado CE o de conformidad con las medidas adoptadas para dar efecto al Tratado, en la medida en que estos actos surtan efecto directo. Así pues, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que ejecutar decisiones ⁽¹⁵⁾ o reglamentos de la Comisión por los que se aplique el apartado 3 del artículo 81 CE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas. Al implementar estas normas comunitarias de competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales actúan en el marco del Derecho comunitario y por lo tanto deben atenerse forzosamente a los principios generales del Derecho comunitario ⁽¹⁶⁾.
8. La aplicación de los artículos 81 y 82 CE por los órganos jurisdiccionales nacionales depende a menudo de complejas evaluaciones económicas y jurídicas ⁽¹⁷⁾. Al aplicar las normas comunitarias de competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales están vinculados por la jurisprudencia de los tribunales comunitarios y por los reglamentos de la Comisión por los que se aplica el apartado 3 del artículo 81 CE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas ⁽¹⁸⁾. Además, la aplicación de los artículos 81 y 82 CE por la Comisión en un asunto concreto vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales cuando aplican las normas comunitarias de competencia en el mismo caso ya sea simultánea o posteriormente a la Comisión ⁽¹⁹⁾. Finalmente, y sin perjuicio de la interpretación última del Tratado CE por el Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden orientarse basándose en los reglamentos y decisiones de la Comisión que presenten características análogas a las del asunto que deben resolver, así como en las comunicaciones y directrices de la Comisión relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 CE ⁽²⁰⁾ y en el informe anual sobre la política de competencia ⁽²¹⁾.
- B. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES
9. El Derecho nacional contempla en gran medida las condiciones procedimentales para la aplicación de las normas comunitarias de competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales y las sanciones que pueden imponer en caso de infracción de dichas normas. Sin embargo, en cierta medida el Derecho comunitario también determina las condiciones en que han de aplicarse las normas comunitarias de competencia. Estas disposiciones del Derecho comunitario pueden facultar a los órganos jurisdiccionales nacionales hacer uso de ciertos medios, como por ejemplo solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia ⁽²²⁾, o pueden crear reglas vinculantes que repercutan en el curso de los procedimientos pendientes ante dichos órganos jurisdiccionales, por ejemplo permitiendo que la Comisión y las autoridades nacionales de competencia presenten observaciones escritas ⁽²³⁾. Estas disposiciones del Derecho comunitario prevalecen sobre las normas nacionales. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen que prescindir de las normas nacionales antinómicas con respecto a las disposiciones de Derecho comunitario o acogerse a las posibilidades que les ofrece el Derecho comunitario. Cuando dichas disposiciones de Derecho comunitario son directamente aplicables, constituyen una fuente directa de derechos y obligaciones para aquéllos a los que atañe, y deben ser aplicadas íntegra y uniformemente en todos los Estados miembros desde la fecha de su entrada en vigor ⁽²⁴⁾.
10. A falta de disposiciones de Derecho comunitario sobre los procedimientos y sanciones relativos a la aplicación de las normas comunitarias de competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales, éstos aplicarán la ley procesal nacional y, en la medida en que sean competentes para ello, impondrán las sanciones previstas en el derecho nacional. Sin embargo, la aplicación de estas disposiciones nacionales debe ser compatible con los principios generales del Derecho comunitario. A este respecto, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual:
- a) en caso de infracción del Derecho comunitario, el derecho nacional debe establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas ⁽²⁵⁾;
- b) en caso de que la infracción del Derecho comunitario cause un perjuicio a un particular, éste debe poder, en ciertas condiciones, solicitar al órgano jurisdiccional nacional la reparación del perjuicio ⁽²⁶⁾;

c) las normas sobre los procedimientos y sanciones que los órganos jurisdiccionales nacionales aplican para hacer cumplir el Derecho comunitario

— no deben hacer tal cumplimiento imposible en la práctica o excesivamente difícil (principio de eficacia) ⁽²⁷⁾ y

— no deben ser menos favorables que las que rigen el cumplimiento del derecho nacional equivalente (principio de equivalencia) ⁽²⁸⁾.

La primacía del Derecho comunitario determina que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden aplicar normas nacionales que sean incompatibles con estos principios.

C. APLICACIÓN CONCURRENTE O POSTERIOR DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA POR LA COMISIÓN Y POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

11. Un órgano jurisdiccional nacional puede aplicar el Derecho comunitario de competencia a un acuerdo, decisión, práctica concertada o conducta unilateral que afecte al comercio entre los Estados miembros de forma concurrente o posterior a la Comisión ⁽²⁹⁾. En los puntos siguientes se exponen algunas de las obligaciones que tienen que respetar los órganos jurisdiccionales nacionales en esas circunstancias.

12. Cuando el órgano jurisdiccional nacional llegue a una decisión antes que la Comisión, debe evitar la adopción de una decisión que no guarde coherencia con la decisión contemplada por la Comisión ⁽³⁰⁾. A este efecto, el órgano jurisdiccional nacional puede preguntar a la Comisión si ha iniciado un procedimiento relacionado con los mismos acuerdos, decisiones o prácticas ⁽³¹⁾ y, de ser así, en qué estado se encuentra el procedimiento y si resulta probable que se adopte una su decisión en dicho asunto ⁽³²⁾. El órgano jurisdiccional nacional puede también, por razones de seguridad jurídica, considerar la posibilidad de suspender su procedimiento hasta que la Comisión haya llegado a una decisión ⁽³³⁾. La Comisión, por su parte, se esforzará por dar prioridad a los asuntos respecto de los cuales haya decidido incoar un procedimiento en el sentido del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de la Comisión (CE) n° 773/2004 y que constituyan el objeto de un procedimiento nacional suspendido por este motivo, especialmente cuando la resolución de un litigio civil dependa de dicho procedimiento. No obstante, cuando el órgano jurisdiccional nacional no pueda albergar dudas razonables sobre la decisión que podrá adoptar la Comisión o cuando ésta haya adoptado ya una decisión en un asunto similar, el órgano jurisdiccional nacional podrá resolver el asunto pendiente de acuerdo con la decisión que podrá adoptar o haya adoptado la Comisión sin necesidad de pedir a ésta la información antes mencionada o de aguardar la decisión de la Comisión.

13. Cuando la Comisión llegue a una decisión en un asunto concreto antes que el órgano jurisdiccional nacional, este último no podrá tomar una decisión contraria a la de la Comisión. Evidentemente, el efecto obligatorio de la decisión de la Comisión no afecta a la interpretación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia. Por lo tanto, si el órgano jurisdiccional nacional pone en duda la legalidad de la decisión de la Comisión, no puede evitar los efectos obligatorios de esa decisión sin un fallo en sentido contrario del Tribunal de Justicia ⁽³⁴⁾. Así pues, si un órgano jurisdiccional nacional quiere tomar una decisión que vaya contra la de la Comisión, debe presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (artículo 234 CE). Este último se pronunciará entonces sobre la compatibilidad de la decisión de la Comisión con el Derecho comunitario. Sin embargo, si se impugna la decisión de la Comisión ante los tribunales comunitarios de conformidad con el artículo 230 CE y el resultado del litigio ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la decisión de la Comisión, el órgano jurisdiccional nacional deberá suspender su procedimiento hasta que los tribunales comunitarios dicten resolución definitiva en el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias que hagan al caso, está justificado plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión de la Comisión ⁽³⁵⁾.

14. Cuando un órgano jurisdiccional nacional suspenda su procedimiento, por ejemplo a la espera de una decisión de la Comisión (situación descrita en el punto 12 de la presente Comunicación) o hasta que los tribunales comunitarios dicten sentencia que ponga fin al procedimiento en un recurso de anulación o en un procedimiento prejudicial (situación descrita en el punto 13), deberá examinar si es necesario adoptar medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes ⁽³⁶⁾.

III. COOPERACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

15. Aparte del mecanismo de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia previsto en el artículo 234 CE, el Tratado CE no contempla explícitamente la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión. Sin embargo, en su interpretación del artículo 10 CE, que obliga a los Estados miembros a facilitar el cumplimiento de las tareas de la Comunidad, los tribunales comunitarios han manifestado que esta disposición del Tratado impone a las instituciones europeas y a los Estados miembros deberes recíprocos de cooperación leal con objeto de alcanzar los objetivos del Tratado CE. Así pues, el artículo 10 CE implica que la Comisión debe ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales cuando éstos apliquen el Derecho comunitario ⁽³⁷⁾. Del mismo modo, es posible que los órganos jurisdiccionales nacionales se vean obligados a ayudar a la Comisión en el cumplimiento de sus tareas ⁽³⁸⁾.

16. También conviene recordar la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades nacionales, en especial las autoridades nacionales de competencia, para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE. Mientras que la cooperación entre estas autoridades nacionales se rige fundamentalmente por normas nacionales, el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento establece la posibilidad de que las autoridades nacionales de competencia presenten observaciones a los órganos jurisdiccionales de sus Estados miembros. Los puntos 31 y 33 a 35 de la presente Comunicación se aplican *mutatis mutandis* a esas observaciones.

A. LA COMISIÓN COMO AMICUS CURIAE

17. Para ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de aplicar las normas comunitarias de competencia, la Comisión debe prestar asistencia a los órganos jurisdiccionales nacionales cuando éstos consideren que tal ayuda es necesaria para poder resolver un asunto. El artículo 15 del Reglamento menciona los tipos más frecuentes de tal ayuda: la transmisión de información (puntos 21 a 6) y los dictámenes de la Comisión (puntos 27 a 30), ambos a instancias de un órgano jurisdiccional nacional, y la posibilidad de que la Comisión presente observaciones (puntos 31 a 35). Puesto que el Reglamento prevé estos tipos de ayuda, ésta no puede verse limitada por la normativa de ningún Estado miembro. Sin embargo, a falta de normas procedimentales comunitarias a este efecto y en la medida en que sean necesarias para facilitar estas formas de ayuda, los Estados miembros deberán adoptar las normas procesales pertinentes que hagan posible que tanto los órganos jurisdiccionales nacionales como la Comisión se beneficien plenamente de las posibilidades que ofrece el Reglamento ⁽³⁹⁾.

18. El órgano jurisdiccional nacional puede enviar su solicitud de asistencia por escrito a:

Comisión Europea
Dirección General de Competencia
B-1049 Bruselas
Bélgica

o electrónicamente a amicus@cec.eu.int

19. Cabe recordar que, independientemente de la forma que adopte la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión respetará la independencia de éstos. Por consiguiente, la asistencia ofrecida por la Comisión no es vinculante para el órgano jurisdiccional nacional. La Comisión también tiene que velar por el respeto de su deber de secreto profesional y por la salvaguarda de su propio funcionamiento e independencia ⁽⁴⁰⁾. En el cumplimiento de su deber de prestar ayuda a los órganos juris-

diccionales nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de competencia conforme al artículo 10 CE, la ayuda de la Comisión debe ser neutral y objetiva. Efectivamente, la asistencia de la Comisión a los órganos jurisdiccionales nacionales es parte de su deber de defensa del interés público. Por consiguiente, no pretende servir a los intereses privados de los litigantes ante el órgano jurisdiccional nacional. En consecuencia, la Comisión no oír a ninguna de las partes en lo que se refiere a su ayuda a un órgano jurisdiccional nacional. En caso de que alguna de las citadas partes haya establecido contacto con la Comisión por lo que se refiere a cuestiones planteadas ante el órgano jurisdiccional nacional, la Comisión lo comunicará a este último, independientemente de que el contacto se haya producido antes o después de la solicitud de cooperación por parte del citado órgano.

20. La Comisión publicará en su informe anual sobre la política de competencia un resumen sobre su cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo a la presente Comunicación. También puede publicar sus dictámenes y observaciones en su sitio Internet.

1. Deber de la Comisión de transmitir a los órganos jurisdiccionales nacionales la información que obra en su poder

21. El deber de la Comisión de prestar ayuda a los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del Derecho comunitario de competencia se refleja principalmente en la obligación de la Comisión de transmitir a los órganos jurisdiccionales nacionales la información que obra en su poder. Un órgano jurisdiccional nacional puede, por ejemplo, solicitar a la Comisión documentos que obren en su poder o información de carácter procedimental que le permita saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión, si ésta ha iniciado oficialmente un procedimiento o si ya ha adoptado una posición. Asimismo, un órgano jurisdiccional nacional puede preguntar a la Comisión sobre la fecha probable de adopción de una decisión, para poder determinar si se cumplen las condiciones para decidir la suspensión de un procedimiento o si es necesario adoptar medidas cautelares ⁽⁴¹⁾.

22. Para garantizar la eficacia de la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión se esforzará por facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información solicitada en el plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Cuando la Comisión tenga que pedir al órgano jurisdiccional nacional aclaraciones referentes a su solicitud o cuando tenga que consultar a las partes afectadas directamente por la transmisión de la información, dicho plazo comenzará a contar a partir del momento en que reciba la información solicitada.

23. Al transmitir la información a los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión tiene que respetar las garantías dadas a las personas físicas y jurídicas por el artículo 287 CE ⁽⁴²⁾. El artículo 287 CE impide que los miembros, funcionarios y otros agentes de la Comisión revelen información amparada por la obligación de secreto profesional. La información amparada por el secreto profesional puede ser tanto información confidencial como secretos comerciales. Los secretos comerciales son informaciones que no sólo no pueden divulgarse al público, sino que incluso su mera comunicación a un sujeto distinto del que las ha suministrado puede perjudicar gravemente a los intereses de este último ⁽⁴³⁾.
24. La lectura combinada de los artículos 10 y 287 CE no genera una prohibición absoluta de que la Comisión transmita la información amparada por la obligación de secreto profesional a los órganos jurisdiccionales nacionales. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma que el deber de cooperación leal obliga a la Comisión a facilitar al órgano jurisdiccional nacional cualquier información que éste le solicite, incluso la amparada por el secreto profesional. Sin embargo, al prestar ayuda a los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión no puede en ningún caso menoscabar las garantías fijadas en el artículo 287 CE.
25. Por lo tanto, antes de transmitir la información amparada por el secreto profesional a un órgano jurisdiccional nacional, la Comisión recordará al citado órgano que está obligado por el Derecho comunitario a observar los derechos que el artículo 287 CE confiere a las personas físicas y jurídicas y le preguntará si puede garantizar y garantizará la protección de la información y de los secretos comerciales confidenciales. Si el órgano jurisdiccional nacional no puede ofrecer dicha garantía, la Comisión no le transmitirá la información amparada por el secreto profesional ⁽⁴⁴⁾. Hasta que el órgano jurisdiccional nacional no le haya dado la garantía de que protegerá la información y los secretos comerciales confidenciales, la Comisión no le transmitirá la información solicitada, indicando las partes que están amparadas por el secreto profesional y las que por no estarlo pueden divulgarse.
26. Sin embargo, existen excepciones a la divulgación de información por la Comisión a los órganos jurisdiccionales nacionales. En particular, la Comisión puede denegar la transmisión de información a los órganos jurisdiccionales nacionales por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o de evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, en especial cuando obstaculice la realización de las tareas encomendadas a la Comisión ⁽⁴⁵⁾. Por consiguiente, la Comisión no transmitirá a los órganos jurisdiccionales nacionales información proporcionada voluntariamente por un solicitante de clemencia sin su consentimiento.
- ## 2. Solicitud de un dictamen sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia
27. Cuando deba aplicar las normas comunitarias de competencia en un litigio, el órgano jurisdiccional nacional puede orientarse inicialmente con ayuda de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o de los reglamentos, decisiones, comunicaciones y directrices de la Comisión que aplican los artículos 81 y 82 CE ⁽⁴⁶⁾. Cuando estos instrumentos no ofrezcan la suficiente orientación, el órgano jurisdiccional nacional puede solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. El órgano jurisdiccional nacional puede solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones económicas, jurídicas y de hecho ⁽⁴⁷⁾. Por supuesto esto no afectará a la posibilidad o a la obligación del órgano jurisdiccional nacional de presentar al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la interpretación o validez del Derecho comunitario de conformidad con el artículo 234 CE.
28. A fin de estar en condiciones de proporcionar un dictamen útil, la Comisión podrá solicitar más información al órgano jurisdiccional nacional ⁽⁴⁸⁾. Para asegurar la eficacia de la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión se esforzará por facilitar el dictamen al órgano jurisdiccional nacional en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Cuando la Comisión haya solicitado más información al órgano jurisdiccional nacional para poder pronunciarse, dicho plazo comenzará a contar a partir del momento en que reciba la información adicional.
29. Al pronunciarse, la Comisión se limitará a facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información sobre los hechos o la aclaración económica o jurídica solicitada, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional. Por otra parte, a diferencia de la interpretación judicial del Derecho comunitario realizada por el Tribunal de Justicia, el dictamen de la Comisión no es jurídicamente vinculante para el órgano jurisdiccional nacional.
30. Conforme a lo indicado en el punto 19 de la presente Comunicación, la Comisión no oír a las partes antes de pronunciarse a solicitud del órgano jurisdiccional nacional. Este último tendrá que tratar la opinión de la Comisión de conformidad con las normas procesales nacionales pertinentes, que deberán respetar los principios generales del Derecho comunitario.

3. Presentación de observaciones al órgano jurisdiccional nacional por parte de la Comisión

31. Según el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento, las autoridades nacionales de competencia y la Comisión pueden presentar observaciones sobre aspectos relativos a la aplicación de los artículos 81 u 82 CE a un órgano jurisdiccional nacional que deba aplicar dichas disposiciones. El Reglamento distingue entre las observaciones escritas, que las autoridades nacionales de competencia y la Comisión pueden presentar por propia iniciativa, y las observaciones verbales, que sólo pueden presentarse con la venia del órgano jurisdiccional nacional ⁽⁴⁹⁾.

32. El Reglamento especifica que la Comisión solamente presentará observaciones cuando lo requiera la aplicación coherente de los artículos 81 u 82 CE. Al ser éste el objetivo de dicha presentación, la Comisión limitará sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional.

33. A fin de permitir a la Comisión que presente observaciones útiles, se puede pedir a los órganos jurisdiccionales nacionales que transmitan o velen por la transmisión a la Comisión de una copia de todos los documentos necesarios para la evaluación del asunto. Conforme al segundo párrafo del apartado 3 del artículo 15 del Reglamento, la Comisión solamente utilizará estos documentos a efectos de la preparación de sus observaciones ⁽⁵⁰⁾.

34. Dado que el Reglamento no establece un procedimiento para la presentación de las observaciones, el procedimiento aplicable se determinará con arreglo a las normas y prácticas procesales de los Estados miembros. Cuando un Estado miembro todavía no haya establecido el marco procesal pertinente, el órgano jurisdiccional nacional deberá determinar qué normas procesales son apropiadas para la presentación de observaciones en el litigio pendiente ante él.

35. El procedimiento debería respetar los principios mencionados en el punto 10 de la presente Comunicación. Esto implica, entre otras cosas, que el procedimiento para la presentación de observaciones referentes a problemas relativos a la aplicación de los artículos 81 u 82 CE

a) tiene que ser compatible con los principios generales del Derecho comunitario, en especial con los derechos fundamentales de las partes implicadas en el asunto;

b) no debe hacer que la presentación de dichas observaciones sea imposible en la práctica o excesivamente difícil (principio de eficacia) ⁽⁵¹⁾ y

c) no puede hacer que la presentación de las observaciones sea más difícil que la presentación de observaciones en un procedimiento judicial en el que se aplique el derecho nacional equivalente (principio de equivalencia).

B. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES FACILITAN EL COMETIDO DE LA COMISIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA

36. Dado que el deber de cooperación leal también implica que las autoridades de los Estados miembros asistan a las instituciones europeas con objeto de alcanzar los objetivos del Tratado CE ⁽⁵²⁾, el Reglamento establece tres ejemplos de tal ayuda: 1) transmisión de documentos necesarios para la evaluación de un asunto en el que la Comisión quisiera presentar observaciones (véase el punto 33), 2) transmisión de sentencias que aplican los artículos 81 u 82 CE y 3) función de los órganos jurisdiccionales nacionales en el contexto de una inspección de la Comisión.

1. Transmisión de sentencias de órganos jurisdiccionales nacionales que aplican los artículos 81 u 82 CE

37. Según el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento, los Estados miembros remitirán a la Comisión una copia del texto de las sentencias de los órganos jurisdiccionales que se pronuncien sobre la aplicación de los artículos 81 u 82 CE. Dicha copia se remitirá sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia. La transmisión de dicho tipo de sentencias nacionales y la correspondiente información sobre los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales fundamentalmente permite que la Comisión tenga el oportuno conocimiento de los litigios en los cuales podría ser conveniente presentar observaciones si una de las partes recurriese la sentencia.

2. Función de los órganos jurisdiccionales nacionales en el contexto de una inspección de la Comisión

38. Por último, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden intervenir en el contexto de las inspecciones que la Comisión realice en empresas y asociaciones de empresas. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales depende de que las inspecciones se realicen o no en los locales de la empresa.

39. Por lo que se refiere a la inspección en los locales de la empresa, la legislación nacional podrá exigir un mandamiento judicial que permita que la autoridad nacional competente preste asistencia a la Comisión en caso de oposición de la empresa inspeccionada. Este mandamiento también podrá solicitarse como medida preventiva. Al pronunciarse respecto a la solicitud, el órgano jurisdiccional nacional está facultado para controlar que la decisión de inspección de la Comisión es auténtica y que las medidas cautelares previstas no son arbitrarias ni desproporcionadas habida cuenta del objeto de la inspección. Al controlar la proporcionalidad de las medidas cautelares, el juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas referentes, en particular, a los motivos de la Comisión para sospechar que se han infringido los artículos 81 y 82 CE así como a la gravedad de la presunta infracción y a la naturaleza de la participación de la empresa de que se trate ⁽⁵³⁾.
40. Por lo que se refiere a la inspección de locales ajenos a la empresa, el Reglamento requiere la obtención de un mandamiento judicial de un órgano jurisdiccional nacional antes de poder ejecutar una decisión de la Comisión que ordene tal inspección. En dicho caso, el órgano jurisdiccional nacional puede controlar si la decisión de inspección de la Comisión es auténtica y si las medidas cautelares previstas no son arbitrarias ni desproporcionadas, habida cuenta, en particular, de la gravedad de la presunta infracción, de la importancia de las pruebas buscadas, de la participación en la infracción de la empresa en cuestión y de la probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto de la inspección se conserven en los

locales para los que se solicita el mandamiento judicial. El órgano jurisdiccional nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad nacional de competencia, explicaciones detalladas sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de las medidas cautelares contempladas ⁽⁵⁴⁾.

41. En los dos supuestos planteados en los puntos 39 y 40, el órgano jurisdiccional nacional no puede poner en cuestión la legitimidad de la decisión de la Comisión ni la necesidad de la inspección, ni tampoco exigir que se facilite información que figure en el expediente de la Comisión ⁽⁵⁵⁾. Además, el deber de cooperación leal exige que el órgano jurisdiccional nacional adopte su decisión en un plazo apropiado que permita a la Comisión efectuar eficazmente su inspección ⁽⁵⁶⁾.

IV. DISPOSICIONES FINALES

42. La presente Comunicación se publica con objeto de ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales en su aplicación de los artículos 81 y 82 CE. No es vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales, ni afecta a los derechos y a obligaciones de los Estados miembros de la UE y de las personas físicas o jurídicas conforme al Derecho comunitario.
43. La presente Comunicación sustituye a la Comunicación de 1993 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE ⁽⁵⁷⁾.

⁽¹⁾ Para los criterios que determinan las entidades que pueden considerarse órganos jurisdiccionales o tribunales en el sentido del artículo 234 CE, véase asunto C-518/99, Schmid, [2002] Rec. I-4573, 34: «El Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia».

⁽²⁾ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

⁽³⁾ Comunicación sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia (DO C 101 de 27.4.2004, p. 43). A efectos de esta Comunicación, una «autoridad nacional de competencia» es la autoridad designada por un Estado miembro de conformidad con el apartado 1 del artículo 35 del Reglamento.

⁽⁴⁾ La jurisdicción de un órgano jurisdiccional nacional depende de las correspondientes normas nacionales, europeas e internacionales. En este contexto, cabe recordar que el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001, p. 1) se aplica a todos los asuntos de competencia de naturaleza civil o mercantil.

⁽⁵⁾ Véase el artículo 6 del Reglamento.

⁽⁶⁾ Véanse los artículos 2 y 3 CE, asunto C-126/97 Eco Swiss [1999] Rec. I-3055, 36; asunto T-34/92 Fiatagri UK y New Holland Ford [1994] Rec. II-905, 39 y asunto T-128/98 Aeropuertos de París [2000] Rec. II-3929, 241.

⁽⁷⁾ Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, van Schijndel, [1995] Rec. I-4705, 13 a 15 y 22.

⁽⁸⁾ Con arreglo a la última frase del considerando 8 del Reglamento (CE) n° 1/2003, éste no se aplicará a las legislaciones nacionales que prevean la imposición de sanciones penales para las personas físicas, más que en la medida en que dichas sanciones sean el medio para ejecutar las normas de competencia aplicables a las empresas.

- (9) Asunto T-24/90, Automec, [1992] Rec. II-2223, 85.
- (10) Para mayores precisiones sobre el concepto de efecto sobre el comercio, véase la concentración a este respecto (DO C 101 de 27.4.2004, p. 81).
- (11) Apartado 1 del artículo 3 del Reglamento.
- (12) Véase también la Comunicación sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 CE (DO C 101 de 27.4.2004, p. 2).
- (13) Asunto 14/68, Walt Wilhelm, [1969] Rec. 1 y asuntos acumulados 253/78 y 1 a 3/79, Giry y Guerlain, [1980] Rec. 2327, 15 a 17.
- (14) Asunto 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen, [1963], p. 49.
- (15) Por ejemplo, un órgano jurisdiccional nacional puede verse llamado a ejecutar una decisión de la Comisión tomada en aplicación de los artículos 7 a 10 y 23 y 24 del Reglamento.
- (16) Véase, por ejemplo, asunto 5/88, Wachauf, [1989] Rec 2609, 19.
- (17) Asuntos C-215/96 y C-216/96, Bagnasco, [1999] Rec. I-135, 50.
- (18) Asunto 63/75, Fonderies Roubaix, [1976] Rec. 111, 9 a 11; y asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 46.
- (19) Para más información sobre la aplicación concurrente o posterior de las reglas de competencia comunitarias por los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión véanse los puntos 11 a 14.
- (20) Asunto 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, [1989] Rec. 803; 27 y asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 50. Se adjunta a la presente Comunicación una lista de directrices, comunicaciones y reglamentos de la Comisión aplicables en el ámbito de la política de competencia, en especial los reglamentos que aplican el apartado 3 del artículo 81 CE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas. Las decisiones de la Comisión que aplican los artículos 81 y 82 CE (desde 1964), se encuentran en <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>.
- (21) TJCE, 12 de diciembre de 1995, Dijkstra, C-319/93, C-40/94 y C-224/94, [1995] Rec. I-4471, 32.
- (22) Sobre la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales soliciten a la Comisión que se pronuncie, véanse los puntos 27 a 29.
- (23) Sobre la presentación de observaciones, véanse los puntos 31 a 35.
- (24) Asunto 106/77 Simmenthal, [1978] Rec. 629, 14 y 15.
- (25) Asunto 68/88, Comisión/Grecia, [1989] Rec. 2965, 23 a 25.
- (26) Sobre la reparación del perjuicio en caso de infracción por una empresa, véase asunto C-453/99, Courage y Crehan, [2001] Rec. 6297, 26 y 27. Sobre la reparación del perjuicio en caso de infracción por un Estado miembro o por una autoridad que emana del Estado y sobre las condiciones de tal responsabilidad del Estado, véanse, por ejemplo, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Francovich, [1991] Rec. I-5357, 33 a 36; asunto C-271/91, Marshall/Southampton y South West Hampshire Area Health Authority, [1993] Rec. I-4367, 30 y 34 a 35; asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur y Factortame, [1996] Rec. I-1029; asunto C-392/93, British Telecommunications, [1996] Rec. I-1631, 39 a 46; y asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a 190/94, Dillenkofer, [1996] Rec. I-4845, 22 a 26 y 72.
- (27) Véanse, por ejemplo, 33/76, Rewe, [1976] Rec. 1989, 5; 45/76, Comet, [1976] Rec. 2043, 12; y 79/83, Harz, [1984] Rec. 1921, 18 y 23.
- (28) Véanse, por ejemplo, 33/76, Rewe, [1976] Rec. 1989, 5; 158/80, Rewe, [1981] Rec. 1805, 44; 199/82, San Giorgio, [1983] Rec. 3595, 12; y C-231/96, Edis, [1998] Rec. I-4951, 36 y 37.
- (29) El apartado 6 del artículo 11, en conjunción con los apartados 3 y 4 del artículo 35 del Reglamento, impide la aplicación concurrente de los artículos 81 u 82 CE por la Comisión y por un órgano jurisdiccional nacional que haya sido designado autoridad nacional de competencia.
- (30) Apartado 1 del artículo 16 del Reglamento.
- (31) La Comisión hace pública la incoación de sus procedimientos dirigidos a adoptar una decisión de conformidad con los artículos 7 a 10 del Reglamento (véase el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento de la Comisión (CE) n° 773/2004 de fecha relativo a los procedimientos con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DO L 123 de 27.4.2004). Según el Tribunal de Justicia, la incoación de un procedimiento implica un acto de autoridad de la Comisión, que manifiesta su voluntad de adoptar una decisión (asunto 48/72, Brasserie de Haecht, [1973] Rec. 77, 16).
- (32) Asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 53; y asuntos acumulados C-319/93, C-40/94 y C-224/94, Dijkstra, [1995] Rec. I-4471, 34. Sobre este problema concreto véase el punto 21 de la presente Comunicación.
- (33) Véase el apartado 1 del artículo 16 del Reglamento y el asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 47; y el asunto C-344/98, Masterfoods, [2000] Rec. I-11369, 51.

- (³⁴) Asunto 314/85, Foto-Frost, [1987] Rec. 4199, 12 a 20.
- (³⁵) Véase el apartado 1 del artículo 16 del Reglamento y el asunto C-344/98, Masterfoods, [2000] Rec. I-11369, 52 a 59.
- (³⁶) Asunto C-344/98, Masterfoods, [2000] Rec. I-11369, 58.
- (³⁷) Asunto C-2/88, Imm Zwartveld, [1990] Rec. I-3365, 16 a 22; y asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 53.
- (³⁸) Asunto C-94/00, Roquette Frères [2002] Rec. 9011, 31.
- (³⁹) Sobre la compatibilidad de tales normas procesales nacionales con los principios generales del Derecho comunitario, véanse los puntos 9 y 10 de la presente Comunicación.
- (⁴⁰) Por lo que respecta a estas obligaciones, véanse por ejemplo los puntos 23 a 26 de la presente Comunicación.
- (⁴¹) Asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 53; y asuntos acumulados C-319/93, C-40/94 y C-224/94, Dijkstra, [1995] Rec. I-4471, 34.
- (⁴²) Asunto C-234/89, Delimitis, [1991] I-935, 53.
- (⁴³) Asunto T-353/94, Postbank, [1996] Rec. II-921, 86 y 87 y asunto 145/83, Adams, [1985] Rec. 3539, 34.
- (⁴⁴) Asunto C-2/88, Zwartveld, [1990] Rec. I-4405, 10 y 11 y asunto T-353/94, Postbank, [1996] Rec. II-921, 93.
- (⁴⁵) Asunto C-2/88, Zwartveld, [1990] Rec. I-4405, 10 y 11; asunto C-275/2000, First y Franex, [2002], p. 49; y asunto T-353/94, Postbank, [1996] Rec. II-921, 93.
- (⁴⁶) Véase el punto 8 de la presente Comunicación.
- (⁴⁷) Asunto C-234/89, Delimitis, [1991] Rec. I-935, 53; y asuntos acumulados C-319/93, C-40/94 y C-224/94, Dijkstra, [1995] Rec. I-4471, 34.
- (⁴⁸) Compárese con los asuntos 96/81, Comisión/Países Bajos [1982] Rec. 1791, 7 y 272/86, Comisión/Grecia, [1988] Rec. 4875, 30.
- (⁴⁹) Con arreglo al apartado 4 del artículo 15 del Reglamento, esto no afecta a los poderes más amplios que el Derecho de su Estado miembro pueda haber conferido a las autoridades de competencia de los Estados miembros para formular observaciones ante órganos jurisdiccionales.
- (⁵⁰) Véase también apartado 2 del artículo 28 del Reglamento, que prohíbe a la Comisión divulgar la información obtenida que esté amparada por el secreto profesional.
- (⁵¹) Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Hoechst, [1989] Rec. 2859, 33. Véase, asimismo, el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento.
- (⁵²) Asunto C-69/90, Comisión/Italia, [1991] Rec. 6011, 15.
- (⁵³) Apartados 6 a 8 del artículo 20 del Reglamento y asunto C-94/00, Roquette Frères, [2002] Rec. 9011.
- (⁵⁴) Apartado 3 del artículo 21 del Reglamento.
- (⁵⁵) Asunto C-94/00, Roquette Frères, [2002] Rec. 9011, 39 y 62 a 66.
- (⁵⁶) Véase también, *ibidem*, 91 y 92.
- (⁵⁷) DO C 39 de 13.2.93, p. 6.
-

ANEXO

REGLAMENTOS DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS, COMUNICACIONES Y DIRECTRICES DE LA COMISIÓN

Esta lista también está disponible y actualizada en el sitio Internet de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea:

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/>

A. Normas específicas no sectoriales**1. Comunicaciones de carácter general**

- Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5)
- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) (DO C 368 de 22.12.2001, p. 13)
- Comunicación de la Comisión relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 81).
- Directrices relativas a la aplicación del apartado 1 del artículo 83 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 2).

2. Acuerdos verticales

- Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21)
- Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291 de 13.10.2000, p. 1)

3. Acuerdos de cooperación horizontales

- Reglamento (CE) nº 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 304 de 5.12.2000, p. 3)
- Reglamento (CE) nº 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 304 de 5.12.2000, p. 7)
- Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001)

4. Acuerdos de licencia de transferencia de tecnología

- Reglamento (CE) nº 773/2004 de 27 de abril de 2004 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 123 de 27 de abril de 2004)
- Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología (DO C 101 de 27.4.2004, p. 2)

B. Normas específicas sectoriales**1. Seguros**

- Reglamento (CE) nº 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (DO L 53 de 28.2.2003, p. 8)

2. Vehículos de motor

- Reglamento (CE) nº 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DO L 203 de 1.8.2002, p. 30)

3. Telecomunicaciones y servicios postales

- Directrices sobre la aplicación de las normas de competencia de la CEE al sector de las telecomunicaciones (DO C 233 de 6.9.1991, p. 2)
- Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales (DO C 39 de 6.2.1998, p. 2)
- Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones — Marco jurídico, mercados de referencia y principios (DO C 265 de 22.8.1998, p. 2)
- Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO C 165 de 11.7.2002, p. 6)

4. Transporte

- Reglamento (CEE) n° 1617/93 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos (DO L 155 de 26.6.1993, p. 18)
 - Aclaración de las Recomendaciones de la Comisión relativas a la aplicación de las normas de competencia a los proyectos de nuevas infraestructuras de transporte (DO C 298 de 30.9.1997, p. 5)
 - Reglamento (CE) n° 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (DO L 100 de 20.4.2000, p. 24).
-

Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE

(2004/C 101/05)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE LA COMUNICACIÓN

1. El Reglamento 1/2003 ⁽¹⁾ establece un sistema de competencias concurrentes para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado por parte de la Comisión y de las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En concreto, el Reglamento reconoce la complementariedad de las funciones de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros, en tanto que autoridades garantes del interés público, y de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que resuelven litigios entre particulares para salvaguardar los derechos de los particulares que se derivan de los artículos 81 y 82 ⁽²⁾.
2. Con arreglo al Reglamento 1/2003, las autoridades de competencia pueden centrar su atención en la investigación de las infracciones graves de los artículos 81 y 82, que a menudo son difíciles de detectar. Al ejercer su actividad de control de la aplicación de la normativa, pueden recurrir a la información facilitada por las empresas y los consumidores del mercado.
3. Por tanto, la Comisión desea animar a los ciudadanos y empresas a que se dirijan a las autoridades de competencia para informarlas de las infracciones de la normativa de competencia de las que tengan sospecha. En caso de dirigirse a la Comisión, hay dos formas de hacerlo, la primera presentando una denuncia con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003. De acuerdo con los artículos 5 a 9 del Reglamento (CE) n° 773/2004 ⁽³⁾, tales denuncias han de cumplir determinados requisitos.
4. La segunda vía consiste en facilitar información sobre el mercado, fórmula que no ha de ajustarse a los requisitos de las denuncias con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003. A tal fin, la Comisión ha creado una página web específica para recabar información de los ciudadanos, empresas y sus asociaciones que deseen informar a la Comisión sobre presuntas infracciones de los artículos 81 y 82. Esta información puede servir de punto de partida para una investigación de la Comisión ⁽⁴⁾. Puede facilitarse información sobre presuntas infracciones en la siguiente dirección:

<http://europa.eu.int/dgcomp/info-on-anti-competitive-practices>

o dirigiéndose a:

Comisión Europea
DG Competencia
B-1049 Bruselas
5. Sin perjuicio de la interpretación del Reglamento 1/2003 y del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión por parte de los tribunales comunitarios, la presente Comunicación tiene por finalidad ofrecer asesoramiento a los ciudadanos y empresas que traten de hallar remedio a las infracciones de las normas de competencia de las que tengan sospecha. Se compone de dos partes principales:
 - la Parte II contiene indicaciones para decidir si es más conveniente presentar una denuncia a la Comisión o ejercitar una acción ante un órgano jurisdiccional nacional. Además, recuerda los principios relativos al reparto de tareas de supervisión entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia dentro del sistema establecido por el Reglamento 1/2003 que se explican en la Comunicación sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia ⁽⁵⁾,
 - la Parte III explica el procedimiento de tramitación de las denuncias con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003 por parte de la Comisión.
6. La presente Comunicación no aborda las siguientes situaciones:
 - las denuncias presentadas por los Estados miembros en aplicación del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003,
 - las denuncias en las que se solicite a la Comisión que actúe contra un Estado miembro sobre la base del apartado 3 del artículo 86 del Tratado en conjunción con los artículos 81 u 82 del Tratado,
 - las denuncias referidas al artículo 87 del Tratado, relativo a las ayudas estatales,
 - las denuncias de infracciones de los Estados miembros que la Comisión pueda perseguir en el marco del artículo 226 del Tratado ⁽⁶⁾.

II. LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE PRESENTAR DENUNCIAS SOBRE PRESUNTAS INFRACCIONES DE LOS ARTÍCULOS 81 U 82

A. DENUNCIAS EN EL MARCO DEL NUEVO SISTEMA DE CONTROL DE LA APLICACIÓN ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO 1/2003

7. Dependiendo de la naturaleza de la denuncia, el denunciante puede presentarla ante un órgano jurisdiccional nacional o ante una autoridad de competencia que se guía por el interés público. El presente capítulo se propone ofrecer a los denunciantes potenciales la información necesaria a la hora de decidir si se dirigen a la Comisión, a las autoridades de competencia de un Estado miembro o a un órgano jurisdiccional nacional.

8. Mientras que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar los derechos de los particulares y, por tanto, resolver los asuntos que se les someten, las autoridades de competencia no pueden investigar todas las denuncias, sino que deben establecer prioridades en la tramitación de asuntos. El Tribunal de Justicia ha declarado que la Comisión, a la que apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE atribuye la función de velar por el cumplimiento de los principios enunciados en los artículos 81 y 82 del Tratado, es responsable de definir y aplicar las orientaciones de la política de competencia de la Comunidad y, con objeto de desarrollar esta labor de forma eficaz, está facultada para atribuir diferentes grados de prioridad a las denuncias que recibe ⁽⁷⁾.
9. El Reglamento 1/2003 faculta a los órganos jurisdiccionales y autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar íntegramente, junto con la Comisión, los artículos 81 y 82. Uno de los objetivos principales del Reglamento 1/2003 consiste en que los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia de los Estados miembros participen de forma efectiva en la aplicación de los artículos 81 y 82 ⁽⁸⁾.
10. Asimismo, el artículo 3 del Reglamento 1/2003 establece que los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia de los Estados miembros deben aplicar los artículos 81 y 82 a todos los acuerdos o prácticas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros a los que apliquen sus normativas de competencia nacionales. Además, los artículos 11 y 15 del Reglamento crean una serie de mecanismos a través de los cuales los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia de los Estados miembros cooperan con la Comisión en la aplicación de los artículos 81 y 82.
11. En este nuevo marco legislativo, la Comisión tiene previsto centrar sus recursos en este ámbito en torno a las siguientes líneas generales:
- aplicar las normas de competencia comunitarias en los casos en los cuales esté bien situada para ello ⁽⁹⁾, concentrando sus recursos en las infracciones más graves ⁽¹⁰⁾;
 - tramitar los asuntos en los que convenga que la Comisión actúe con vistas a definir la política comunitaria de competencia o a garantizar la aplicación coherente de los artículos 81 u 82.
- B. COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA ACCIÓN DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y LA ACTIVIDAD CONTENCIOSA**
12. Los tribunales comunitarios han sostenido de forma sistemática que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen por misión salvaguardar los derechos de los particulares derivados del efecto directo del apartado 1 del artículo 81 y del artículo 82 ⁽¹¹⁾.
13. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden pronunciarse sobre la nulidad o validez de contratos y sólo los órganos jurisdiccionales nacionales pueden conceder indemnizaciones por daños y perjuicios a un particular en caso de infracción de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, todo particular puede solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que restrinja o falsee la competencia, con objeto de garantizar la plena efectividad de las normas de competencia comunitarias. Tales acciones de reclamación de daños y perjuicios pueden contribuir de forma significativa al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad al disuadir a las empresas de que suscriban o apliquen acuerdos o prácticas restrictivos ⁽¹²⁾.
14. El Reglamento 1/2003 tiene expresamente en cuenta que a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde una función esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia ⁽¹³⁾. Al hacer extensiva la facultad de aplicar el apartado 3 del artículo 81 a los órganos jurisdiccionales nacionales, el Reglamento elimina la posibilidad de que las empresas demoren los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales mediante una notificación a la Comisión, de tal modo que desaparece un obstáculo a los litigios entre particulares que existía en el marco del Reglamento nº 17 ⁽¹⁴⁾.
15. Sin perjuicio del derecho o la obligación que incumbe a los órganos jurisdiccionales de someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 234 del Tratado CE, el apartado 1 del artículo 15 del Reglamento 1/2003 establece expresamente que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar dictámenes o información a la Comisión. Esta disposición tiene por objetivo facilitar la aplicación de los artículos 81 y 82 por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales ⁽¹⁵⁾.
16. El recurso a los órganos jurisdiccionales nacionales presenta las siguientes ventajas para los denunciantes:
- Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden conceder indemnizaciones por daños y perjuicios causados como resultado de una infracción de los artículos 81 u 82.
 - Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden conocer de reclamaciones de pago o de obligaciones contractuales derivadas de un acuerdo que examinen con arreglo al artículo 81.
 - Compete a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar la sanción civil de la nulidad del apartado 2 del artículo 81 en las relaciones contractuales entre particulares ⁽¹⁶⁾. En particular, pueden evaluar, a la luz de la legislación nacional aplicable, el alcance y las consecuencias de la nulidad de determinadas cláusulas contractuales con arreglo al apartado 2 del artículo 81, teniendo en cuenta todas las demás cuestiones reguladas por el acuerdo ⁽¹⁷⁾.
 - En principio, los órganos jurisdiccionales nacionales están mejor situados que la Comisión para adoptar medidas cautelares ⁽¹⁸⁾.

- Ante los órganos jurisdiccionales nacionales se puede combinar una reclamación fundada en la normativa comunitaria de competencia con otra basada en la legislación nacional.
 - Normalmente, los órganos jurisdiccionales pueden ordenar el reembolso de las costas procesales al denunciante que gane el proceso, lo que resulta imposible en un procedimiento administrativo incoado ante la Comisión.
17. El hecho de que un denunciante pueda asegurar la protección de sus derechos mediante una acción ante un juez nacional constituye un elemento importante que la Comisión podría tener en cuenta en su apreciación del interés comunitario de investigar una denuncia ⁽¹⁹⁾.
18. La Comisión sostiene que el nuevo sistema de aplicación establecido por el Reglamento 1/2003 refuerza las posibilidades de que los denunciantes reclamen y obtengan reparación efectiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

C. REPARTO DE TAREAS ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD EUROPEA

19. El Reglamento 1/2003 crea un sistema de competencias concurrentes para la aplicación de los artículos 81 y 82 al facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar plenamente tales artículos (artículo 5). También fomenta la aplicación descentralizada por parte de las autoridades de competencia de los Estados miembros, pues establece la posibilidad de intercambiar información (artículo 12) y de prestarse asistencia recíproca en las investigaciones (artículo 22).
20. El Reglamento no regula el reparto de tareas entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, pero somete la actual distribución de los asuntos a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros en el seno de la Red Europea de Competencia (REC). El Reglamento persigue el objetivo de garantizar la aplicación efectiva de los artículos 81 y 82 mediante una distribución de asuntos flexible entre las diversas autoridades competentes de la Comunidad.
21. En una Comunicación separada se han establecido orientaciones sobre el reparto de asuntos entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros ⁽²⁰⁾. El asesoramiento que ofrece dicha Comunicación, que se refiere a las relaciones entre las diversas autoridades de competencia, revestirá interés para los denunciantes al permitirles presentar su denuncia a la autoridad probablemente mejor situada para tramitar su asunto.

22. En particular, la Comunicación sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia establece lo siguiente ⁽²¹⁾:

«Se puede considerar que una autoridad está bien situada para tramitar un asunto si se cumplen todas y cada una de estas tres condiciones:

- que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo;
- que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente;
- que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción.

Estos criterios indican que debe existir un vínculo material entre la infracción y el territorio de un Estado miembro para que se considere bien situada a la autoridad de competencia de dicho Estado. Puede esperarse que en la mayoría de los casos las autoridades de los Estados miembros donde la competencia se ve afectada apreciablemente por una infracción estarán bien situadas siempre que puedan poner fin efectivamente a la infracción a través de acciones individuales o concurrentes, a menos que la Comisión esté mejor situada (véanse los puntos [. . .]).

De ello se deduce que generalmente una única autoridad puede estar en buena situación para tramitar los acuerdos o prácticas que afectan de forma apreciable a la competencia principalmente en su territorio [. . .].

Además, la acción de una única autoridad nacional de competencia podría también ser apropiada cuando, aunque más de una autoridad pueda estar bien situada, la acción de una sola sea suficiente para poner fin a la totalidad de la infracción [. . .].

Una acción concurrente de dos o tres autoridades puede ser apropiada cuando un acuerdo o práctica tenga efectos sustanciales sobre la competencia principalmente en sus territorios respectivos y la acción de una sola autoridad no sea suficiente para poner fin a la infracción o sancionarla adecuadamente [. . .].

Las autoridades que tramiten un asunto de forma concurrente tratarán de coordinar su actuación en la medida de lo posible. A tal fin, pueden estimar oportuno designar a una de ellas como coordinadora para delegarle tareas como, por ejemplo, la coordinación de las investigaciones, si bien cada autoridad será responsable del desarrollo de su propio procedimiento.

La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales) [...].

Por otra parte, la Comisión está particularmente bien situada para tramitar un asunto si éste está estrechamente ligado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia, así como en los casos en que el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión para, a raíz de la aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva.»

23. Dentro de la Red Europea de Competencia, la información relativa a asuntos que estén siendo objeto de investigación a raíz de una denuncia se pondrá a disposición de todos los miembros de la Red antes o inmediatamente después de adoptarse la primera medida formal de investigación⁽²²⁾. Cuando una misma denuncia haya sido presentada ante varias autoridades o cuando un asunto no haya sido sometido a una autoridad que esté bien situada, los miembros de la Red se esforzarán por determinar, dentro de un plazo indicativo de dos meses, qué autoridad o autoridades deberían instruir el asunto.
24. A los propios denunciantes les corresponde una importante función en la labor de reducir aún más la necesidad potencial de que los asuntos originados por sus denuncias sean asignados a una autoridad distinta de la inicial, y para ello pueden remitirse a las orientaciones sobre el reparto de tareas en la Red establecidas en el presente capítulo a la hora de decidir dónde presentar su denuncia. Si, a pesar de todo, un asunto pasa a una autoridad distinta dentro de la Red, las empresas afectadas y el denunciante o los denunciantes serán informados lo antes posible por las autoridades de competencia correspondientes⁽²³⁾.
25. La Comisión podrá desestimar una denuncia de conformidad con el artículo 13 del Reglamento 1/2003 alegando que la autoridad de competencia de un Estado miembro está instruyendo o ha instruido el asunto. Cuando lo haga, la Comisión deberá indicar sin demora al denunciante, con arreglo al artículo 9 del Reglamento (CE) n° 773/2004, la

autoridad nacional de competencia que esté tramitando o haya tramitado el asunto.

III. LA TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS POR PARTE DE LA COMISIÓN CON ARREGLO AL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 7 DEL REGLAMENTO (CE) N° 1/2003

A. ASPECTOS GENERALES

26. Con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003, toda persona física o jurídica que acredite un interés legítimo⁽²⁴⁾ podrá presentar una denuncia solicitando a la Comisión que constate la existencia de una infracción de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y exija que se ponga fin a tal infracción con arreglo al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento 1/2003. A continuación se explica cuáles son los requisitos de las denuncias basadas en el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003, así como su evaluación y el procedimiento seguido por la Comisión.
27. La Comisión, a diferencia de los tribunales civiles, cuya tarea consiste en salvaguardar los derechos individuales de los particulares, es una autoridad administrativa que ha de actuar en función del interés público. Uno de los rasgos inherentes a la función de la Comisión en tanto que autoridad de competencia es que dispone de la facultad discrecional de establecer prioridades en su actividad de control de la aplicación de la normativa⁽²⁵⁾.
28. La Comisión está facultada para atribuir distintos grados de prioridad a las denuncias que se le presentan y puede referirse como criterio de prioridad al interés comunitario que presenta un caso⁽²⁶⁾. Puede desestimar una denuncia si considera que el asunto no presenta un interés comunitario suficiente que justifique que se prosiga la investigación. Cuando la Comisión desestima una denuncia, el denunciante tiene derecho a que la Comisión adopte una decisión⁽²⁷⁾ sin perjuicio del apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004.

B. PRESENTACIÓN DE UNA DENUNCIA CON ARREGLO AL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 7 DEL REGLAMENTO (CE) N° 1/2003

a) Formulario de denuncia

29. Sólo podrá presentarse una denuncia con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003 sobre una supuesta infracción de los artículos 81 u 82 con miras a que la Comisión adopte una decisión conforme al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003. Las denuncias de conformidad con el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 deberán cumplir lo dispuesto en el formulario C mencionado en el apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 773/2004 y adjunto a dicho Reglamento.

30. El formulario C está disponible en <http://europa.eu.int/dgcomp/complaints-form> y también se adjunta a la presente Comunicación. Las denuncias deberán enviarse en papel (3 copias) y, en la medida de lo posible, en copia electrónica. Además, los denunciantes deberán facilitar una versión no confidencial de la denuncia (apartado 2 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 773/2004). La transmisión electrónica a la Comisión podrá realizarse desde la página web indicada, y las copias en papel deberán enviarse a la siguiente dirección:
- Comisión Europea
DG Competencia
B-1049 Bruselas
31. El formulario C exige que los denunciantes remitan información exhaustiva relativa a su denuncia. Asimismo, deberán facilitar copias de la documentación complementaria pertinente que esté razonablemente a su disposición y, en la medida de lo posible, proporcionar indicaciones de dónde podría la Comisión obtener la información y los documentos pertinentes que no estén a su alcance. En casos particulares, la Comisión podrá dispensar a los denunciantes de la obligación de proporcionar parte de la información requerida por el formulario C (apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 773/2004). La Comisión considera que esta posibilidad puede facilitar, en particular, las denuncias por parte de asociaciones de consumidores en aquellos casos en que, tratándose de una denuncia por lo demás fundada, dichas asociaciones no tengan acceso a determinada información referente a las empresas denunciadas.
32. Toda la correspondencia dirigida a la Comisión que no cumpla los requisitos del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 773/2004 y, por consiguiente, no constituya una denuncia en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003, será considerada información general que, en caso de ser útil, podría servir de punto de partida para una investigación a iniciativa propia de la Comisión (véase el punto 4).
- b) Interés legítimo**
33. La condición formal de denunciante con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 se reserva a las personas físicas y jurídicas que puedan acreditar un interés legítimo⁽²⁸⁾. Se considera que los Estados miembros tienen un interés legítimo en todas las denuncias que decidan interponer.
34. A lo largo de los años de práctica de la Comisión, no ha sido frecuente que la condición de interés legítimo suscitara dudas, pues, en su mayoría, los denunciantes estaban en una situación en la que se veían directa y adversamente afectados por la presunta infracción. Sin embargo, hay situaciones en las cuales la condición del «interés legítimo» contenida en el apartado 2 del artículo 7 requiere un análisis más detallado para concluir que se cumple. A este respecto, la mejor orientación consiste en exponer una serie no exhaustiva de ejemplos.
35. El Tribunal de Primera Instancia ha sostenido que una asociación de empresas puede invocar un interés legítimo para presentar una denuncia sobre una práctica que afecte a sus miembros aunque la asociación no se vea directamente afectada, en tanto que empresa activa en el mercado de referencia, por la práctica denunciada, siempre y cuando esté facultada para representar los intereses de sus miembros y exista la probabilidad de que la práctica controvertida afecte adversamente a dichos intereses⁽²⁹⁾. Por el contrario, el Tribunal ha considerado que la Comisión estaba facultada para no tramitar la denuncia de una asociación de empresas cuyos miembros no se dedicaban al tipo de operaciones comerciales denunciadas⁽³⁰⁾.
36. De esta jurisprudencia se desprende que las empresas (directamente o a través de asociaciones habilitadas para representar sus intereses) pueden invocar un interés legítimo cuando operan en el mercado de referencia o cuando la práctica denunciada puede afectar directa y adversamente a sus intereses. Esta interpretación confirma la práctica consolidada de la Comisión, según la cual se acepta que pueden invocar un interés legítimo, por ejemplo, las partes del acuerdo o práctica que sea objeto de la denuncia, los competidores cuyos intereses hayan sido supuestamente vulnerados por la práctica denunciada o las empresas excluidas de un sistema de distribución.
37. Las asociaciones de consumidores también pueden presentar denuncias a la Comisión⁽³¹⁾. La Comisión sostiene asimismo que pueden estar en condiciones de acreditar un interés legítimo los consumidores individuales cuyos intereses económicos se vean directa y adversamente afectados en la medida en que son compradores de los bienes o servicios objeto de la denuncia⁽³²⁾.
38. Sin embargo, la Comisión no considera interés legítimo en el sentido del apartado 2 del artículo 7 el interés de personas u organizaciones que desean actuar sobre la base de consideraciones relativas al interés general sin acreditar que ellas o sus miembros pueden verse directa y adversamente afectados por la infracción (pro bono público).
39. Las autoridades públicas municipales o regionales pueden estar en condiciones de acreditar un interés legítimo en tanto que compradores o usuarios de bienes o servicios afectados por la práctica denunciada. En cambio, no se considera que tienen un interés legítimo en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 si llaman la atención de la Comisión sobre presuntas infracciones pro bono público.
40. Los denunciantes deben acreditar su interés legítimo. Si una persona física o jurídica que presenta una denuncia no logra acreditar un interés legítimo, la Comisión, sin perjuicio de su derecho a incoar el procedimiento a iniciativa propia, está facultada para no tramitar la denuncia. La Comisión puede verificar el cumplimiento de esta condición en cualquier fase de la investigación⁽³³⁾.

C. EXAMEN DE LAS DENUNCIAS

a) Interés comunitario

41. En consonancia con la jurisprudencia reiterada de los tribunales comunitarios, la Comisión no está obligada a investigar cada asunto ⁽³⁴⁾ ni, por ende, a adoptar una decisión con arreglo al artículo 249 del Tratado CE sobre la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 ⁽³⁵⁾, pero está facultada para atribuir distintos grados de prioridad a las denuncias que le sean presentadas y para apreciar el interés comunitario con objeto de determinar el grado de prioridad que va a aplicar a las denuncias recibidas ⁽³⁶⁾. Su posición solamente será distinta si la denuncia entra dentro de sus competencias exclusivas ⁽³⁷⁾.
42. No obstante, la Comisión ha de examinar detalladamente los elementos de hecho y de derecho sobre los que haya llamado su atención el denunciante para apreciar el interés comunitario de profundizar en la investigación de un asunto ⁽³⁸⁾.
43. La apreciación del interés comunitario suscitado por una denuncia dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Por consiguiente, ni hay un número limitado de criterios de evaluación en los que pueda basarse la Comisión, ni ésta tiene forzosamente que recurrir exclusivamente a criterios determinados. Como las circunstancias de hecho y de derecho pueden diferir en una medida considerable de un caso a otro, se podrán aplicar criterios nuevos que no hayan sido considerados anteriormente ⁽³⁹⁾. Cuando resulte oportuno, la Comisión podrá dar prioridad a un solo criterio al apreciar el interés comunitario ⁽⁴⁰⁾.
44. Entre los criterios que se han considerado pertinentes a lo largo de la jurisprudencia para apreciar el interés comunitario de cara a (proseguir) la investigación de un asunto destacan los siguientes:

- La Comisión puede desestimar una denuncia basándose en que el denunciante puede ejercitar una acción ante órganos jurisdiccionales nacionales ⁽⁴¹⁾.
- La Comisión puede no considerar determinadas situaciones excluidas *a priori* de su campo de acción en el marco de la misión que le ha confiado el Tratado, pero tiene el deber de apreciar en cada caso concreto la gravedad de las distorsiones de la competencia que se hayan alegado, así como la persistencia de sus efectos. Esto significa, concretamente, que debe tener en cuenta la duración y el alcance de las infracciones denunciadas y su efecto sobre el juego de la competencia en la Comunidad ⁽⁴²⁾.
- La Comisión puede verse obligada a apreciar la importancia de la presunta infracción tomando en consideración el funcionamiento del mercado común, la pro-

bilidad de acreditar su existencia y el alcance de la investigación necesaria con objeto de cumplir su misión de garantizar el cumplimiento de los artículos 81 y 82 del Tratado ⁽⁴³⁾.

- Si bien la facultad discrecional de la Comisión no depende del grado de avance de la investigación de un asunto, la fase de investigación forma parte de las circunstancias del caso que la Comisión puede verse obligada a tener en cuenta ⁽⁴⁴⁾.
 - La Comisión puede decidir que no procede investigar una denuncia si se ha puesto fin a las prácticas controvertidas. Sin embargo, a tal fin, deberá examinar si persisten los efectos anticompetitivos y si la gravedad de las infracciones o la persistencia de sus efectos no dotan a la denuncia de interés comunitario ⁽⁴⁵⁾.
 - Asimismo, puede decidir que no procede investigar una denuncia si las empresas en cuestión aceptan cambiar su conducta de tal forma que pueda considerarse que ya no existe un interés comunitario suficiente ⁽⁴⁶⁾.
45. Si considera que un asunto no presenta un interés comunitario suficiente para justificar (que se prosiga) la investigación, la Comisión puede desestimar la denuncia por este motivo. Tal decisión puede adoptarse bien antes de iniciarse la investigación, o bien después de haber adoptado medidas de investigación ⁽⁴⁷⁾. Sin embargo, la Comisión no está obligada a desestimar una denuncia por falta de interés comunitario. Entra dentro de sus facultades la de investigar cualquier presunta infracción de los artículos 81 y 82 con miras a la adopción de una decisión de prohibición ⁽⁴⁸⁾.

b) Evaluación con arreglo a los artículos 81 y 82

46. El examen de una denuncia con arreglo a los artículos 81 y 82 se compone de dos aspectos: uno relativo a la determinación de los hechos para demostrar la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82, y el otro relativo a la apreciación jurídica de la práctica denunciada.
47. Cuando la denuncia, a pesar de cumplir los requisitos del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 773/2004 y del formulario C, no acredite suficientemente las alegaciones expuestas, podrá ser desestimada por este motivo ⁽⁴⁹⁾. Para desestimar una denuncia sobre la base de que la práctica denunciada no infringe las normas de competencia o no entra en su ámbito de aplicación, la Comisión no estará obligada a tener en cuenta circunstancias sobre las cuales el denunciante no haya llamado su atención y que sólo habría podido descubrir mediante una investigación del asunto ⁽⁵⁰⁾.

48. En la presente Comunicación no se pueden abordar de forma exhaustiva los criterios de la apreciación jurídica de los acuerdos o prácticas restrictivos con arreglo a los artículos 81 y 82. Ahora bien, los denunciantes potenciales deberían remitirse al extenso asesoramiento disponible en la Comisión ⁽⁵¹⁾, además de utilizar otras fuentes y, en concreto, la jurisprudencia de los tribunales comunitarios y la práctica decisoria de la Comisión. En los puntos siguientes se mencionan cuatro aspectos específicos y se proporcionan indicaciones sobre dónde encontrar más información.
49. Para entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82, los acuerdos y prácticas han de afectar al comercio entre Estados miembros. Cuando un acuerdo o práctica no cumple esta condición puede aplicarse la normativa de competencia nacional, pero no la comunitaria. Puede obtenerse información extensa a este respecto en la Comunicación relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado ⁽⁵²⁾.
50. Los acuerdos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 81 pueden ser acuerdos que, por su importancia menor, se considera que no restringen la competencia de forma significativa. Puede obtenerse información a este respecto en la Comunicación de minimis de la Comisión ⁽⁵³⁾.
51. Los acuerdos que reúnen las condiciones de un reglamento de exención por categorías se considera que reúnen las condiciones del apartado 3 del artículo 81 ⁽⁵⁴⁾. Para que la Comisión pueda retirar el beneficio de la exención por categorías con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1/2003 ha de concluir que, tras una evaluación individualizada, un acuerdo al que se aplica el reglamento de exención surte determinados efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81.
52. Los acuerdos que restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE pueden reunir las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. En virtud del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 1/2003, y sin que sea necesaria decisión administrativa previa alguna, tales acuerdos no están prohibidos. Puede obtenerse información sobre las condiciones que ha de reunir un acuerdo con arreglo al apartado 3 del artículo 81 en la Comunicación sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 ⁽⁵⁵⁾.
53. Tal y como se ha recordado anteriormente, la Comisión no está obligada a llevar a cabo una investigación sobre la base de cada una de las denuncias presentadas con miras a determinar si se ha cometido una infracción. Con todo, está sujeta a la obligación de considerar detenidamente los elementos de hecho y de derecho sobre los que el denunciante haya llamado su atención, con objeto de apreciar si tales elementos constituyen indicios de una práctica que puede infringir los artículos 81 y 82 ⁽⁵⁶⁾.
54. El procedimiento de la Comisión en la tramitación de las denuncias consta de varias fases ⁽⁵⁷⁾.
55. En la primera fase, que se inicia a partir de la presentación de la denuncia, la Comisión examina ésta y puede recabar más información para decidir qué curso le dará. Esta fase puede incluir un intercambio informal de puntos de vista entre la Comisión y el denunciante para precisar los elementos de hecho y de derecho de la denuncia. En esta fase, la Comisión puede dar una respuesta inicial al denunciante, así como brindarle la oportunidad de ampliar sus alegaciones a la luz de dicha respuesta inicial.
56. En la segunda fase, la Comisión puede investigar el asunto más en profundidad con miras a incoar un procedimiento con arreglo al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 contra las empresas denunciadas. Si la Comisión considera que no hay motivos suficientes para dar curso a la denuncia, informará de sus razones al denunciante, brindándole la posibilidad de presentar observaciones complementarias dentro de un plazo que fijará a tal fin (apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004).
57. Si el denunciante no da a conocer sus observaciones en el plazo fijado por la Comisión, se considerará que la denuncia ha sido retirada (apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004). En todos los demás casos, en la tercera fase del procedimiento, la Comisión tomará conocimiento de las observaciones remitidas por el denunciante y, o bien incoará un procedimiento contra la persona a quien se refiere la denuncia, o bien adoptará una decisión de desestimación ⁽⁵⁸⁾.
58. Cuando la Comisión desestime una denuncia con arreglo al artículo 13 del Reglamento (CE) n° 1/2003 basándose en que otra autoridad está instruyendo o ha instruido el asunto, procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento (CE) n° 773/2004.
59. A lo largo de todo el procedimiento, los denunciantes estarán amparados por una serie de derechos, tal y como establecen en particular los artículos 6 a 8 del Reglamento (CE) n° 773/2004. No obstante, los procedimientos de la Comisión en asuntos de competencia no constituyen procedimientos contradictorios entre el denunciante, por un lado, y las empresas sujetas a la investigación, por otro. En consecuencia, los derechos procesales de los denunciantes no son tan amplios como el derecho de defensa de las empresas contra las cuales se incoa el procedimiento de infracción ⁽⁵⁹⁾.

D. PROCEDIMIENTO DE LA COMISIÓN EN LA TRAMITACIÓN DE LAS DENUNCIAS

a) Aspectos generales

53. Tal y como se ha recordado anteriormente, la Comisión no está obligada a llevar a cabo una investigación sobre la base de cada una de las denuncias presentadas con miras a determinar si se ha cometido una infracción. Con todo,

b) Plazo indicativo para informar al denunciante sobre el curso que la Comisión se proponga dar al asunto

60. La Comisión estará sujeta a la obligación de decidir sobre la denuncia en un plazo de tiempo razonable⁽⁶⁰⁾. Lo que constituye una duración razonable dependerá de las circunstancias de cada caso y, en particular, de su contexto, de las distintas fases procedimentales seguidas por la Comisión, la conducta de las partes a lo largo del procedimiento, la complejidad del caso y su importancia para las distintas partes implicadas⁽⁶¹⁾.

61. En principio, la Comisión se esforzará por informar al denunciante del curso que se proponga dar a la denuncia en un plazo indicativo de cuatro meses a partir de la recepción de la misma. Por tanto, en función de las circunstancias del caso y, en particular, de la posible necesidad de solicitar información complementaria al denunciante o a terceros, la Comisión, en principio, informará al denunciante en el plazo de cuatro meses sobre su intención de seguir o no investigando el asunto. Este plazo no constituye un plazo legal vinculante.

62. En consecuencia, dentro de este plazo de cuatro meses, la Comisión podrá comunicar al denunciante el curso que se proponga dar al asunto en tanto que respuesta inicial dentro de la primera fase del procedimiento (véase el punto 55). Asimismo, cuando el examen de la denuncia haya avanzado hasta la segunda fase (véase el punto 56), podrá proceder directamente a informar al denunciante sobre su evaluación provisional mediante carta con arreglo al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004.

63. Para garantizar la tramitación más rápida posible de su denuncia, es aconsejable que el denunciante coopere con diligencia en el procedimiento⁽⁶²⁾, por ejemplo informando a la Comisión de toda evolución que se pueda producir.

c) Derechos procesales del denunciante

64. Cuando la Comisión remita un pliego de cargos a las empresas denunciadas de conformidad con el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento (CE) n° 773/2004, el denunciante tendrá derecho a recibir una copia de este documento, de la que se habrán suprimido los secretos comerciales y demás información confidencial de las empresas interesadas (versión no confidencial del pliego de cargos; véase el apartado 1 del artículo 6 del Reglamento (CE) n° 773/2004). Se invitará al denunciante a comentar por escrito el pliego de cargos. A tal fin se fijará un plazo.

65. Además, cuando resulte adecuado, la Comisión podrá otorgar al denunciante, si así lo solicita en sus observaciones escritas, la posibilidad de formular su punto de vista du-

rante la audiencia de las partes a las que se haya enviado un pliego de cargos⁽⁶³⁾.

66. El denunciante podrá remitir, a iniciativa propia o a solicitud de la Comisión, documentos que contengan secretos comerciales u otro tipo de información confidencial. La información confidencial estará protegida por la Comisión⁽⁶⁴⁾. Con arreglo al artículo 16 del Reglamento (CE) n° 773/2004, los denunciantes tienen la obligación de indicar la información confidencial, de exponer las razones de tal confidencialidad y de facilitar una versión separada no confidencial cuando formulen sus observaciones con arreglo al apartado 1 del artículo 6 y al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004 y cuando ulteriormente presenten información adicional en el curso del mismo procedimiento. Además, la Comisión podrá, en todos los demás casos, solicitar que los denunciantes que presenten documentos o declaraciones indiquen los documentos o declaraciones o las partes de éstos que consideren confidenciales. En particular, podrá establecer un plazo límite para que el denunciante especifique si considera que una información es confidencial y facilite una versión no confidencial, incluida una descripción concisa o una versión no confidencial de cada información suprimida.

67. La calificación de una información de confidencial no impedirá a la Comisión divulgar ni utilizar la información cuando ello sea necesario para probar una infracción de los artículos 81 u 82⁽⁶⁵⁾. Cuando haya secretos comerciales e información confidencial que sean necesarios para probar una infracción, la Comisión deberá evaluar, con respecto a cada uno de los documentos, si la necesidad de divulgación es mayor que el daño que podría suponer tal divulgación.

68. Cuando la Comisión considere que no procede seguir examinando una denuncia al no haber un interés comunitario suficiente para proseguir la investigación o por cualesquiera otros motivos, informará al denunciante mediante una carta en la que indicará la base jurídica (apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004), expondrá los motivos que la hayan llevado a tomar tal decisión y facilitará al denunciante la oportunidad de presentar información u observaciones complementarias dentro de un plazo que fijará la Comisión. Asimismo, indicará las consecuencias de una falta de respuesta con arreglo al apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004, tal y como se explica a continuación.

69. Con arreglo al apartado 1 del artículo 8 del Reglamento (CE) n° 773/2004, el denunciante tendrá derecho a acceder a la información en la que la Comisión haya basado su evaluación provisional. Normalmente, el acceso se facilitará adjuntando a la carta una copia de los documentos pertinentes.

70. El plazo de que dispone el denunciante para la presentación de observaciones sobre la carta con arreglo al apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004 se fijará en consonancia con las circunstancias del caso. No será inferior a cuatro semanas (apartado 2 del artículo 18 del Reglamento (CE) n° 773/2004). Si el denunciante no responde dentro del plazo fijado, se considerará que la denuncia ha sido retirada con arreglo al apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004. Asimismo, el denunciante tendrá derecho a retirar su denuncia en cualquier momento si así lo desea.
71. El denunciante podrá solicitar una ampliación del plazo para la presentación de observaciones. Dependiendo de las circunstancias del caso, la Comisión podrá conceder tal ampliación.
72. En ese caso, cuando el denunciante presente observaciones adicionales, la Comisión tomará conocimiento de las mismas. Cuando, por su naturaleza, las observaciones propicien un cambio en la intención de la Comisión sobre el curso que dará a la denuncia, ésta podrá incoar un procedimiento contra las empresas denunciadas. En este procedimiento, el denunciante disfrutará de los derechos procesales indicados anteriormente.
73. Cuando las observaciones del denunciante no alteren la intención de la Comisión en cuanto al curso que dará al asunto, la Comisión desestimará la denuncia mediante decisión ⁽⁶⁶⁾.

d) La decisión de la Comisión de desestimar una denuncia

74. Cuando la Comisión desestime una denuncia mediante decisión con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004, deberá exponer los motivos correspondientes de acuerdo con el artículo 253 del Tratado CE, es decir, de una forma que resulte adecuada para el acto en cuestión y tome en consideración las circunstancias de cada caso individual.
75. Al indicar los motivos se deberá exponer de forma clara e inequívoca el razonamiento seguido por la Comisión de tal forma que permita al denunciante apreciar las razones de la decisión y permita al tribunal comunitario competente ejercer su facultad de revisión. No obstante, la Comisión no estará obligada a definir su postura sobre todas las alegaciones que el denunciante aduzca en apoyo de su denuncia. Bastará con que exponga los hechos y las consideraciones jurídicas que revistan una importancia decisiva en el contexto de la decisión adoptada ⁽⁶⁷⁾.
76. Cuando la Comisión desestime una denuncia en un asunto que también dé lugar a una decisión con arreglo al artículo 10 (declaración de inaplicabilidad de los artículos 81 u 82) o al artículo 9 del Reglamento (CE) n° 1/2003 (compro-

misos), la decisión de desestimación de la denuncia podrá hacer referencia a aquella otra decisión adoptada sobre la base de las disposiciones citadas.

77. Toda decisión de desestimación de una denuncia podrá ser objeto de recurso ante los tribunales comunitarios ⁽⁶⁸⁾.
78. Toda decisión de desestimación de una denuncia impedirá al denunciante la solicitud de reapertura de la investigación, salvo en el supuesto de que aporte pruebas significativas nuevas. En consecuencia, la correspondencia nueva de un antiguo denunciante sobre la misma presunta infracción no podrá considerarse una denuncia nueva, salvo que se proporcionen la Comisión pruebas significativas nuevas. No obstante, la Comisión podrá reabrir el expediente cuando se den las oportunas circunstancias.
79. La decisión de desestimación de una denuncia no implica un pronunciamiento definitivo sobre la existencia o inexistencia de una infracción de los artículos 81 y 82, incluso si la Comisión ha evaluado los hechos sobre la base de dichos artículos. Las apreciaciones que la Comisión efectúa en una decisión de desestimación de una denuncia no pueden impedir que el juez o la autoridad de competencia nacional aplique los artículos 81 y 82 a los acuerdos y prácticas que le sean sometidos. Las apreciaciones de la Comisión en una decisión de desestimación de una denuncia constituyen elementos de hecho que los órganos jurisdiccionales o autoridades de competencia nacionales pueden tomar en consideración al examinar si los acuerdos o la práctica en cuestión se ajustan a los artículos 81 y 82 ⁽⁶⁹⁾.

e) Situaciones específicas

80. De conformidad con el artículo 8 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la Comisión podrá ordenar a iniciativa propia la adopción de medidas cautelares cuando exista el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia. El artículo 8 del Reglamento (CE) n° 1/2003 establece con claridad que los denunciantes con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 no podrán solicitar la adopción de medidas cautelares. Las empresas pueden solicitar la adopción de medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales nacionales, que están bien situados para decidir sobre tales medidas ⁽⁷⁰⁾.
81. Puede que haya personas que deseen informar a la Comisión sobre presuntas infracciones de los artículos 81 u 82 sin revelar su identidad a las empresas concernidas por sus alegaciones. Se invita a estas personas a que se pongan en contacto con la Comisión. La Comisión está obligada a respetar toda solicitud de anonimato de los informantes ⁽⁷¹⁾, salvo en el supuesto de que la solicitud esté manifiestamente injustificada.

- (¹) Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, pp. 1-25).
- (²) Véanse, en particular, los considerandos 3 a 7 y 35 del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (³) Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo a los procedimientos con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DO L 123 de 27.4.2004).
- (⁴) La Comisión tramita la correspondencia de los informantes en consonancia con sus principios de buena conducta administrativa.
- (⁵) Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (p. 43).
- (⁶) Sobre la tramitación de tales denuncias, véase la Comunicación de la Comisión de 10 de octubre de 2002, COM(2002) 141.
- (⁷) Asunto C-344/98, Masterfoods/HB Ice Cream, Rec. 2000, p. I-11369, apartado 46; asunto C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 88; asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartados 73-77.
- (⁸) Véanse, en particular, los artículos 5, 6, 11, 12, 15, 22, 29 y 35, así como los considerandos 2 a 4 y 6 a 8, del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (⁹) Véase la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia . . . , punto 5 y ss.
- (¹⁰) Véase el considerando 3 del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (¹¹) Jurisprudencia reiterada; véase el asunto 127/73, Belgische Radio en Televisie (BRT)/SABAM y Fonior, Rec. 1974, p. 51, apartado 16; asunto C-282/95 P, Guérin automobiles/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. I-1503, apartado 39; asunto C-453/99, Courage/Bernhard Crehan, Rec. 2001, p. I-6297, apartado 23.
- (¹²) Asunto C-453/99, Courage/Bernhard Crehan, Rec. 2001, p. I-6297, apartados 26 y 27; la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de resarcir daños y perjuicios también se subraya en el considerando 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (¹³) Véanse los artículos 1, 6 y 15, así como el considerando 7, del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (¹⁴) Reglamento n° 17: Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado; DO P 13 de 21 de febrero de 1962, pp. 204-211; Edición especial en español: Capítulo 8, Tomo 1, p. 22. El Reglamento n° 17 ha quedado derogado por el artículo 43 del Reglamento (CE) n° 1/2003 con efecto desde el 1 de mayo de 2004.
- (¹⁵) Para más detalles sobre este mecanismo, véase la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE . . .
- (¹⁶) Asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 93.
- (¹⁷) Asunto C-230/96, Cabour and Nord Distribution Automobile/Arnor «SOCO», Rec. 1998, p. I-2055, apartado 51; asuntos acumulados T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Dalmasso y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. II-93, apartado 50.
- (¹⁸) Véanse el artículo 8 del Reglamento (CE) n° 1/2003 y el punto 80 de la presente Comunicación. Dependiendo del caso, las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden estar igualmente bien situadas para adoptar medidas cautelares.
- (¹⁹) Véase el punto 41 y ss.
- (²⁰) Véase la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (p. 43).
- (²¹) Véase la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia . . . , puntos 8-15.
- (²²) Apartados 2 y 3 del artículo 11 del Reglamento (CE) n° 1/2003; véase la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, puntos 16 y 17.
- (²³) Véase la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia . . . , punto 34.
- (²⁴) Para más detalles sobre este concepto, véase en particular el punto 33 y ss.
- (²⁵) Asunto C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 88; asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartados 73-77 y 85.
- (²⁶) Jurisprudencia reiterada desde el asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 85.
- (²⁷) Asunto C-282/95 P, Guérin automobiles/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. I-1503, apartado 36.
- (²⁸) Véase el apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 773/2004.
- (²⁹) Asunto T-114/92, Bureau Européen des Médias et de l'Industrie Musicale (BEMIM)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1995, p. II-147, apartado 28. Los denunciadores eran también asociaciones de empresas en los casos subyacentes a las sentencias en el asunto 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1985, p. 1105, y en el asunto T-319/99, Federación Nacional de Empresas (FENIN)/Comisión de las Comunidades Europeas, pendiente de publicación en la Rec. 2003.
- (³⁰) Asuntos acumulados T-133/95 y T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1998, p. II-3645, apartados 79-83.
- (³¹) Asunto T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1994, p. II-285, apartado 36.

- (32) Esta cuestión está siendo planteada en un procedimiento pendiente ante el Tribunal de Primera Instancia (asuntos acumulados T-213 y 214/01). La Comisión también aceptó como denunciante a un consumidor individual en su Decisión de 9 de diciembre de 1998 en el asunto IV/D-2/34.466, Transbordadores griegos, DO L 109 de 27 de abril de 1999, p. 24, considerando 1.
- (33) Asuntos acumulados T-133/95 y T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1998, p. II-3645, apartado 79.
- (34) Asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 76; asunto C-91/95 P, Roger Tremblay y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1996, p. I-5547, apartado 30.
- (35) Asunto 125/78, GEMA/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1979, p. 3173, apartado 17; asunto C-119/97/P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 87.
- (36) Jurisprudencia reiterada desde el asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartados 77 y 85. El considerando 18 del Reglamento (CE) nº 1/2003 confirma de forma explícita esta posibilidad.
- (37) Jurisprudencia reiterada desde el asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 75. Con arreglo al Reglamento (CE) nº 1/2003, es posible que este principio sólo sea pertinente en el contexto del artículo 29 de dicho Reglamento.
- (38) Asunto 210/81, Oswald Schmidt, Demo-Studio Schmidt/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1983, p. 3045, apartado 19; asunto C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 86.
- (39) Asunto C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartados 79-80.
- (40) Asunto C-450/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 2001, p. I-3947, apartados 57-59.
- (41) Asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 88 y ss.; asunto T-5/93, Roger Tremblay y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1996, p. II-185, apartado 65 y ss; asunto T-575/93, Casper Koelman/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1996, p. II-1, apartados 75-80; véase también la Parte II, donde se proporcionan explicaciones más detalladas sobre esta situación.
- (42) Asunto C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartados 92 y 93.
- (43) Jurisprudencia reiterada desde el asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 86.
- (44) Asunto C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 2001, p. I-3875, apartado 37.
- (45) Asunto T-77/95, Syndicat français de l'Express International y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. II-1, apartado 57, confirmada, con la condición a la que alude el mismo punto, por el asunto C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 95. Véase también el asunto T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1994, p. II-285, apartado 113, en la cual se consideró que un compromiso no escrito entre un Estado miembro y un tercer país al margen de la política comercial común no era suficiente para concluir que la práctica denunciada había cesado.
- (46) Asunto T-110/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1998, p. II-3605, apartado 57, confirmada por el asunto 449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 2001, p. I-3875, apartados 44-47.
- (47) Asunto C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 2001, p. I-3875, apartado 37.
- (48) Asunto T-77/92, Parker Pen/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1994, p. II-549, apartados 64 y 65; con más claridad aún en el asunto C-344/98, Masterfoods/HB Ice Cream, Rec. 2000, p. I-11369, apartado 48.
- (49) Asunto 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1985, p. 1105, apartados 21-24; asunto T-198/98, Micro Leader Business/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1999, p. II-3989, apartados 32-39.
- (50) Asunto T-319/99, Federación Nacional de Empresas (FENIN)/Comisión de las Comunidades Europeas, pendiente de publicación en la Rec. 2003, apartado 43.
- (51) Puede obtenerse información extensiva a este respecto en la página web de la Comisión, en la siguiente dirección: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html
- (52) Comunicación relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (p. 81).
- (53) Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), DO C 368 de 22.12.2001, p. 13.
- (54) Los textos de todos los reglamentos de exención por categorías están disponibles en la página web de la Comisión, en la siguiente dirección: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html
- (55) Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (p. 97).
- (56) Asunto 210/81, Oswald Schmidt, Demo-Studio Schmidt/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1983, p. 3045, apartado 19; asunto T-24/90, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 79.
- (57) Asunto T-64/89, Automec/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1990, p. II-367, apartados 45-47 y asunto T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1994, p. II-285, apartado 29.

- (⁵⁸) Asunto C-282/95 P, Guérin automobiles/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. I-1503, apartado 36.
- (⁵⁹) Asuntos acumulados 142 y 156/84, British American Tobacco Company y R. J. Reynolds Industries/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1987, p. 249, apartados 19 y 20.
- (⁶⁰) Asunto C-282/95 P, Guérin automobiles/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. I-1503, apartado 37.
- (⁶¹) Asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. 1739, apartado 57.
- (⁶²) El concepto de «diligencia» por parte del denunciante lo utiliza el Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-77/94, Vereniging van Groot-handelaren in Bloemkwekerijproducten y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. II-759, apartado 75.
- (⁶³) Apartado 2 del artículo 6 del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión.
- (⁶⁴) Artículo 287 del Tratado CE, artículo 28 del Reglamento (CE) n° 1/2003 y artículos 15 y 16 del Reglamento (CE) n° 773/2004.
- (⁶⁵) Apartado 2 del artículo 27 del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (⁶⁶) Apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 773/2004; asunto C-282/95 P, Guérin automobiles/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1997, p. I-1503, apartado 36.
- (⁶⁷) Jurisprudencia reiterada; véase, en particular, el asunto T-114/92, Bureau Européen des Médias et de l'Industrie Musicale (BEMIM)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1995, p. II-147, apartado 41.
- (⁶⁸) Jurisprudencia reiterada desde el asunto 210/81, Oswald Schmidt, Demo-Studio Schmidt/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1983, p. 3045.
- (⁶⁹) Asunto T-575/93, Casper Koelman/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1996, p. II-1, apartados 41-43.
- (⁷⁰) Dependiendo del caso, las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden estar igualmente bien situadas para adoptar medidas cautelares.
- (⁷¹) Asunto 145/83, Stanley George Adams/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1985, p. 3539.
-

ANEXO

FORMULARIO C

Denuncia con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CE) nº 1/2003**I. Información sobre el denunciante y la o las empresas o asociación de empresas denunciadas**

1. Facilite todos los datos sobre la identidad de la persona física o jurídica que presenta la denuncia. Si el denunciante es una empresa, indique el grupo empresarial al que pertenece y proporcione una descripción sucinta de la naturaleza y el ámbito de sus actividades económicas. Indique una persona de contacto (número de teléfono, dirección postal y de correo electrónico) a la que puedan solicitarse explicaciones adicionales.
2. Facilite la identidad de la o las empresas o asociación de empresas a cuyo comportamiento se refiera la denuncia, así como, en su caso, toda la información disponible sobre el grupo empresarial al que pertenezca la empresa o empresas denunciadas y la naturaleza y el ámbito de las actividades económicas que realicen. Indique la relación del denunciante con la o las empresas o asociación de empresas denunciadas (por ejemplo: cliente, competidor).

II. Información sobre la presunta infracción y pruebas

3. Exponga de forma detallada los hechos de los que, a su juicio, se desprende la existencia de una infracción del artículo 81 u 82 del Tratado y/o del artículo 53 o 54 del Acuerdo del EEE. Indique, en particular, la naturaleza de los productos afectados (bienes o servicios) por las presuntas infracciones y explique, en su caso, las relaciones comerciales de las que son objeto dichos productos. Proporcione todos los detalles disponibles sobre los acuerdos o prácticas de las empresas o asociaciones de empresas a los que se refiere la presente denuncia. Indique, en la medida de lo posible, las posiciones de mercado relativas de las empresas afectadas por la denuncia.
4. Presente toda la documentación que obre en su poder y esté relacionada o directamente vinculada con los hechos expuestos en la denuncia (por ejemplo, textos de acuerdos, actas de negociaciones o reuniones, condiciones de transacciones, documentos comerciales, circulares, correspondencia, notas de conversaciones telefónicas, etc.). Indique el nombre y la dirección de las personas que puedan dar testimonio de los hechos expuestos en la denuncia y, en particular, de las personas afectadas por la presunta infracción. Presente estadísticas u otros datos que obren en su poder que se refieran a los hechos expuestos, en particular si contienen información sobre la evolución del mercado (por ejemplo, información sobre precios y tendencias de precios, barreras para la entrada al mercado de nuevos proveedores, etc.).
5. Exponga su punto de vista sobre el alcance geográfico de la presunta infracción y explique, cuando no resulte obvio, hasta qué punto podría verse afectado el comercio entre Estados miembros o entre la Comunidad y uno o varios Estados de la AELC que sean Partes Contratantes del Tratado EEE a raíz del comportamiento denunciado.

III. Resultado esperado de la intervención de la Comisión e interés legítimo

6. Explique el resultado o las medidas que pretende como consecuencia de un procedimiento instruido por la Comisión.
7. Exponga las razones por las que invoca un interés legítimo como denunciante con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CE) nº 1/2003. Señale, en especial, de qué manera le afecta el comportamiento denunciado y explique el modo en que, a su juicio, la intervención de la Comisión podría remediar el presunto agravio.

IV. Procedimientos ante las autoridades de competencia o los órganos jurisdiccionales nacionales

8. Si ha recurrido a otra autoridad de competencia y/o interpuesto demanda ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con el mismo asunto o con un asunto estrechamente vinculado, facilite toda la información al respecto. En tal caso, proporcione información detallada sobre la autoridad administrativa o judicial a la que haya recurrido, así como los escritos que le haya presentado.

Declaración de que la información proporcionada en el presente formulario y en sus anexos se da plenamente de buena fe.

.....
Fecha y firma

Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)

(2004/C 101/06)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

I. REGLAMENTO 1/2003

1. El Reglamento 1/2003 ⁽¹⁾ establece un nuevo régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. A la vez que se ha concebido para volver a centrar la atención en la labor primordial de la aplicación efectiva de las normas de competencia, el Reglamento también brinda seguridad jurídica al prever que los acuerdos ⁽²⁾ que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 pero cumplen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo son válidos y plenamente ejecutables *ab initio* sin que sea necesaria una decisión previa de una autoridad de competencia (artículo 1 del Reglamento 1/2003).
2. A pesar de que el Reglamento 1/2003 introduce la competencia concurrente de la Comisión, de las autoridades de competencia de los Estados miembros y de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 en su integridad, reduce los riesgos de una aplicación incoherente mediante una serie de medidas, garantizando de este modo el aspecto primordial de la seguridad jurídica de las empresas en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, que las normas de competencia sean aplicadas de manera coherente en toda la Comunidad.
3. Las empresas están, en general, en condiciones de evaluar la legalidad de sus actuaciones, de modo que pueden decidir con conocimiento de causa si siguen adelante con un acuerdo o una práctica, y las condiciones en que lo hacen. Conocen los hechos de primera mano y tienen a su disposición el marco de los reglamentos de exención por categorías, la jurisprudencia y práctica decisoria, así como una amplia orientación en las directrices y comunicaciones de la Comisión ⁽³⁾.
4. Paralelamente a la reforma de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 mediante el Reglamento 1/2003, la Comisión ha procedido a una revisión de los reglamentos de exención por categorías y de sus comunicaciones y directrices con objeto de facilitar la autoevaluación a los operadores económicos. La Comisión ha elaborado, asimismo, unas Directrices sobre la aplicación del apartado

3 del artículo 81 ⁽⁴⁾. En la gran mayoría de los casos, estos instrumentos permiten a las empresas evaluar de manera fiable sus acuerdos a efectos del artículo 81. Por otra parte, es práctica habitual de la Comisión imponer multas superiores a las meramente simbólicas ⁽⁵⁾ sólo en casos en que se haya establecido, ya sea en instrumentos horizontales o en la jurisprudencia y práctica decisoria, que una conducta determinada constituye una infracción.

5. Cuando, no obstante los elementos ya referidos, se presente una situación de auténtica incertidumbre debido a la aparición de cuestiones nuevas o sin resolver en relación con la aplicación de los artículos 81 y 82, es posible que las empresas deseen obtener orientaciones informales de la Comisión ⁽⁶⁾. Cuando lo considere oportuno y siempre que lo permitan sus prioridades en materia de control, la Comisión podrá proporcionar tales orientaciones sobre cuestiones nuevas relativas a la interpretación de los artículos 81 y/u 82 en una declaración escrita (carta de orientación). En la presente Comunicación se exponen los pormenores de este instrumento.

II. MARCO PARA EVALUAR LA CONVENIENCIA DE EXPEDIR UNA CARTA DE ORIENTACIÓN

6. El Reglamento 1/2003 faculta a la Comisión para perseguir y sancionar de manera efectiva las infracciones de los artículos 81 y 82 ⁽⁷⁾. Uno de los principales objetivos del Reglamento es garantizar una aplicación eficaz de la normativa comunitaria de competencia mediante la supresión del antiguo sistema de notificación, permitiendo de esta manera a la Comisión concentrarse en la represión de las infracciones más graves ⁽⁸⁾.
7. Aunque el Reglamento 1/2003 no constituye ningún impedimento para que la Comisión facilite orientaciones informales a empresas concretas ⁽⁹⁾ conforme a lo dispuesto en la presente Comunicación, la posibilidad de expedir tales orientaciones no debe afectar al objetivo primordial del Reglamento de garantizar una aplicación efectiva de las normas de competencia. Por ello, la Comisión sólo podrá proporcionar orientaciones informales a empresas concretas si ello es compatible con sus prioridades de aplicación.

⁽¹⁾ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, pp. 1-25).

⁽²⁾ En la presente Comunicación, el término «acuerdo» se utiliza para designar los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas. El término «prácticas» se refiere a la conducta de empresas dominantes. El término «empresas» se hace extensivo a las asociaciones de empresas.

⁽³⁾ Todos los textos mencionados están disponibles en: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

⁽⁴⁾ Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (p. 97).

⁽⁵⁾ Las multas simbólicas suelen fijarse en 1 000 euros; véase la Comunicación de la Comisión — Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO C 9 de 14.1.1998).

⁽⁶⁾ Véase el considerando 38 del Reglamento 1/2003.

⁽⁷⁾ Véanse, en particular, los artículos 7 a 9, 12, 17 a 24 y 29 del Reglamento 1/2003.

⁽⁸⁾ Véase, en particular, el considerando 3 del Reglamento 1/2003.

⁽⁹⁾ Véase el considerando 38 del Reglamento 1/2003.

8. A reserva de lo dispuesto en el punto 7, la Comisión examinará toda solicitud de carta de orientación con objeto de determinar si procede atenderla. La expedición de una carta de orientación sólo podrá atenderse si se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones:
- que la evaluación sustantiva de un acuerdo o práctica a efectos de los artículos 81 y/u 82 del Tratado plantee una cuestión de aplicación de la legislación para la que el marco jurídico comunitario existente, incluida la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, no brinde aclaración alguna o para la que no haya orientaciones generales públicamente disponibles ni precedentes en la práctica decisoria ni cartas de orientación previas;
 - que de una evaluación preliminar de las particularidades y circunstancias del asunto se desprenda la utilidad de aclarar la cuestión nueva mediante una carta de orientación, teniendo en cuenta los siguientes elementos:
 - la importancia económica desde el punto de vista del consumidor de los bienes o servicios afectados por el acuerdo o la práctica; y/o
 - la medida en que el acuerdo o la práctica refleja o es probable que refleje un uso económico más extendido en el mercado; y/o
 - la importancia de las inversiones correspondientes a la operación en relación con el tamaño de las empresas afectadas y la medida en que la transacción se refiere a una operación estructural, como la creación de una empresa en participación sin plenas funciones;
 - que la carta de orientación se pueda expedir sobre la base de la información proporcionada, es decir, que no sea necesario proceder a una investigación adicional de los hechos.
9. Por otra parte, la Comisión no atenderá las solicitudes de carta de orientación cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias:
- que las cuestiones planteadas en la solicitud sean idénticas o similares a cuestiones planteadas en un asunto pendiente ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas;
 - que el acuerdo o la práctica a que se refiere la solicitud esté pendiente de un procedimiento ante la Comisión o ante un órgano jurisdiccional o una autoridad de competencia de un Estado miembro.
10. La Comisión no atenderá cuestiones hipotéticas ni expedirá cartas de orientación sobre acuerdos o prácticas que ya no sean aplicados por las partes. Sin embargo, las empresas podrán presentar a la Comisión una solicitud para obtener una carta de orientación relativa a cuestiones planteadas en un acuerdo o una práctica que hayan proyectado, es decir, con anterioridad a la puesta en práctica dicho acuerdo o práctica. En tal caso, la operación tiene que haber alcanzado una etapa suficientemente avanzada para que la solicitud pueda atenderse.
11. La presentación de una solicitud de carta de orientación no prejuzga la facultad de la Comisión para incoar un procedimiento con arreglo al Reglamento 1/2003 respecto de los hechos expuestos en la solicitud.
- ### III. INDICACIONES SOBRE LA MANERA DE SOLICITAR ORIENTACIONES
12. Podrán presentar una solicitud relativa a cuestiones de interpretación planteadas por un acuerdo o una práctica la empresa o las empresas que hayan participado o se propongan participar en un acuerdo o una práctica que pueda entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y/u 82 del Tratado.
13. Las solicitudes para obtener una carta de orientación se enviarán a la siguiente dirección:
- Comisión Europea
DG Competencia
B-1049 Bruselas.
14. No hay ningún formulario a tal efecto. Se presentará un escrito en el que conste claramente:
- la identidad de las empresas afectadas y una única dirección de contacto para la Comisión;
 - las cuestiones específicas sobre las que se solicita orientación;
 - información completa y exhaustiva sobre todos los puntos relevantes para una evaluación con conocimiento de causa de las cuestiones planteadas, incluida la documentación pertinente;
 - una exposición motivada, tomando en consideración el punto 8 a), de por qué la solicitud plantea una o varias cuestiones nuevas;
 - cualquier otra información que permita realizar una evaluación de la solicitud a la luz de los aspectos expuestos en los puntos 8 a 10 de la presente Comunicación y, en particular, una declaración de que el acuerdo o la práctica a la que se refiere la solicitud no esté pendiente de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional o una autoridad de competencia de un Estado miembro;

- si la solicitud contiene elementos que se consideren secreto comercial, la indicación clara de tales elementos;
- cualquier otra información o documentación pertinente para el asunto en cuestión.

IV. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD

15. La Comisión evaluará la solicitud en principio sobre la base de la información proporcionada. Sin perjuicio del punto 8 c), podrá utilizar cualquier información adicional de que disponga procedente de fuentes públicas, de procedimientos anteriores o de cualquier otra fuente y pedir al solicitante o solicitantes que faciliten información suplementaria. Las normas habituales en materia de secreto profesional serán aplicables a la información presentada por el o los solicitantes.
16. La Comisión podrá compartir la información que le haya sido facilitada con las autoridades de competencia de los Estados miembros y recibir información de éstos. Podrá debatir el fondo de la solicitud con las autoridades de competencia de los Estados miembros antes de expedir una carta de orientación.
17. Cuando la Comisión no vaya a expedir una carta de orientación, comunicará este extremo al solicitante o solicitantes.
18. Las empresas podrán retirar la solicitud en cualquier momento. Ahora bien, la información facilitada en el contexto de una solicitud de orientación quedará en poder de la Comisión y podrá utilizarse en procedimientos ulteriores conforme al Reglamento 1/2003 (véase el punto 11).

V. CARTAS DE ORIENTACIÓN

19. En las cartas de orientación figurará lo siguiente:
 - una descripción sucinta de los hechos en los que se basa;
 - los principales argumentos jurídicos subyacentes en la interpretación de la Comisión de las cuestiones nuevas

relativas a los artículos 81 y/u 82 que se hayan planteado en la solicitud.

20. Las cartas de orientación pueden limitarse a tratar una parte de las cuestiones planteadas en la solicitud. Asimismo, pueden abordar aspectos adicionales a los recogidos en la solicitud.
21. Las cartas de orientación se harán públicas en el sitio internet de la Comisión, respetando el interés legítimo de las empresas en la protección de sus secretos comerciales. Con anterioridad a su expedición, la Comisión acordará con los solicitantes la versión pública de las cartas de orientación.

VI. EFECTOS DE LAS CARTAS DE ORIENTACIÓN

22. El principal objetivo de las cartas de orientación es ayudar a las empresas a realizar una evaluación con conocimiento de causa de sus acuerdos y prácticas.
23. Las cartas de orientación no prejuzgan la evaluación de la misma cuestión por los tribunales comunitarios.
24. El que un acuerdo o práctica haya constituido el hecho subyacente a una carta de orientación, no obsta para que la Comisión pueda examinar en un momento ulterior el mismo acuerdo o práctica en un procedimiento con arreglo al Reglamento 1/2003, especialmente a raíz de una denuncia. En tal caso, la Comisión tomará en consideración la carta de orientación anterior, a menos que haya habido cambios en los hechos subyacentes, que medien aspectos nuevos planteados por una denuncia o que se haya producido una evolución de la jurisprudencia de los tribunales europeos o cambios importantes en la política de la Comisión.
25. Las cartas de orientación no constituyen decisiones de la Comisión y no son vinculantes para las autoridades de competencia o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros facultados para aplicar los artículos 81 y 82. Con todo, se deja a discreción de las autoridades de competencia y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tener en cuenta las cartas de orientación de la Comisión, según lo estimen conveniente en el contexto de un asunto determinado.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado**

(2004/C 101/07)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

1. Los artículos 81 y 82 del Tratado se aplican a los acuerdos horizontales y verticales y a las prácticas de las empresas que «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros».
2. En su interpretación de los artículos 81 y 82, los tribunales comunitarios ya han aclarado sustancialmente el contenido y alcance del concepto de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.
3. Las presentes directrices establecen los principios desarrollados por los tribunales comunitarios en relación con la interpretación del concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82. Además, establecen una regla que indica cuándo no es probable que los acuerdos puedan en general afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros (la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC). Las directrices no pretenden ser exhaustivas. Su objetivo es fijar la metodología para la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio y proporcionar orientación de cara a su aplicación en situaciones que se plantean frecuentemente. Aunque no sean vinculantes para los órganos jurisdiccionales y autoridades de los Estados miembros, las presentes directrices pretenden también orientarlos a la hora de aplicar el concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82.
4. Las presentes directrices no abordan el problema de lo que constituye una restricción apreciable de la competencia de conformidad con el apartado 1 del artículo 81. Este problema, que es distinto de la capacidad de los acuerdos para afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros, es objeto de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado ⁽¹⁾ (la regla *de minimis*). Las presentes directrices tampoco pretenden proporcionar orientación sobre el concepto de efecto sobre el comercio contenido en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado relativo a las ayudas estatales.
5. Estas directrices, incluida la regla AEAC, no afectan a la interpretación de los artículos 81 y 82 que puedan realizar el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

2. EL CRITERIO DEL EFECTO SOBRE EL COMERCIO**2.1. Principios generales**

6. El apartado 1 del artículo 81 establece que «serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos

todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». En aras de una mayor sencillez, los términos «acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas» se sustituirán en las presentes directrices por la denominación global de «acuerdos».

7. El artículo 82 establece por su parte que «será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». En lo sucesivo, el término «prácticas» se referirá a la conducta de las empresas dominantes.
8. El criterio del efecto sobre el comercio también determina el ámbito de aplicación del artículo 3 del Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado ⁽²⁾.
9. Según el apartado 1 del artículo 3, cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el derecho nacional de competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esta disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81. Del mismo modo, cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el Derecho nacional de competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, deben aplicar también a la misma el artículo 82 del Tratado. De este modo, el apartado 1 del artículo 3 obliga a las autoridades de competencia y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a aplicar también los artículos 81 y 82 cuando aplican el Derecho nacional de competencia a los acuerdos y prácticas abusivas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Por otra parte, el apartado 1 del artículo 3 no obliga a las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar el Derecho nacional de competencia cuando aplican los artículos 81 y 82 a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y a las prácticas abusivas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. En estos casos podrán aplicar únicamente la normativa comunitaria de competencia.

10. Del apartado 2 del artículo 3 se desprende que la aplicación del Derecho nacional de competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que, pudiendo afectar al comercio entre los Estados miembros, en cambio no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. No obstante, el Reglamento 1/2003 no impide a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.
11. Por último, cabe mencionar que el apartado 3 del artículo 3 establece que, sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, los apartados 1 y 2 del artículo 3 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones, y tampoco impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado.
12. El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del Derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso. Es un criterio jurisdiccional que define el ámbito de la aplicación del Derecho comunitario de competencia (3). El Derecho comunitario de competencia no es aplicable a los acuerdos y prácticas que no pueden afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros.
13. El criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 81 y 82 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Comunidad. En palabras del Tribunal de Justicia, el acuerdo o la práctica debe afectar al comercio entre Estados miembros de manera «significativa» (4).
14. En el caso del artículo 81 del Tratado, es el acuerdo el que debe poder afectar al comercio entre Estados miembros. No es necesario que cada parte del acuerdo, incluyendo cualquier restricción de la competencia que pueda desprenderse del acuerdo, sea capaz de hacerlo (5). Si el acuerdo en su conjunto puede afectar al comercio entre Estados miembros, se aplicará el Derecho comunitario a todo el acuerdo, incluidas las partes del acuerdo que no afecten individualmente al comercio entre Estados miembros. Cuando las relaciones contractuales entre las mismas partes abarquen varias actividades, para que estas actividades formen parte del mismo acuerdo deberán estar relacionadas directamente y formar parte integrante del mismo concierto comercial global (6). De no ser así, cada actividad constituye un acuerdo diferente.
15. También carece de importancia que la participación de una determinada empresa en el acuerdo produzca o no un efecto apreciable en el comercio entre Estados miembros (7). Una empresa no puede sustraerse a la aplicación del Derecho comunitario por el mero hecho de que su propia contribución a un acuerdo, que por sí mismo puede afectar al comercio entre Estados miembros, sea insignificante.
16. A efectos de determinar la aplicabilidad del Derecho comunitario no es necesario establecer un vínculo entre la presunta restricción de la competencia y la posibilidad de que el acuerdo afecte al comercio entre Estados miembros. Los acuerdos no restrictivos también pueden afectar al comercio entre Estados miembros. Por ejemplo, los acuerdos de distribución selectiva, que se basan en criterios de selección puramente cualitativos justificados por la naturaleza de los productos y no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81, pueden sin embargo afectar al comercio entre Estados miembros. No obstante, las presuntas restricciones de un acuerdo pueden proporcionar una indicación clara en cuanto a la posibilidad de que el acuerdo afecte al comercio entre Estados miembros. Por ejemplo, un acuerdo de distribución que prohíba las exportaciones puede, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros, si bien no necesariamente de forma apreciable (8).
17. En el caso del artículo 82, es el abuso el que debe afectar al comercio entre Estados miembros. Esto no implica, sin embargo, que cada elemento de la conducta deba evaluarse de forma aislada. La conducta que forme parte de una estrategia global aplicada por la empresa dominante debe evaluarse en función de su repercusión general. Cuando una empresa dominante adopte diversas prácticas en pos de un mismo objetivo, por ejemplo las prácticas destinadas a eliminar o excluir competidores, basta con que por lo menos una de esas prácticas pueda afectar al comercio entre Estados miembros para que el artículo 82 sea aplicable a todas las prácticas que formen parte de la estrategia global (9).
18. De la redacción de los artículos 81 y 82 y de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios se desprende que, al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos:
 - a) el concepto de «comercio entre los Estados miembros»,
 - b) la noción de «pueda afectar», y
 - c) el concepto de «apreciabilidad».

2.2. El concepto de «comercio entre Estados miembros»

19. El concepto de «comercio» no se limita a los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes y servicios ⁽¹⁰⁾, sino que es un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza ⁽¹¹⁾. Esta interpretación es coherente con el objetivo fundamental del Tratado de promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.
20. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «comercio» también incluye supuestos en los que los acuerdos o prácticas afectan a la estructura de la competencia en el mercado. Los acuerdos y prácticas que afectan a la estructura de la competencia en la Comunidad eliminando o amenazado con eliminar a un competidor que opera en la Comunidad pueden estar sujetos a las normas comunitarias de competencia ⁽¹²⁾. Cuando se elimina o existe el riesgo de eliminar una empresa, la estructura de la competencia en la Comunidad y también las actividades económicas a las que se dedica la empresa se ven afectadas.
21. El requisito de producir un efecto en el comercio «entre los Estados miembros» implica que debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercute por lo menos en dos Estados miembros. No es necesario que el acuerdo o la práctica afecten al comercio entre un Estado miembro y el conjunto de otro Estado miembro. Los artículos 81 y 82 pueden ser aplicables también en casos que incidan sobre una parte de un Estado miembro a condición de que el efecto sobre el comercio sea apreciable ⁽¹³⁾.
22. La aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia. El comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional ⁽¹⁴⁾.
24. El método de prueba desarrollado por el Tribunal de Justicia consta de los siguientes elementos principales, que se examinan en las secciones que figuran a continuación:
- «un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho»,
 - una influencia en las «corrientes comerciales entre Estados miembros»,
 - «una influencia directa o indirecta, real o potencial en las corrientes comerciales».
- 2.3.1. *Un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho*
25. La evaluación de los efectos comerciales se basa en factores objetivos. No es necesario que exista una intención subjetiva por parte de las empresas implicadas. No obstante, si existen pruebas de que las empresas pretendían afectar al comercio entre Estados miembros, por ejemplo si quisieron obstaculizar las exportaciones o importaciones de otros Estados miembros, este es un factor pertinente que debe tenerse en cuenta.
26. La expresión «pueda afectar» y el hecho de que el Tribunal de Justicia haga referencia a «un grado suficiente de probabilidad» implican que, para que el Derecho comunitario sea aplicable, no es necesario establecer que el acuerdo o práctica realmente vaya a producir o haya producido un efecto sobre el comercio entre Estados miembros. Basta con que el acuerdo o práctica «pueda» producir tal efecto ⁽¹⁷⁾.
27. No hay obligación ni necesidad alguna de calcular el volumen real del comercio entre los Estados miembros afectados por el acuerdo o práctica. Por ejemplo, tratándose de los acuerdos que prohíben las exportaciones a otros Estados miembros no es necesario calcular cuál habría sido el nivel del comercio paralelo entre los Estados miembros afectados de no existir el acuerdo. Esta interpretación es coherente con el carácter jurisdiccional del criterio del efecto sobre el comercio. El ámbito de aplicación del Derecho comunitario se amplía a las categorías de acuerdos y prácticas que pueden tener efectos transfronterizos, independientemente de que el acuerdo o práctica en cuestión produzca realmente tales efectos.
28. La apreciación del criterio del efecto sobre el comercio depende de varios factores que pueden no ser decisivos si se toman por separado ⁽¹⁸⁾. Estos factores son la naturaleza del acuerdo y de la práctica, la naturaleza de los productos cubiertos por el acuerdo o práctica y la posición e importancia de las empresas interesadas ⁽¹⁹⁾.

2.3. La noción de «pueda afectar»

23. La función de la noción de «pueda afectar» consiste en definir la naturaleza del impacto necesario sobre el comercio entre Estados miembros. Según el modelo de análisis desarrollado por el Tribunal de Justicia, la noción de «pueda afectar» implica que debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. Tal como ya se ha indicado en el punto 20, el Tribunal de Justicia ha desarrollado además un modelo de análisis en función de si el acuerdo o práctica afecta o no a la estructura de la competencia. Cuando el acuerdo o práctica es susceptible de afectar a la estructura de la competencia en la Comunidad, se aplica el Derecho comunitario.

29. La naturaleza del acuerdo y de la práctica constituye un indicio, desde un punto de vista cualitativo, de la posibilidad de que el acuerdo o práctica afecte al comercio entre Estados miembros. Algunos acuerdos y prácticas pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre los Estados miembros, mientras que otros requieren un análisis más detallado a este respecto. Los carteles transfronterizos son un ejemplo del primer caso, mientras que las empresas en participación que se limitan al territorio de un único Estado miembro son un ejemplo del segundo. Este aspecto se examina más adelante en la sección 3, que trata de las diversas categorías de acuerdos y prácticas.
30. La naturaleza de los productos cubiertos por los acuerdos o prácticas también constituye un indicio de la posibilidad de que el comercio se vea afectado. Cuando, por su naturaleza, los productos se comercian fácilmente a través de las fronteras o son importantes para las empresas que quieren introducirse o ampliar sus actividades en otros Estados miembros, es más fácil establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario que cuando, debido a su naturaleza, existe una demanda limitada de los productos ofertados por los proveedores de otros Estados miembros y cuando el interés de los productos es limitado desde el punto de vista del establecimiento transfronterizo o de la expansión de la actividad económica desarrollada desde dicho establecimiento⁽²⁰⁾. El concepto de «establecimiento» incluye la creación, por parte de empresas radicadas en un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales en otro Estado miembro.
31. La posición de mercado de las empresas interesadas y sus volúmenes de ventas son indicativos, desde un punto de vista cuantitativo, de la capacidad del acuerdo y de la práctica en cuestión para afectar al comercio entre Estados miembros. Este aspecto, que forma parte integrante de la evaluación de la apreciabilidad, se examina más adelante en la sección 2.4.
32. Junto a los factores ya mencionados, es necesario tener en cuenta el entorno de hecho y de derecho en el que opera el acuerdo o práctica. El correspondiente contexto económico y jurídico proporciona una perspectiva de las posibilidades de comerciar entre Estados miembros. Si existen barreras absolutas al comercio transfronterizo entre Estados miembros, que sean extrínsecas al acuerdo o práctica, sólo es posible que el comercio se vea afectado si es probable que estas barreras desaparezcan en un futuro próximo. En caso de que las barreras no sean absolutas sino que se limiten a dificultar las actividades transfronterizas, es primordial asegurarse de que los acuerdos y prácticas no obstaculizan aún más tales actividades. Tales acuerdos pueden afectar al comercio entre los Estados miembros.
- 2.3.2. *Una influencia en las «corrientes comerciales entre Estados miembros»*
33. Para que los artículos 81 y 82 sean aplicables debe existir una influencia suficiente en las «corrientes comerciales entre Estados miembros».
34. El concepto «corrientes comerciales» es neutro. No es necesario que el comercio se vea restringido o reducido⁽²¹⁾. Las corrientes comerciales también pueden verse afectadas cuando un acuerdo o una práctica causan un incremento del comercio. Efectivamente, el Derecho comunitario es aplicable cuando sea probable que el comercio entre Estados miembros se desarrolle de forma diferente según que exista o no un acuerdo o una práctica⁽²²⁾.
35. Esta interpretación refleja el hecho de que el criterio del efecto sobre el comercio es un criterio jurisdiccional, que sirve para distinguir los acuerdos y prácticas que pueden producir efectos transfronterizos que justifiquen un examen con arreglo a las normas comunitarias de competencia, de aquellos acuerdos y prácticas que no producen dichos efectos.
- 2.3.3. *Una influencia «directa o indirecta, real o potencial» sobre las corrientes comerciales*
36. La influencia de los acuerdos y prácticas sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros puede ser «directa o indirecta, real o potencial».
37. Los efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros suelen producirse en relación con los productos cubiertos por un acuerdo o una práctica. Cuando, por ejemplo, los fabricantes de un determinado producto en diversos Estados miembros acuerdan repartirse los mercados, se producen efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros en el mercado de los productos en cuestión. Otro ejemplo de efecto directo se presenta cuando un proveedor limita los descuentos a los distribuidores a los productos vendidos en el Estado miembro donde están establecidos los distribuidores. Estas prácticas incrementan el precio relativo de los productos destinados a las exportaciones, lo que hace que las ventas de exportación sean menos atractivas y menos competitivas.
38. Los efectos indirectos suelen ocurrir en relación con los productos vinculados con productos cubiertos por un acuerdo o práctica. Pueden producirse efectos indirectos, por ejemplo, cuando un acuerdo o práctica tiene un impacto en las actividades económicas transfronterizas de las empresas que utilizan o se basan en los productos cubiertos por el acuerdo o práctica⁽²³⁾. Tales efectos pue-

den, por ejemplo, surgir cuando el acuerdo o práctica se refiere a un producto intermedio que no se comercia, pero que se utiliza en el suministro de un producto final que sí se comercia. El Tribunal de Justicia ha manifestado que el comercio entre Estados miembros podía verse afectado en el caso de un acuerdo de fijación de los precios de los aguardientes utilizados en la producción de coñac ⁽²⁴⁾. Aunque la materia prima no se exportaba, el producto final — el coñac — sí. En estos casos es pues aplicable el Derecho comunitario de competencia si el comercio del producto final puede verse afectado de forma significativa.

39. Los efectos indirectos sobre el comercio entre Estados miembros también pueden producirse en relación con los productos cubiertos por el acuerdo o la práctica. Por ejemplo, los acuerdos por los que un fabricante limita la garantía a los productos vendidos por los distribuidores en su Estado miembro de establecimiento disuaden a los consumidores de otros Estados miembros de comprar los productos debido a que no podrían hacer valer la garantía ⁽²⁵⁾, a exportación por parte de los distribuidores oficiales y los comerciantes paralelos se ve dificultada porque a los ojos de los consumidores los productos son menos interesantes si carecen de la garantía del fabricante ⁽²⁶⁾.
40. Los efectos reales sobre el comercio entre Estados miembros son los producidos por el acuerdo o práctica una vez que se pone en práctica. Por ejemplo, un acuerdo entre un proveedor y un distribuidor del mismo Estado miembro que prohíba las exportaciones a otros Estados miembros producirá probablemente efectos reales sobre el comercio entre Estados miembros. Si no existiera el acuerdo, el distribuidor tendría libertad para exportar. Sin embargo, cabe recordar que no es necesario demostrar los efectos reales; basta con que el acuerdo o la práctica pueda producir tales efectos.
41. Los efectos potenciales son los que pueden producirse en el futuro con un grado suficiente de probabilidad. Es decir, se debe tener en cuenta la evolución previsible del mercado ⁽²⁷⁾. Incluso si el comercio no pudiera verse afectado cuando se concluye el acuerdo o se lleva a efecto la práctica, los artículos 81 y 82 siguen siendo aplicables si es probable que los elementos que llevaron a esa conclusión cambien en un futuro próximo. A este respecto, conviene tener en cuenta el impacto de las medidas de liberalización adoptadas por la Comunidad o por el Estado miembro en cuestión y de otras medidas preVISIBLES destinadas a eliminar los obstáculos legales al comercio.
42. Por otra parte, aun cuando en un determinado momento las condiciones de mercado sean desfavorables al comercio transfronterizo, por ejemplo porque los precios son similares en los Estados miembros en cuestión, todavía es posible que el comercio se vea afectado si la situación

puede variar según se modifiquen las condiciones del mercado ⁽²⁸⁾. Lo que importa es la posibilidad de que el acuerdo o la práctica afecten al comercio entre Estados miembros y no el hecho de que realmente lo hagan en un determinado momento.

43. La inclusión de los efectos indirectos y potenciales en dicho análisis de los efectos sobre el comercio entre Estados miembros no significa que el análisis pueda basarse en efectos remotos e hipotéticos. La autoridad o la parte que sostenga que el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado apreciablemente debe explicar por qué es probable que un determinado acuerdo produzca efectos indirectos y potenciales. Los efectos hipotéticos y especulativos no son suficientes para establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario. Por ejemplo, un acuerdo que incremente el precio de un producto no comerciable reduce la renta disponible de los consumidores. En la medida en que éstos disponen de menos dinero para gastar, comprarán menos productos importados de otros Estados miembros. Sin embargo, el vínculo entre estos efectos sobre la renta y el comercio entre Estados miembros suele ser de por sí demasiado remoto para establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario.

2.4. El concepto de apreciabilidad

2.4.1. Principio general

44. El criterio del efecto sobre el comercio incorpora un elemento cuantitativo, que limita la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. Los acuerdos y prácticas no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82 cuando sólo afectan al mercado de manera insignificante habida cuenta de la débil posición de las empresas interesadas en el mercado de los productos en cuestión ⁽²⁹⁾. La apreciabilidad puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate ⁽³⁰⁾.
45. La evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. Cuando, por su propia naturaleza, el acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre los Estados miembros, el umbral de apreciabilidad es inferior que cuando se trata de acuerdos y prácticas que, por su propia naturaleza, no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Cuanto más fuerte es la posición de mercado de las empresas interesadas, más probable es que un acuerdo o práctica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pueda hacerlo de forma apreciable ⁽³¹⁾.

46. En varios asuntos referentes a importaciones y exportaciones, el Tribunal de Justicia consideró que se cumplía el requisito de apreciabilidad cuando las ventas de las empresas interesadas representaban aproximadamente un 5 % del mercado ⁽³²⁾. Sin embargo, la cuota de mercado por sí sola no siempre se ha considerado el factor decisivo. También es necesario tener en cuenta, en particular, el volumen de negocios de las empresas correspondiente a los productos en cuestión ⁽³³⁾.
47. Así pues, la apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocios) como relativos, comparando la posición de la empresa o empresas interesadas con la de otros operadores en el mercado (cuota de mercado). Al centrarse en la posición e importancia de las empresas interesadas, se es coherente con el concepto de «poder afectar», que implica que la evaluación se basa en la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio entre Estados miembros, en vez de basarse en el impacto sobre los movimientos transfronterizos reales de bienes y servicios. La posición de mercado de las empresas interesadas y su volumen de negocios correspondiente a los productos de que se trate constituyen una orientación en cuanto a la capacidad de un acuerdo o de una práctica para afectar al comercio entre Estados miembros. Estos dos elementos se reflejan en la regla AEAC establecida más adelante en el punto 52.
48. Para aplicar la prueba de la apreciabilidad no es imprescindible definir los mercados de referencia y calcular las cuotas de mercado ⁽³⁴⁾. Las ventas de una empresa en términos absolutos pueden bastar para llegar a la conclusión de que el impacto sobre el comercio es apreciable. Esto es especialmente cierto en el caso de los acuerdos y las prácticas que por su propia naturaleza pueden afectar al comercio entre Estados miembros, por ejemplo porque atañen a las importaciones o exportaciones o porque abarcan varios Estados miembros. El hecho de que en tales circunstancias el volumen de negocios correspondiente a los productos objeto del acuerdo pueda ser suficiente para considerar que existe un efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros se refleja en la presunción positiva establecida más adelante en el punto 53.
49. Los acuerdos y las prácticas deben considerarse siempre en el contexto económico y jurídico en el que se presentan. En el caso de los acuerdos verticales puede ser necesario tener en cuenta cualquier efecto acumulativo de las redes paralelas de acuerdos similares ⁽³⁵⁾. Incluso cuando un acuerdo o red de acuerdos no sean capaces por sí solos de afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros, el efecto de redes paralelas de acuerdos tomadas en su conjunto, puede ser capaz de hacerlo. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que el acuerdo individual o la red de acuerdos contribuya de forma significativa a afectar de forma global al comercio ⁽³⁶⁾.
- 2.4.2. *Cuantificación de la apreciabilidad*
50. No es posible establecer unas normas cuantitativas generales que abarquen todas las categorías de acuerdos y que indiquen cuándo es posible que el comercio entre Estados miembros se vea afectado de forma apreciable. Sin embargo, si es posible indicar cuándo suele ser posible que el comercio entre Estados miembros no se vea afectado de forma apreciable. En primer lugar, en su Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado (la regla de *minimis*) ⁽³⁷⁾ la Comisión establece que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas (PYME) según se definen en el Anexo a la Recomendación de la Comisión 96/280/CE ⁽³⁸⁾ no suelen poder afectar al comercio entre los Estados miembros. El motivo de esta presunción radica en el hecho de que las actividades de las PYME suelen ser normalmente de carácter local o, como mucho, regional. Sin embargo, las PYME pueden estar sujetas al derecho comunitario, especialmente cuando realizan actividades económicas transfronterizas. En segundo lugar, la Comisión considera conveniente establecer unos principios generales que indiquen cuándo el comercio entre Estados miembros no suele poder verse afectado de una forma apreciable, es decir, una regla que defina la ausencia de un efecto apreciable sobre el comercio entre Estados miembros (regla AEAC). Al aplicar el artículo 81, la Comisión considerará esta regla como presunción negativa *iuris tantum* aplicable a todos los acuerdos en el sentido del apartado 1 del artículo 81, independientemente de la naturaleza de las restricciones contenidas en el acuerdo, incluidas aquellas restricciones consideradas especialmente graves en los reglamentos de exención por categorías y en las directrices de la Comisión. Cuando se aplique esta presunción, la Comisión no incoará normalmente un procedimiento, ni a instancia de parte ni por iniciativa propia. Cuando las empresas crean de buena fe que un acuerdo está cubierto por esta presunción negativa, la Comisión no impondrá multas.
51. Sin perjuicio del siguiente punto 53, esta definición negativa de la apreciabilidad no implica que los acuerdos y las prácticas abusivas que no se ajusten a los criterios establecidos a continuación puedan automáticamente afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros. Es necesario proceder a un análisis caso por caso.
52. La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones:
- a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 %, y
 - b) En el caso de acuerdos horizontales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas ⁽³⁹⁾ correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros.

En el caso de acuerdos verticales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad del proveedor de los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros. En el caso de acuerdos de licencia, el volumen de negocios pertinente será el volumen de negocios total de los licenciarios de los productos que incorporen la tecnología licenciada y el volumen de negocios del propio licenciante en dichos productos. En caso de acuerdos entre un comprador y varios proveedores, el volumen de negocios aplicable será el del comprador.

La Comisión aplicará esta misma presunción cuando durante dos años naturales sucesivos el mencionado umbral de volumen de negocios no se supere en más del 10 % y el citado umbral de cuota de mercado no se supere en más de 2 puntos porcentuales. Cuando el acuerdo se refiera a un mercado emergente pero no existente todavía y cuando, de resultas del acuerdo, las partes no generen un volumen de negocios importante ni acumulen una cuota de mercado significativa, la Comisión no aplicará esta presunción. En estos casos la apreciabilidad puede tener que evaluarse en función de la posición de las partes en los mercados de productos relacionados o de su fuerza con respecto a las tecnologías relacionadas con el acuerdo.

53. La Comisión también considerará que cuando, por su propia naturaleza, un acuerdo o práctica puedan afectar al comercio entre Estados miembros, por ejemplo por interesar a importaciones y exportaciones o abarcar varios Estados miembros, existe la presunción positiva refutable de que tales efectos sobre el comercio son apreciables cuando el volumen de negocios de las partes en los productos cubiertos por el acuerdo calculado según se indica en los puntos 52 y 54 sea superior a 40 millones de euros. En caso de acuerdos que puedan, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros también se podrá presumir frecuentemente que los efectos son apreciables cuando la cuota de mercado de las partes supere el umbral del 5 % establecido en el punto anterior. No obstante, esta presunción no se aplica cuando el acuerdo sólo abarca una parte de un Estado miembro, véase el punto 90.
54. El umbral de volumen de negocios de 40 millones de euros se calcula sobre la base de las ventas totales en la Comunidad de los productos cubiertos por el acuerdo (los productos contractuales), sin incluir impuestos, realizadas durante el ejercicio presupuestario anterior por las empresas interesadas, véase el punto 52. No se incluyen las ventas entre entidades que formen parte de la misma empresa ⁽⁴⁰⁾.
55. Para aplicar el umbral de cuota de mercado, es necesario determinar el mercado de referencia ⁽⁴¹⁾. Éste está com-
- puesto por el mercado de productos de referencia y el mercado geográfico de referencia. Las cuotas de mercado se deben calcular sobre la base del valor de las ventas o, en su caso, del valor de las compras. Cuando estos datos no estén disponibles, podrán utilizarse otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, entre la que se incluyen los datos referentes al volumen.
56. En el caso de las redes de acuerdos concluidos por un mismo proveedor con distintos distribuidores, se tendrán en cuenta las ventas hechas por toda la red.
57. Los contratos que formen parte de un mismo concierto comercial global constituyen un único acuerdo a efectos de la regla AEAC ⁽⁴²⁾. Las empresas no pueden conformarse a estos umbrales mediante la fragmentación de un acuerdo que, desde el punto de vista económico, constituye un todo.

3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS MENCIONADOS A TIPOS COMUNES DE ACUERDOS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

58. La Comisión aplicará la presunción negativa establecida en la anterior sección a todos los acuerdos, incluidos aquéllos que, por su propia naturaleza, pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, así como a los acuerdos que afectan al comercio con empresas radicadas en terceros países, véase a continuación la sección 3.3.
59. Fuera del ámbito de aplicación de la presunción negativa, la Comisión tendrá en cuenta los elementos cualitativos relacionados con la naturaleza del acuerdo o práctica y de los productos afectados, véanse puntos 29 y 30. La importancia de la naturaleza del acuerdo también se refleja en la presunción positiva establecida en el punto 53 referente a la apreciabilidad de los acuerdos que por su propia naturaleza pueden afectar al comercio entre Estados miembros. Con objeto de dar una orientación suplementaria en cuanto a la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio conviene por lo tanto estudiar varios tipos comunes de acuerdos y prácticas.
60. Las secciones siguientes establecen una distinción fundamental entre los acuerdos y las prácticas que abarcan varios Estados miembros y los acuerdos y las prácticas que se limitan a un único Estado miembro o a una parte de un Estado miembro. Estas dos categorías principales se dividen a su vez en otras subcategorías en función de la naturaleza del acuerdo o de la práctica. También se examinan los acuerdos y las prácticas que atañen a terceros países.

3.1. Acuerdos y abusos que abarcan o se aplican en varios Estados miembros

61. En casi todos los casos, los acuerdos y prácticas que abarcan o se aplican en varios Estados miembros pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros. Por consiguiente, cuando el volumen de negocios pertinente supera el umbral establecido en el anterior punto 53, no será necesario en la mayor parte de los casos realizar un análisis pormenorizado de la posibilidad de que el comercio entre los Estados miembros se vea afectado. Sin embargo, con objeto de ofrecer una orientación también en estos casos y de ilustrar los principios expuestos en la anterior Sección 2, conviene explicar los factores que se suelen usar para acreditar la aplicabilidad del Derecho comunitario.

3.1.1. Acuerdos referentes a importaciones y exportaciones

62. Los acuerdos entre empresas de dos o más Estados miembros que se refieran a importaciones y exportaciones pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros. Tales acuerdos, con independencia de que restrinjan o no la competencia, tienen un impacto directo en las corrientes comerciales entre Estados miembros. Por ejemplo, en el asunto Kerpen & Kerpen, referente a un acuerdo entre un productor francés y un distribuidor alemán que abarcaban más del 10 % de las exportaciones de cemento de Francia a Alemania, exportaciones que ascendían en total a 350 000 toneladas anuales, el Tribunal de Justicia sostuvo que era imposible considerar que dicho acuerdo no podía afectar (sensiblemente) al comercio entre los Estados miembros ⁽⁴³⁾.

63. Esta categoría de acuerdos abarca los que imponen restricciones a las importaciones y exportaciones, incluidas las restricciones de las ventas activas y pasivas y de la reventa por los compradores a clientes situados en otros Estados miembros ⁽⁴⁴⁾. En estos casos hay un vínculo inherente entre la presunta restricción de la competencia y el efecto sobre el comercio, puesto que el fin mismo de la restricción es impedir los movimientos de bienes y servicios entre los Estados miembros, que serían posibles de no existir la restricción. Es indiferente que las partes del acuerdo estén radicadas en un mismo Estado miembro o en Estados miembros diferentes.

3.1.2. Carteles que abarcan varios Estados miembros

64. Los carteles tales como los de fijación de precios y de reparto del mercado que abarcan varios Estados miembros pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros. Los carteles transfronterizos armonizan las condiciones de competencia y afectan a la interpenetración del comercio al consolidar las corrientes comerciales tradicionales ⁽⁴⁵⁾. El hecho de que las empresas acuerden asignar territorios geográficos de interés puede eliminar o reducir las ventas desde otras zonas

hacia los territorios asignados. Cuando las empresas acuerdan fijar precios, eliminan la competencia así como cualquier diferencia de precios resultante que pudiera incitar tanto a los competidores como a los clientes a dedicarse al comercio transfronterizo. Cuando las empresas acuerdan cuotas de ventas, protegen las corrientes comerciales tradicionales. Las empresas afectadas se abstienen de ampliar la producción y, por ende, de servir a clientes potenciales en otros Estados miembros.

65. El efecto sobre el comercio que producen los carteles transfronterizos también suele ser apreciable, por su propia naturaleza, debido a la posición de mercado de las partes del cartel. Normalmente los carteles sólo se forman cuando las empresas participantes poseen conjuntamente una amplia cuota de mercado, puesto que esto les permite subir el precio o reducir la producción.

3.1.3. Acuerdos de cooperación horizontal que abarcan varios Estados miembros

66. Esta sección abarca diversos tipos de acuerdos de cooperación horizontal. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden, por ejemplo, tomar la forma de acuerdos por los que dos o más empresas cooperan en la realización de una actividad económica concreta tal como la producción y distribución ⁽⁴⁶⁾. A menudo estos acuerdos se denominan de empresa en participación. Sin embargo, las empresas en participación que desempeñen con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente están cubiertas por el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas ⁽⁴⁷⁾. En el ámbito de la Comunidad, los artículos 81 y 82 no se aplican a estas empresas en participación con plenas funciones, salvo en los supuestos de aplicación del párrafo 4 del artículo 2 del Reglamento de control de concentraciones ⁽⁴⁸⁾. Así pues, la presente sección no se refiere a las empresas en participación con plenas funciones. En el caso de las empresas en participación que no tienen plenas funciones, la entidad conjunta no opera como proveedor (o comprador) independiente en ningún mercado. Simplemente sirve a las empresas matrices, que a su vez operan en el mercado ⁽⁴⁹⁾.

67. Las empresas en participación que se dedican a actividades en dos o más Estados miembros o que fabrican una producción vendida por las empresas matrices en dos o más Estados miembros afectan a las actividades comerciales de las partes en las correspondientes zonas de la Comunidad. Por lo tanto, estos acuerdos pueden afectar en principio por su propia naturaleza al comercio entre Estados miembros en comparación con la situación que se daría de no existir el acuerdo ⁽⁵⁰⁾. Las corrientes comerciales se ven afectadas cuando las empresas trasladan sus actividades a la empresa en participación o la utilizan para crear una nueva fuente de suministro en la Comunidad.

68. El comercio también puede verse afectado cuando una empresa en participación produce un bien para las empresas matrices que éstas posteriormente transforman o incorporan a un producto. Es probable que esto ocurra cuando el producto intermedio en cuestión se obtenía antes de suministradores de otros Estados miembros, cuando las matrices producían antes dicho producto intermedio en otros Estados miembros o cuando el producto final se comercia en más de un Estado miembro.
69. Al evaluar la apreciabilidad es importante tener en cuenta las ventas de los productos relacionados con el acuerdo realizadas por las matrices y no solamente las realizadas por la entidad conjunta creada por el acuerdo, dado que la empresa en participación no opera como entidad autónoma en ningún mercado.
- 3.1.4. *Acuerdos verticales implementados en varios Estados miembros*
70. En principio, los acuerdos verticales y las redes de acuerdos verticales similares aplicados en varios Estados miembros pueden afectar al comercio entre Estados miembros, cuando dan lugar a que el comercio se canalice de una determinada manera. Por ejemplo, las redes de acuerdos de distribución selectiva aplicados en dos o más Estados miembros canalizan el comercio de una manera particular porque limitan el comercio a los miembros de la red, afectando así a las corrientes comerciales frente a la situación que se daría de no existir el acuerdo ⁽⁵¹⁾.
71. El comercio entre Estados miembros también puede verse afectado por los acuerdos verticales que producen efectos de exclusión. Por ejemplo, esto puede ocurrir con los acuerdos por los que los distribuidores de varios Estados miembros acuerdan comprar únicamente a un determinado proveedor o vender sólo sus productos. Estos acuerdos pueden limitar el comercio entre los Estados miembros en los que se aplican los acuerdos o el comercio procedente de los Estados miembros no cubiertos por los acuerdos. La exclusión puede ser fruto de acuerdos individuales o de redes de acuerdos. Cuando un acuerdo o red de acuerdos que abarca varios Estados miembros produce efectos de exclusión, la capacidad del acuerdo o acuerdos para afectar al comercio entre Estados miembros suele ser, por su propia naturaleza, apreciable.
72. Los acuerdos entre proveedores y distribuidores sobre la imposición de precios de reventa y que abarcan dos o más Estados miembros también pueden afectar en principio por su propia naturaleza al comercio entre Estados miembros ⁽⁵²⁾. Dichos acuerdos alteran los niveles de precios que habrían existido a falta de los acuerdos y por ello afectarán probablemente a las corrientes comerciales.
- 3.1.5. *Abusos de posición dominante que abarcan varios Estados miembros*
73. En caso de abuso de posición dominante conviene distinguir entre los abusos que plantean barreras a la entrada o eliminan competidores (exclusión abusiva) y aquéllos mediante los cuales la empresa dominante se aprovecha de su poder económico, por ejemplo practicando precios excesivos o discriminatorios (explotación abusiva). Ambos tipos de abuso pueden llevarse a cabo ya sea mediante acuerdos, que también entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, o mediante una conducta unilateral, que, en lo que respecta al Derecho comunitario, sólo está sujeta al artículo 82.
74. En explotaciones abusivas tales como los descuentos discriminatorios, la repercusión se produce sobre los socios comerciales del mercado posterior, que resultan beneficiados o perjudicados, lo cual altera su situación competitiva y afecta a las corrientes del comercio entre Estados miembros.
75. Cuando una empresa dominante incurre en una conducta excluyente en más de un Estado miembro es posible que tal abuso afecte, por su propia naturaleza, al comercio entre Estados miembros. Semejante conducta tiene un impacto negativo en la competencia en una zona que trasciende el territorio de un sólo Estado miembro, que puede desviar las corrientes comerciales del curso que habrían seguido de no haber existido el abuso. Por ejemplo, las corrientes comerciales pueden verse afectadas cuando la empresa dominante concede descuentos por fidelidad. Es probable que los clientes incluidos en el régimen de descuentos excluyentes compren menos a los competidores de la empresa dominante de lo que hubieran comprado de no existir el descuento. La conducta excluyente que pretende directamente eliminar un competidor, como los precios predatorios, también puede afectar al comercio entre Estados miembros debido a su repercusión sobre la estructura de la competencia en la Comunidad ⁽⁵³⁾. Cuando una empresa dominante incurre en una conducta destinada a eliminar a un competidor que opera en más de un Estado miembro, se puede afectar al comercio de varias maneras. Primero, existe un riesgo de que el competidor afectado deje de ser una fuente de suministro dentro de la Comunidad. Aun cuando no consiguiera eliminar al competidor en cuestión, es probable que su futura conducta competitiva se viera afectada, lo que también puede repercutir sobre el comercio entre los Estados miembros. En segundo lugar, el abuso puede producir un impacto en otros competidores. A través de su comportamiento abusivo la empresa dominante puede hacer ver a sus competidores que impondrá su disciplina frente a las tentativas de dedicarse a una auténtica competencia. En tercer lugar, el propio hecho de la eliminación de un competidor puede bastar para poder afectar al comercio entre Estados miembros. Esto puede ocurrir incluso cuando la empresa que corre el peligro de ser eliminada se dedica principalmente a exportar a terceros países ⁽⁵⁴⁾. A partir del momento en que existe el peligro de que la estructura de la competencia efectiva en la Comunidad se vea más afectada, es de aplicación el Derecho comunitario.

76. Cuando una empresa dominante incurre en explotaciones o exclusiones abusivas en más de un Estado miembro, la posibilidad de que el abuso afecte al comercio entre Estados miembros también será en principio apreciable, por su propia naturaleza. Dada la posición de mercado de la empresa dominante en cuestión y el hecho de que el abuso se aplica en varios Estados miembros, la dimensión del abuso y su probable repercusión sobre las corrientes comerciales suele ser tal que puede afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros. En casos de explotación abusiva tales como la discriminación de precios, el abuso altera la posición competitiva de los socios comerciales en varios Estados miembros. En los casos de exclusión abusiva, como los abusos destinados a eliminar un competidor, se ve afectada la actividad económica de los competidores en varios Estados miembros. La mera existencia de una posición dominante en varios Estados miembros ya implica un debilitamiento de la competencia en una parte sustancial del mercado común⁽⁵⁵⁾. Cuando una empresa en posición dominante debilita la competencia aún más al incurrir en una conducta abusiva —por ejemplo eliminando a un competidor—, la posibilidad de que el abuso afecte al comercio entre Estados miembros es, en principio, apreciable.

3.2. Acuerdos y abusos que sólo abarcan un Estado miembro o una parte del mismo

77. Cuando los acuerdos o las prácticas abusivas abarcan el territorio de un único Estado miembro, puede ser necesario proceder a una investigación más detallada de la capacidad de los acuerdos o de las prácticas abusivas para afectar al comercio entre Estados miembros. Se recuerda que para que se produzca un efecto sobre el comercio entre Estados miembros no es necesario que se reduzca el comercio. Basta con que se pueda causar un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre los Estados miembros. Sin embargo, en muchos casos en los que sólo se ve afectado un Estado miembro, la naturaleza de la presunta infracción y, en especial, su tendencia a cerrar el mercado nacional constituye una buena indicación de la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio entre Estados miembros. Los ejemplos mencionados a continuación no son exhaustivos. Son simplemente ejemplos que indican cuándo cabe considerar que los acuerdos que se limitan al territorio de un Estado miembro pueden afectar al comercio entre Estados miembros.

3.2.1. Carteles que abarcan un único Estado miembro

78. En principio, los carteles horizontales que abarcan todo un Estado miembro, pueden afectar al comercio entre Estados miembros. Los tribunales comunitarios han sostenido en varias sentencias que los acuerdos que abarcan la integridad del territorio de un Estado miembro producen por su propia naturaleza el efecto de consolidar la compartimentación de los mercados a escala nacional impidiendo la penetración económica que el Tratado pretende lograr⁽⁵⁶⁾.

79. La capacidad de tales acuerdos para compartimentar el mercado interior se debe a que las empresas, al participar en carteles que sólo abarcan un Estado miembro, necesitan normalmente tomar medidas para excluir a los com-

petidores de otros Estados miembros⁽⁵⁷⁾. Si no lo hacen, y el producto cubierto por el acuerdo es comerciable⁽⁵⁸⁾, el cartel corre el riesgo de verse menoscabado por la competencia de empresas de otros Estados miembros. Tales acuerdos también suelen, por su propia naturaleza, poder producir efectos apreciables en el comercio entre Estados miembros, dada la cobertura de mercado que estos carteles necesitan para ser eficaces.

80. Teniendo en cuenta que el concepto de efecto sobre el comercio abarca los efectos potenciales, no es determinante que tal acción contra los competidores de otro Estado miembro se haya tomado en un determinado momento. Si el precio aplicado por el cartel es similar al precio que existe en otros Estados miembros puede que no haya ninguna necesidad inmediata de que los miembros del cartel tomen medidas contra los competidores de otros Estados miembros. Lo que importa es si efectivamente es probable que lo hagan, en caso de que cambien las condiciones del mercado. Esta probabilidad depende de que existan o no en el mercado obstáculos naturales al comercio, y especialmente de que el producto en cuestión sea o no comerciable. Por ejemplo, en un asunto relativo a ciertos servicios bancarios al por menor⁽⁵⁹⁾ Tribunal de Justicia sostuvo que el comercio no podía verse afectado de forma apreciable porque el potencial de comercio de los productos concretos en cuestión era muy limitado y porque su importancia no era decisiva en la elección efectuada por las empresas extranjeras de establecerse o no en el Estado miembro en cuestión⁽⁶⁰⁾.

81. El grado en que los miembros de un cartel supervisan los precios y a los competidores de otros Estados miembros puede proporcionar una indicación de hasta qué punto los productos cubiertos por el cartel son comerciables. La supervisión sugiere que se considera que la competencia y los competidores de otros Estados miembros constituyen una amenaza potencial para el cartel. Por otra parte, si existen pruebas de que los miembros del cartel fijan deliberadamente el nivel de precios en función del nivel de precios existente en otros Estados miembros (limitación de precios), ello indica que los productos en cuestión son comerciables y que el comercio entre Estados miembros puede verse afectado.

82. También se puede afectar normalmente al comercio cuando los miembros de un cartel nacional atenúan la presión de la competencia impuesta por los competidores de otros Estados miembros induciéndolos a unirse al acuerdo restrictivo o cuando su exclusión del acuerdo sitúa a los competidores en una desventaja competitiva⁽⁶¹⁾. En estos casos el acuerdo o bien impide que estos competidores se beneficien de cualquier ventaja competitiva que tengan, o bien incrementa sus costes, lo cual produce un impacto negativo en su competitividad y en sus ventas. En ambos casos el acuerdo obstaculiza las actividades de los competidores de otros Estados

miembros en el mercado nacional en cuestión. Esto también es cierto cuando se concluye un acuerdo de cartel limitado a un único Estado miembro entre empresas que revenden productos importados de otros Estados miembros ⁽⁶²⁾.

3.2.2. Acuerdos de cooperación horizontal que abarcan un único Estado miembro

83. Los acuerdos de cooperación horizontal y, en especial, las empresas en participación sin plenas funciones (véase el punto 66) que se limitan a un único Estado miembro y que no atañen directamente a importaciones y exportaciones no se cuentan entre los tipos de acuerdos que, por su propia naturaleza pueden afectar al comercio entre Estados miembros. Por lo tanto, puede ser necesario examinar de forma cuidadosa la capacidad del acuerdo individual para afectar al comercio entre Estados miembros.

84. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden, en especial, ser capaces de afectar al comercio entre los Estados miembros cuando producen efectos de exclusión. Esto puede ocurrir con los acuerdos que establecen regímenes sectoriales de normalización y certificación, que o bien excluyen a empresas de otros Estados miembros o pueden ser cumplidos más fácilmente por las empresas del Estado miembro en cuestión debido a que se basan en normas y tradiciones nacionales. En tales circunstancias, los acuerdos hacen más difícil que las empresas de otros Estados miembros se introduzcan en el mercado nacional.

85. El comercio también puede verse afectado cuando una empresa en participación da lugar a que las empresas de otros Estados miembros queden desprovistas de un canal importante de distribución o de una fuente de demanda. Si, por ejemplo, dos o más distribuidores establecidos en el mismo Estado miembro y que representan una parte sustancial de las importaciones de los productos en cuestión crean una empresa en participación de compra que combina sus compras de ese producto, la consiguiente reducción del número de canales de distribución limita las posibilidades de que los proveedores de otros Estados miembros accedan al mercado nacional en cuestión. Por lo tanto, el comercio puede verse afectado ⁽⁶³⁾. Asimismo, puede verse afectado cuando las empresas que antes importaban un determinado producto crean una empresa en participación que se encarga de la producción de ese mismo producto. En este caso, el acuerdo causa un cambio de las corrientes comerciales entre Estados miembros en comparación con la situación anterior al acuerdo.

3.2.3. Acuerdos verticales que abarcan un único Estado miembro

86. Los acuerdos verticales que abarcan todo un Estado miembro pueden, en especial, ser capaces de afectar a las corrientes comerciales entre Estados miembros cuando hacen más difícil que las empresas de otros Estados miembros penetren en el mercado nacional en cuestión,

ya sea exportando o estableciéndose en él (efecto de exclusión). Cuando los acuerdos verticales dan lugar a tales efectos de exclusión, contribuyen a compartimentar los mercados a escala nacional, impidiendo la interpenetración económica que el Tratado pretende lograr ⁽⁶⁴⁾.

87. La exclusión puede ocurrir, por ejemplo, cuando los proveedores imponen obligaciones de compra exclusiva a los compradores ⁽⁶⁵⁾. En el asunto *Delimitis* ⁽⁶⁶⁾ relativo a unos acuerdos entre un fabricante de cerveza y los propietarios de los locales en los que se consumía la cerveza, por los cuales estos últimos se comprometían a comprar cerveza exclusivamente al fabricante, el Tribunal de Justicia definió la exclusión como la falta de posibilidades reales y concretas de acceder al mercado, debido a los acuerdos. Normalmente, los acuerdos sólo crean barreras significativas a la entrada cuando abarcan una proporción significativa del mercado. La cuota de mercado y el mercado abarcado pueden utilizarse como indicadores a este respecto. Al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no sólo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas de acuerdos que produzcan efectos similares ⁽⁶⁷⁾.

88. Los acuerdos verticales que abarcan el conjunto de un Estado miembro y que se refieren a productos comerciables también pueden ser capaces de afectar al comercio entre Estados miembros, aun cuando no creen obstáculos directos al comercio. Los acuerdos por los que las empresas imponen los precios de reventa pueden tener efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros al aumentar las importaciones de otros Estados miembros y disminuir las exportaciones del Estado miembro en cuestión ⁽⁶⁸⁾. Los acuerdos que imponen los precios de reventa también pueden afectar a las corrientes comerciales de manera muy similar a la de los carteles horizontales. En la medida en que el precio de reventa impuesto sea más alto que el que existe en otros Estados miembros este nivel de precios sólo se puede mantener si es posible controlar las importaciones de otros Estados miembros.

3.2.4. Acuerdos que sólo abarcan una parte de un Estado miembro

89. Desde el punto de vista cualitativo, el enfoque aplicado a la evaluación de los acuerdos que sólo abarcan una parte de un Estado miembro es similar al aplicado a los acuerdos que cubren la totalidad de un Estado miembro. Esto significa que se aplica el análisis de la sección 2. No obstante, al evaluar la apreciabilidad cabe distinguir entre ambas categorías, pues hay que tener en cuenta que el acuerdo sólo abarca una parte de un Estado miembro. También se debe tener en cuenta la proporción del territorio nacional que puede ser objeto de actividad comercial. Si, por ejemplo, los costes de transporte o el radio de acción del material hacen que sea económicamente inviable para las empresas de otros Estados miembros prestar servicio en todo el territorio de otro Estado miembro, el comercio puede verse afectado si el acuerdo excluye el acceso a la parte del territorio de un Estado miembro que es objeto de actividad comercial, siempre que dicha parte no sea insignificante ⁽⁶⁹⁾.

90. Cuando un acuerdo excluye el acceso a un mercado regional, para que el comercio se vea afectado de forma apreciable el volumen de ventas afectado debe ser significativo en proporción al volumen total de ventas de los productos de que se trate en el Estado miembro en cuestión. Esta evaluación no puede basarse simplemente en la cobertura geográfica. Debe también tenerse en cuenta en su justa medida la cuota de mercado de las partes del acuerdo. Aun cuando las partes tengan una cuota de mercado importante en un mercado regional convenientemente definido, la dimensión de dicho mercado en términos de volumen puede ser insignificante en comparación con las ventas totales de los productos de que se trate en el Estado miembro en cuestión. Así pues, se considera generalmente que el mejor indicador de la capacidad del acuerdo para afectar (sensiblemente) al comercio entre Estados miembros es la cuota del mercado nacional en términos de volumen que resulta excluida. Los acuerdos que cubren áreas caracterizadas por una alta concentración de la demanda tendrán mayor peso que los que cubran áreas en las que la demanda esté menos concentrada. Para que sea de aplicación el Derecho comunitario, la cuota de mercado nacional que resulta excluida debe ser significativa.
91. Los acuerdos de carácter local no pueden afectar en sí mismos de manera apreciable al comercio entre los Estados miembros. Tal es el caso aún cuando el mercado local esté situado en una región fronteriza. Inversamente, si la cuota de mercado nacional excluida es significativa, es posible que el comercio se vea afectado aún cuando el mercado en cuestión no esté situado en una región fronteriza.
92. En los casos incluidos en esta categoría, puede caber tener en cuenta la jurisprudencia referente al concepto de «una parte sustancial del mercado común» contenido en el artículo 82⁽⁷⁰⁾. Se debe considerar que, por ejemplo, los acuerdos que tienen el efecto de obstaculizar el acceso de los competidores de otros Estados miembros a una parte de un Estado miembro que constituye una parte sustancial del mercado común producen un efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros.
- 3.2.5. *Abuso de posición dominante que abarca un único Estado miembro*
93. El comercio entre Estados miembros puede en principio verse afectado cuando una empresa que ocupe una posición dominante que abarca la totalidad de un Estado miembro incurra en exclusiones abusivas. Por lo general, esta conducta abusiva hará más difícil que los competidores de otros Estados miembros penetren en el mercado, en cuyo caso las corrientes comerciales pueden verse afectadas⁽⁷¹⁾. Por ejemplo, en el asunto Michelin⁽⁷²⁾, el Tribunal de Justicia sostuvo que un sistema de descuentos por fidelidad excluía a los competidores de otros Estados miembros y, por lo tanto, afectaba al comercio en el sentido del artículo 82. En el asunto Rennet⁽⁷³⁾ el Tribunal sostuvo asimismo que un abuso en forma de obligación de compra exclusiva impuesta a los clientes excluía los productos de otros Estados miembros.
94. Las exclusiones abusivas que afectan a la estructura de la competencia en un Estado miembro, por ejemplo eliminando o amenazando con eliminar a un competidor, también pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Cuando la empresa que puede ser eliminada sólo opera en un solo Estado miembro, el abuso no afectará en principio al comercio entre Estados miembros. Sin embargo, el comercio entre Estados miembros puede verse afectado cuando la empresa amenazada exporta a o importa de otros Estados miembros⁽⁷⁴⁾ y cuando también opera en otros Estados miembros⁽⁷⁵⁾. El impacto disuasivo del abuso sobre otros competidores puede producir un efecto en el comercio. Si, merced a una conducta repetida, la empresa dominante adquiere una reputación de aplicar prácticas excluyentes con respecto a los competidores que pretenden competir directamente, es probable que los competidores de otros Estados miembros compitan de forma menos agresiva, en cuyo caso el comercio puede verse afectado, aun cuando la víctima en cuestión no proceda de otro Estado miembro.
95. En los casos de explotación abusiva, como la discriminación de precios y los precios excesivos, la situación puede ser más compleja. La discriminación de precios entre clientes nacionales no afectará en principio al comercio entre Estados miembros. Puede hacerlo, sin embargo, cuando los compradores exportan y resultan perjudicados por los precios discriminatorios o si se utiliza esta práctica para impedir las importaciones⁽⁷⁶⁾. Las prácticas consistentes en ofrecer unos precios inferiores a los clientes que tienen mayores probabilidades de importar productos de otros Estados miembros pueden hacer más difícil que los competidores de otros Estados miembros se introduzcan en el mercado. En estos casos se puede afectar al comercio entre Estados miembros.
96. Mientras una empresa ocupe una posición dominante que abarca el conjunto de un Estado miembro, no suele ser importante que el abuso concreto de la empresa dominante sólo abarque una parte de su territorio o sólo afecte a ciertos compradores en el territorio nacional. Una empresa dominante puede impedir de forma significativa el comercio mediante la aplicación de una conducta abusiva a los ámbitos o a los clientes que tengan mayores probabilidades de constituir el objetivo de los competidores de otros Estados miembros. Por ejemplo, puede darse el caso de que un canal particular de distribución constituya un medio particularmente importante de acceder a amplias categorías de consumidores. El hecho de obstaculizar el acceso a tal canal puede repercutir de modo sustancial sobre el comercio entre Estados miembros. Al evaluar la apreciabilidad también debe tenerse en cuenta que es probable que la mera presencia de la empresa dominante que abarca la totalidad de un Estado miembro baste para dificultar la penetración del mercado. Así pues, se debería considerar que cualquier abuso que haga más difícil la penetración en el mercado nacional afecta sensiblemente al comercio. La combinación de la posición de mercado de la empresa dominante y de la naturaleza contraria a la competencia de su conducta implica que tales abusos tienen normalmente, por su propia naturaleza, un efecto apreciable

sobre el comercio. Sin embargo, si el abuso tiene un carácter puramente local o sólo concierne a una parte insignificante de las ventas de la empresa dominante en el Estado miembro en cuestión, el comercio no puede verse afectado de forma apreciable.

3.2.6. *Abuso de posición dominante que sólo abarca una parte de un Estado miembro*

97. Cuando una posición dominante sólo abarca una parte de un Estado miembro, cabe tener en cuenta, como en el caso de los acuerdos, la condición del artículo 82 que exige que la posición dominante abarque una parte sustancial del mercado común. Si la posición dominante cubre una parte de un Estado miembro que constituye una parte sustancial del mercado común y el abuso hace más difícil que los competidores de otros Estados miembros accedan al mercado en el que la empresa es dominante, se debe considerar que el comercio entre Estados miembros suele poder verse afectado de forma apreciable.

98. Al aplicar este criterio debe tenerse en cuenta especialmente la dimensión del mercado en cuestión en términos de volumen. Una región e incluso un puerto o un aeropuerto situado en un Estado miembro pueden, dependiendo de su importancia, constituir una parte sustancial del mercado común⁽⁷⁷⁾. En estos casos debe tenerse en cuenta si la infraestructura en cuestión se utiliza para prestar servicios transfronterizos y, en caso afirmativo, hasta qué punto. Cuando ciertas infraestructuras tales como aeropuertos y puertos son importantes desde el punto de vista de la prestación de servicios transfronterizos, es posible que el comercio entre Estados miembros se vea afectado.

99. Al igual que en el caso de las posiciones dominantes que abarcan la totalidad de un Estado miembro, véase el punto 95, si el abuso tiene un carácter puramente local o sólo concierne a una parte insignificante de las ventas de la empresa dominante, es posible que el comercio no se vea afectado de forma apreciable.

3.3. **Acuerdos y abusos referentes a importaciones y exportaciones con empresas radicadas en terceros países y acuerdos y abusos que atañen a empresas radicadas en terceros países**

3.3.1. *Observaciones generales*

100. Los artículos 81 y 82 se aplican a los acuerdos y prácticas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros incluso aunque una o varias partes estén situadas fuera de la Comunidad⁽⁷⁸⁾. Los artículos 81 y 82 se aplican independientemente del lugar donde las empresas estén establecidas o donde se haya concluido el acuerdo siempre que el acuerdo o práctica se aplique en la Comunidad⁽⁷⁹⁾ o produzca sus efectos en la misma⁽⁸⁰⁾. Los artículos 81 y 82 también pueden aplicarse a los acuerdos y prácticas que abarcan terceros países, a condición de que puedan afectar al comercio entre Estados miembros. El principio general establecido en la anterior sección 2, según el cual el acuerdo o la práctica deben ser capaces de producir una influencia apreciable, directa o

indirecta, real o potencial, sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros, también se aplica cuando los acuerdos y abusos atañen a empresas radicadas en terceros países o a importaciones y exportaciones con terceros países.

101. Para establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario basta con que el acuerdo o práctica, que atañe a terceros países o a empresas situadas en terceros países, pueda afectar a la actividad económica transfronteriza dentro de la Comunidad. La importación en un Estado miembro puede bastar para producir este tipo de efecto. Las importaciones pueden afectar a las condiciones de la competencia en el Estado miembro importador, lo cual a su vez puede tener un impacto en las exportaciones e importaciones de productos competidores hacia y desde otros Estados miembros. Es decir, las importaciones procedentes de terceros países que sean fruto del acuerdo o práctica pueden causar una desviación del tráfico comercial entre Estados miembros, afectando así a las corrientes comerciales.

102. Al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio a los citados acuerdos y prácticas conviene examinar, entre otras cosas, el objeto del acuerdo o de la práctica según se desprenda de su contenido o de la intención subyacente de las empresas implicadas⁽⁸¹⁾.

103. Cuando el objeto del acuerdo sea restringir la competencia dentro de la Comunidad, el requisito de producir efectos sobre el comercio entre Estados miembros es más fácil de probar que cuando el objeto estriba fundamentalmente en regular la competencia fuera de la Comunidad. Efectivamente, en el primer caso, el acuerdo o la práctica producen un impacto directo sobre la competencia dentro de la Comunidad y sobre el comercio entre los Estados miembros. Tales acuerdos y prácticas, que pueden referirse tanto a importaciones como a exportaciones, suelen, por su propia naturaleza, poder afectar al comercio entre Estados miembros.

3.3.2. *Acuerdos cuyo objeto es restringir la competencia dentro de la Comunidad*

104. En el caso de las importaciones, esta categoría incluye los acuerdos que dan lugar a un aislamiento del mercado interior⁽⁸²⁾. Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos por los que empresas competidoras en la Comunidad y en terceros países se reparten mercados, por ejemplo acordando no vender en los mercados nacionales de los demás o concluyendo acuerdos recíprocos de distribución (exclusiva)⁽⁸³⁾.

105. En el caso de las exportaciones, esta categoría incluye los casos en los que empresas que compiten en dos o más Estados miembros acuerdan exportar ciertas cantidades (excedentarias) a terceros países con objeto de coordinar su conducta de mercado dentro de la Comunidad. Tales acuerdos de exportación sirven para reducir la competencia de precios al limitar la producción dentro de la Comunidad, afectando así al comercio entre Estados miembros. Si no existiera el acuerdo de exportación estas cantidades podrían venderse dentro de la Comunidad⁽⁸⁴⁾.

3.3.3. Otros acuerdos

106. En el caso de los acuerdos y prácticas cuyo objeto no estriba en restringir la competencia dentro de la Comunidad, normalmente es necesario proceder a un análisis más detallado para comprobar si efectivamente pueden afectar a la actividad económica transfronteriza dentro de la Comunidad y, por ende, a las corrientes comerciales entre los Estados miembros.
107. A este respecto es pertinente examinar los efectos que el acuerdo o práctica producen en los clientes y otros operadores dentro de la Comunidad que dependen de los productos de las empresas participantes en el acuerdo o práctica⁽⁸⁵⁾. En el asunto *Compagnie maritime belge*⁽⁸⁶⁾, relativo a unos acuerdos entre navieras que operaban entre puertos comunitarios y puertos de África Occidental, se afirmó que los acuerdos podían afectar indirectamente al comercio entre Estados miembros porque alteraban las zonas de influencia de los puertos comunitarios cubiertos por los acuerdos y porque afectaban a las actividades de otras empresas dentro de esas zonas. Más concretamente, los acuerdos afectaban a las actividades de empresas que dependían de las partes para los servicios de transporte ya fuera como medio para el transporte de mercancías compradas o vendidas en terceros países, o como elemento importante de los servicios que ofrecían los propios puertos.
108. El comercio también puede verse afectado cuando el acuerdo impide reimportar en la Comunidad. Esto puede ocurrir, por ejemplo, con los acuerdos verticales entre proveedores comunitarios y distribuidores de terceros países que impongan restricciones a la reventa fuera de

un territorio asignado, incluida la Comunidad. Si, de no existir el acuerdo, la reventa en la Comunidad fuera posible y probable, tales importaciones pueden afectar a las corrientes comerciales dentro de la Comunidad⁽⁸⁷⁾.

109. Sin embargo, para que estos efectos sean probables, debe haber una diferencia apreciable entre los precios aplicados a los productos en la Comunidad y los aplicados fuera de la misma, y esta diferencia de precios no debe resultar compensada por los derechos de aduana y costes de transporte. Además, los volúmenes de productos exportados en comparación con el mercado total de esos productos en el territorio del mercado común no deben ser insignificantes⁽⁸⁸⁾. Si estos volúmenes de productos son insignificantes en comparación con los volúmenes vendidos en la Comunidad, se considera que la repercusión de cualquier reimportación sobre el comercio entre Estados miembros no es apreciable. Al proceder a esta evaluación, se deberá tener en cuenta, según las circunstancias, no sólo el acuerdo individual concluido entre las partes, sino también cualquier efecto acumulativo de acuerdos similares concluidos por los mismos proveedores y competidores. Puede ocurrir, por ejemplo, que los volúmenes de productos abarcados por un solo acuerdo sean muy pequeños, pero que los volúmenes de productos abarcados por varios acuerdos de dicha índole sean significativos. En este caso, es posible que los acuerdos, considerados en su conjunto, afecten sensiblemente al comercio entre los Estados miembros. No obstante, cabe recordar, cf. punto 89, que el acuerdo individual o la red de acuerdos deben contribuir significativamente al efecto global sobre el comercio.

⁽¹⁾ DO C 368 de 22.12.2001, p. 13.

⁽²⁾ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ Véanse por ejemplo los asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig*, Rec. [1966] p. 429; y asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 1974, p. 223.

⁽⁴⁾ Véase a este respecto el asunto 22/71, *Béguelin*, Rec. [1971] p. 949, apartado 16.

⁽⁵⁾ Véanse los asuntos 193/83, *Windsurfing*, Rec. [1986] p. 611, apartado 96; y de 14.5.1997, T-77/94, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten*, Rec. [1997] II-759, apartado 126.

⁽⁶⁾ Véanse los apartados 142 a 144 de la sentencia en el asunto *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten*, citado en la anterior nota de pie de página.

⁽⁷⁾ Véase por ejemplo el asunto T-2/89, *Petrofina*, Rec. 1991, II-1087, apartado 226.

⁽⁸⁾ El concepto de apreciabilidad se examina en la Sección 2.4.

⁽⁹⁾ Véase a este respecto el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rec. [1979] p. 461, apartado 126.

⁽¹⁰⁾ En las presentes directrices el término «productos» incluye bienes y servicios.

⁽¹¹⁾ Véase el asunto 172/80, *Züchner*, Rec. [1981] p. 2021, apartado 18. Véase también el asunto C-309/99, *Wouters*, Rec. [2002] I-1577, apartado 95, Asunto C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rec. [2001] I-8089, apartado 49, los asuntos acumulados C-215/96 y 216/96, *Bagnasco*, Rec. [1999] I-135, apartado 51, el asunto C-55/96, *Job Centre*, Rec. [1997] I-7119, apartado 37, y el asunto C-41/90, *Höfner y Elser*, Rec. [1991] I-1979, apartado 33.

⁽¹²⁾ Véanse por ejemplo los asuntos acumulados T-24/93 y otros, *Compagnie maritime belge*, Rec. [1996] II-1201, apartado 203, y el apartado 23 de la sentencia en el asunto *Commercial Solvents* citada en la nota 4.

⁽¹³⁾ Véanse por ejemplo los asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, *SCK y FNK*, Rec. [1997], II-1739, y las secciones 3.2.4. y 3.2.6.

⁽¹⁴⁾ Véase la sección 3.2.

⁽¹⁵⁾ Véase el asunto *Züchner*, citado en la nota 11, y los asuntos 319/82, *Kerpen y Kerpen*, Rec. [1983] p. 4173; los asuntos acumulados 240/82 y otros, *Stichting Sigarettenindustrie*, Rec. [1985] p. 3831, apartado 48; y los asuntos acumulados T-25/95 y otros, *Cimenteries CBR*, Rec. [2000] II-491, apartado 3930.

- (16) En algunas sentencias relativas principalmente a acuerdos verticales, el Tribunal de Justicia ha añadido una referencia a que el acuerdo pueda hacer más difícil la consecución de los objetivos de un mercado único entre Estados miembros; véase por ejemplo el asunto T-62/98, Volkswagen, Rec. [2000] II — 2707, apartado 179; el apartado 47 de la sentencia Bagnasco citada en la nota 11; y el asunto 56/65, Société Technique Minière, Rec. [1966] p. 337. De este modo, el impacto del acuerdo sobre el objetivo del mercado único es un factor que podría tenerse en cuenta.
- (17) Véanse por ejemplo los asuntos T-228/97, Irish Sugar, Rec. 1999, II-2969, apartado 170; y 17/77, Miller, Rec. 1978, p. 131, apartado 15.
- (18) Véase por ejemplo el asunto C-250/92, Gøttrup-Klim, Rec. 1994, II-5641, apartado 54.
- (19) Véase por ejemplo el asunto C-306/96, Javico, Rec. 1988, I-1983, apartado 17; y el apartado 18 de la sentencia Béguelin citada en la nota 5.
- (20) Compárense a este respecto las sentencias Bagnasco y Wouters citadas en la nota 11.
- (21) Véase por ejemplo la sentencia de 6.4.1995, el asunto T-141/89, Tréfileurop e, Rec. 1995, II-791; el asunto T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Rec. 1995, II-289, referente a las exportaciones; y la Decisión de la Comisión en el asunto Volkswagen (II) (DO L 264 de 2.10.2001, p. 14).
- (22) Véanse a este respecto el asunto 71/74, Frubo, Rec. 1975, p. 563, apartado 38; los asuntos acumulados 209/78 y otros, Van Landewyck, Rec. 1980, p. 3125, apartado 172; el asunto T-61/89, Dansk Pelsdyravler Forening, Rec. 1992, II 1931, apartado 143; y el asunto T-65/89, BPB Industries and British Gypsum, Rec. 1993, II-389, apartado 135.
- (23) Véase a este respecto el asunto T-86/95, Compagnie Générale Maritime y otros, Rec. 2002, II-1011, apartado 148; y el apartado 202 de la sentencia Compagnie Maritime Belge citada en la nota 12.
- (24) Véase el asunto 123/83, BNIC/Clair, Rec. 1985, p. 391, apartado 29.
- (25) Véase la decisión de la Comisión en el asunto Zanussi, DO L 322 de 16.11.1978, p. 36, apartado 11.
- (26) Véase el asunto 31/85, ETA Fabriques d'Ebauches, Rec. 1985, p. 3933, apartados 12 y 13.
- (27) Véanse los asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, RTE (Magill), Rec. 1995, I-743, apartado 70; y el asunto 107/82, AEG, Rec. 1983, p. 3151, apartado 60.
- (28) Véase el apartado 60 de la sentencia AEG citada en la nota anterior.
- (29) Véase el asunto 5/69, Völk, Rec. 1969, p. 295, apartado 7.
- (30) Véase por ejemplo el apartado 17 de la sentencia Javico citada en la nota 20, y el apartado 138 de la sentencia BPB Industries and British Gypsum citada en la nota 22.
- (31) Véase el apartado 138 de la sentencia BPB Industries and British Gypsum citada en la nota.
- (32) Véanse por ejemplo los apartados 9 y 10 de la sentencia Miller citada en la nota 17, y el apartado 58 de la sentencia AEG citada en la nota 25.
- (33) Véanse los asuntos acumulados 100/80 y otros, Musique Diffusion Française, Rec. 1983, p. 1825, apartado 86. En este caso los productos en cuestión sólo representaban algo más del 3 % de las ventas en los mercados nacionales afectados. El Tribunal sostuvo que los acuerdos, que obstaculizaban el comercio paralelo, podían afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros debido al elevado volumen de negocios de las partes y a la posición de mercado relativa de los productos en comparación con la de los productos producidos por proveedores competidores.
- (34) Véanse a este respecto los apartados 179 y 231 de la sentencia Volkswagen citada en la nota 16, y el asunto T-213/00, CMACGM y otros, Rec. 2003, I, apartados 219 y 220.
- (35) Véase por ejemplo el asunto T-7/93, Langnese-Iglo, Rec. 1995, II-1533, apartado 120.
- (36) Véanse los apartados 140 y 141 de la sentencia Vereniging van Groothandelaren in Bloemenkwekerijprodukten citada en la nota 6.
- (37) Véase la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, DO C 368 de 22.12.2001, p. 13, punto 3.
- (38) DO L 107 de 30.4.1996, p. 4. Con efectos desde el 1.1.2005, esta Recomendación será sustituida por la Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).
- (39) El término «empresas interesadas» incluirá las empresas vinculadas según se definen en el punto 12.2 del Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO C 368 de 22.12.2001, p. 13).
- (40) Véase la nota anterior.
- (41) Al definir el mercado de referencia, cabe remitirse a la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).
- (42) Véase también el punto 14.
- (43) Véase el apartado 8 de la sentencia Kerpen & Kerpen citada en la nota 15. Cabe destacar que el Tribunal no hace referencia a la cuota de mercado sino a la cuota de exportaciones francesas y a los volúmenes de productos exportados.
- (44) Véase por ejemplo la sentencia Volkswagen citada en la nota 16 y el asunto T-175/95, BASF Coatings, Rec. 1999, II-1581. Para un acuerdo horizontal que impide el comercio paralelo véanse los asuntos acumulados 96/82 y otros, IAZ International, Rec. 1983, 3369, apartado 27.
- (45) Véase el asunto T-142/89, Usines Gustave Boël, Rec. 1995, II-867, apartado 102.
- (46) Los acuerdos de cooperación horizontal se contemplan en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2). Estas directrices se refieren la evaluación de la competencia desde un punto de vista sustantivo de diversos tipos de acuerdos, pero no se ocupan de la cuestión del efecto sobre el comercio.
- (47) Véase el Reglamento (CEE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1).
- (48) La Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, (DO C 66 de 2.3.1998, p. 1), sirve de orientación respecto al alcance de este concepto.

- (49) Véase por ejemplo la Decisión de la Comisión en el asunto Ford/Volkswagen (DO L 20 de 28.1.1993, p. 14).
- (50) Véase a este respecto el apartado 146 de la sentencia *Compagnie Générale Maritime* citada anteriormente en la nota 22.
- (51) Véanse a este respecto los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB*, Rec. 1984, p. 19, apartado 9.
- (52) Véase a este respecto el asunto T-66/89, *Publishers Association*, Rec. 1992, II 1995.
- (53) Véanse a este respecto las sentencias *Commercial Solvents* citada en la nota 4, *Hoffmann-La Roche* citada en la nota 8, apartado 125, *RTE e ITP* citada en la nota 27, así los asuntos 6/72, *Continental Can*, Rec. 1973, p. 215, apartado 16, y 27/76, *United Brands*, Rec. 1978, p. 207, apartados 197 a 203.
- (54) Véanse los apartados 32 y 33 de la sentencia *Commercial Solvents* citada en la nota 4.
- (55) Con arreglo a jurisprudencia reiterada, una posición dominante es una situación de fortaleza económica de que disfruta una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de los consumidores. Véase, por ejemplo, el apartado 38 de la sentencia *Hoffmann-La Roche* citada en la nota 8.
- (56) Para un ejemplo reciente véase el apartado 95 de la sentencia *Wouters* citada en la nota 11.
- (57) Véase por ejemplo el asunto 246/86, *Belasco*, Rec. 1989, p. 2117, apartados 32-38.
- (58) Véase el apartado 34 de la sentencia *Belasco* citada en la nota anterior y más recientemente los asuntos acumulados T-202/98 y otros, *British Sugar*, Rec. 2001, II-2035, apartado 79. Por otra parte, esto no ocurre cuando el mercado no es permeable a las importaciones, véase el apartado 51 de la sentencia *Bagnasco* citada en la nota 11.
- (59) Garantías para créditos en cuenta corriente.
- (60) Véase la sentencia *Bagnasco* citada en la nota 11.
- (61) Véanse a este respecto los asuntos 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Rec. 1987, p. 405, apartado 50; y C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, I-3111. Véase también el apartado 172 de la sentencia *Van Landewyck* citada en la nota 21, en la que el Tribunal subrayó que el acuerdo en cuestión reducía sensiblemente el incentivo para vender productos importados.
- (62) Véase por ejemplo la sentencia *Stichting Sigarettenindustrie*, citada en la nota 15, apartados 49 y 50.
- (63) Véase a este respecto el asunto T-22/97, *Kesko*, Rec. 1999, II-3775, apartado 109.
- (64) Véase por ejemplo el asunto T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Rec. [2003] II-... y la sentencia *Langnese-Iglo*, citada en la nota 34, apartado 120.
- (65) Véase por ejemplo la sentencia de 7.12.2000, asunto C-214/99, *Neste*, Rec. I-11121.
- (66) Véase la sentencia de 28.2.1991, asunto C-234/89, *Delimitis*, Rec. I-935.
- (67) Véase la sentencia *Langnese-Iglo* citada en la nota 34.
- (68) Véase por ejemplo la Decisión de la Comisión *Volkswagen (II)*, citada en la nota 21, apartados 81 y ss.
- (69) Véanse a este respecto los apartados 177 a 181 de la sentencia *SCK y FNK* citada en la nota 13.
- (70) Véase para este concepto las sentencias *Ambulanz Glöckner*, citada en la nota 10, apartado 38; el asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rec. 1991, I-5889, y el asunto C-242/95, *GT-Link*, Rec. 1997, I-4449.
- (71) Véase por ejemplo la sentencia en *BPB Industries y British Gypsum* citada en la nota 22.
- (72) Véase el asunto 322/81, *Nederlandse Banden Industrie Michelin*, Rec. 1983, p. 3461.
- (73) Véase el asunto 61/80, *Coöperative Stremsel — en Kleurselfabriek*, Rec. 1981, p. 851, apartado 15.
- (74) Véase a este respecto la sentencia *Irish Sugar*, citada en la nota 17, apartado 169.
- (75) Véase el apartado 70 de la sentencia *RTE (Magill)* citada en la nota 27.
- (76) Véase la sentencia *British Sugar* citada en la nota 17.
- (77) Véase por ejemplo la jurisprudencia citada en la nota 68.
- (78) Véase a este respecto el asunto 28/77, *Tepea*, Rec. 1978, p. 1391, apartado 48, y el apartado 16 de la sentencia *Continental Can* citada en la nota 51.
- (79) Véanse los asuntos acumulados C-89/85 y otros, *Ahlström Osakeyhtiö (pasta de madera)*, Rec. 1988, p. 651, apartado 16.
- (80) Véase a este respecto el asunto T-102/96, *Gencor*, Rec. [1999] II-879, que aplica el criterio de los efectos en el ámbito de las concentraciones.
- (81) Véase a este efecto el apartado 19 de la sentencia *Javico* citada en la nota 19.
- (82) Véase a este respecto el asunto 51/75, *EMI/CBS*, Rec. 1976, p. 811, apartados 28 y 29.
- (83) Véase la Decisión de la Comisión *Siemens/Fanuc* (DO L 376 de 31.12.1985, p. 29).
- (84) Véanse a este respecto los asuntos acumulados 29/83 y 30/83, *CRAM y Rheinzinc*, Rec. 1984, p. 1679; y 40/73 y otros, *Suiker Unie*, Rec. 1975, p. 1663, apartados 564 y 580.
- (85) Véase el apartado 22 de la sentencia *Javico* citada en la nota 19.
- (86) Véase la sentencia *Compagnie maritime belge* citada en la nota 12.
- (87) Véase a este respecto la sentencia *Javico* citada en la nota 19.
- (88) Véanse a este respecto los apartados 24 a 26 de la sentencia *Javico* citada en la nota 19.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado**

(2004/C 101/08)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

1. El apartado 3 del artículo 81 del Tratado establece una norma de excepción a la que pueden acogerse las empresas en caso de determinarse que existe una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas⁽¹⁾ contempladas en el apartado 1 del artículo 81 que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo gozarán de validez y vigencia sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
2. El apartado 3 del artículo 81 puede aplicarse a acuerdos y prácticas concertadas tanto individualmente como por medio de reglamentos de exención por categorías. El Reglamento (CE) nº 1/2003 relativo a las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82⁽²⁾ no afecta a la validez y a la naturaleza jurídica de los reglamentos de exención por categorías. Todos los reglamentos de exención actuales siguen en vigor, y los acuerdos contemplados en reglamentos de exención por categorías mantienen su validez jurídica y vigencia aun cuando restrinjan el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81⁽³⁾. Dichos acuerdos únicamente pueden prohibirse para el futuro, y sólo mediante la retirada formal de la exención por categorías por parte de la Comisión o de una autoridad nacional de competencia⁽⁴⁾. Los acuerdos exentos por categoría no pueden ser invalidados por un tribunal nacional en el marco de litigios entre particulares.
3. Las actuales Directrices sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología⁽⁵⁾ se refieren a la aplicación del artículo 81 a diversos tipos de acuerdos y prácticas concertadas. Su propósito es exponer el punto de vista de la Comisión sobre los criterios de evaluación sustantiva aplicados a los diferentes tipos de acuerdos y prácticas.
4. Las presentes directrices establecen la interpretación de la Comisión sobre las condiciones de exención contenidas en el apartado 3 del Artículo 81. Así ofrecen orientación sobre la aplicación del artículo 81 a casos individuales. Pese a no ser vinculantes, las presentes directrices también pretenden servir de orientación a los tribunales y las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado.
5. Las presentes directrices establecen un marco analítico para la aplicación del apartado 3 del artículo 81 con el objetivo de elaborar una metodología para la aplicación de dicha disposición del Tratado. Esta metodología esta basada en el enfoque económico utilizado en las directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología. La Comisión aplicará el presente marco que ofrece orientaciones más detalladas sobre la aplicación de las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 que las recogidas en las directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología. El marco establecido por las presentes directrices también se aplica a los acuerdos contemplados en las directrices anteriormente mencionadas.
6. Las normas recogidas en las presentes directrices deben aplicarse en función de las circunstancias de cada caso. Es por tanto imposible su aplicación mecánica. Cada asunto debe evaluarse según sus hechos, y las directrices deben aplicarse de manera razonable y flexible.
7. Respecto a un conjunto de temas, las presentes directrices subrayan el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo la Comisión también intenta explicar su política con respecto a temas que no han sido tratados por la jurisprudencia o que son interpretables. La posición de la Comisión en cualquier caso se entiende sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas sobre la interpretación de los apartados 1 y 3 del artículo 81, y de la interpretación que los Tribunales comunitarios puedan dar sobre esas normas en el futuro.

2. MARCO GENERAL DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE**2.1. Las disposiciones del Tratado**

8. El apartado 1 del artículo 81 prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros⁽⁶⁾ y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia⁽⁷⁾.
9. Como excepción a esta norma, el apartado 3 del artículo 81 establece que la prohibición del apartado 1 del artículo 81 podrá declararse inaplicable a aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

10. Con arreglo al apartado 1 del artículo 1 del Reglamento 1/2003, los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 81 que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto ⁽⁸⁾. Con arreglo al apartado 2 del artículo 1 del mismo Reglamento, los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. Dichos acuerdos gozarán de validez y vigencia a partir del momento y en tanto que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81.
11. Así pues, la evaluación con respecto al artículo 81 consta de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales ⁽⁹⁾, restrictivo de la competencia. La segunda, que tan sólo es procedente cuando se ha determinado que un acuerdo restringe el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos anticompetitivos y procompetitivos se sopesan exclusivamente en el marco del apartado 3 del artículo 81 ⁽¹⁰⁾.
12. La evaluación de los posibles efectos compensatorios a efectos del apartado 3 del artículo 81 requiere necesariamente la determinación previa del carácter restrictivo y de la incidencia del acuerdo. A fin de poner el apartado 3 del artículo 81 en el contexto adecuado, es preciso exponer brevemente el objetivo y los principales contenidos de la prohibición que figura en el apartado 1 del artículo 81. Las Directrices sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología ⁽¹¹⁾ contienen orientaciones fundamentales sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 81 a diversos tipos de acuerdos. En consecuencia, las presentes directrices se limitan a recordar el marco analítico fundamental para la aplicación del apartado 1 del artículo 81.
- 2.2. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81**
- 2.2.1. Observaciones generales**
13. El artículo 81 tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. A estas finalidades contribuyen la competencia y la integración del mercado, pues la creación y mantenimiento de un mercado único y abierto favorece la eficaz asignación de recursos en toda la Comunidad en beneficio de los consumidores.
14. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 se aplica a los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Un principio general en el que se basa el apartado 1 del artículo 81 y que se refleja en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios es que cada agente económico debe determinar de modo autónomo la política que pretenda seguir en el mercado ⁽¹²⁾. En consecuencia, los tribunales comunitarios han definido los conceptos de acuerdo, práctica concertada y decisión como conceptos de Derecho comunitario que permiten establecer una distinción entre la conducta unilateral de una empresa y la coordinación de comportamientos o la colusión entre empresas ⁽¹³⁾. La conducta unilateral únicamente está sometida al artículo 82 del Tratado por lo que se refiere al derecho comunitario de competencia. Por otra parte, la norma de convergencia que establece el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) n° 1/2003 no se aplica a las conductas unilaterales. Esta disposición se aplica únicamente a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que puedan afectar a los intercambios entre los Estados miembros. El apartado 2 del artículo 3 establece que, cuando dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas no están prohibidas en virtud del artículo 81, no pueden ser prohibidas en virtud del Derecho nacional de competencia. El artículo 3 no va en perjuicio del principio fundamental de la primacía del Derecho comunitario, que implica, en particular, que los acuerdos y prácticas abusivas prohibidas por los artículos 81 y 82 no pueden estar autorizadas en virtud del Derecho nacional ⁽¹⁴⁾.
15. El tipo de coordinación de comportamientos o colusión entre empresas a efectos del apartado 1 del artículo 81 resulta cuando una empresa se compromete con otra a seguir una determinada conducta en el mercado o que, de resultas de contactos entre ambas empresas, desaparezca o, al menos, quede sustancialmente reducida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado ⁽¹⁵⁾. Por lo tanto, la coordinación puede revestir la forma de obligaciones que regulen la conducta en el mercado de al menos una de las partes o de acuerdos que influyan en la conducta en el mercado de al menos una de las partes al modificar sus incentivos. No es preciso que la coordinación vaya en interés de todas las empresas interesadas ⁽¹⁶⁾. Tampoco debe necesariamente ser explícita. Puede también ser tácita. Para que un acuerdo pueda considerarse celebrado por aceptación tácita debe haber una invitación, ya sea expresa o implícita, de una empresa a otra para alcanzar conjuntamente un objetivo ⁽¹⁷⁾. En determinadas circunstancias, un acuerdo puede deducirse de una relación comercial existente entre las partes e imputarse a la misma ⁽¹⁸⁾. Sin embargo, no es suficiente el mero hecho de que una medida adoptada por una empresa se englobe en el contexto de unas relaciones empresariales existentes ⁽¹⁹⁾.

16. Es aplicable a los acuerdos entre empresas la prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 cuando sea probable que dichos acuerdos tengan sensibles efectos negativos sobre parámetros de competencia en el mercado tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. Los acuerdos puede tener tales efectos cuando reduce de manera apreciable la rivalidad entre las partes del acuerdo o entre éstas y terceros.
- 2.2.2. *Principios básicos para evaluar los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81*
17. La evaluación de si un acuerdo restringe la competencia debe llevarse a cabo en el contexto real en el cual se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo con sus supuestas restricciones⁽²⁰⁾. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a la probable repercusión del acuerdo sobre la competencia intermarca (entre proveedores de marcas competidoras) y sobre la competencia intramarca (entre distribuidores de la misma marca). El apartado 1 del artículo 81 prohíbe las restricciones tanto de la competencia intermarca como intramarca⁽²¹⁾.
18. Para evaluar si un acuerdo o parte del mismo pueden restringir la competencia intermarca y/o intramarca debe estudiarse cómo y hasta qué punto el acuerdo afecta o es probable que afecte a la competencia en el mercado. Las dos preguntas siguientes ofrecen un marco útil para efectuar dicha evaluación. La primera pregunta se refiere a la incidencia del acuerdo sobre la competencia intermarca y la segunda a su incidencia sobre la competencia intramarca. Dado que las restricciones pueden afectar a ambos tipos de competencia a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de ambas preguntas antes de poder concluirse si se restringe o no el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81:
1. ¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido sin el mismo? Si la respuesta es afirmativa, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Para esta evaluación es preciso tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia por parte de terceros. Por ejemplo, cuando dos empresas establecidas en diferentes Estados miembros se comprometen a no vender productos en sus respectivos mercados, la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo se ve restringida. Del mismo modo, cuando un proveedor impone a sus distribuidores obligaciones de no vender productos competidores y esa obligación impide el acceso de terceros al mercado, la competencia real o potencial que habría existido en ausencia del acuerdo se ve restringida. Para evaluar si las partes de un acuerdo son competidores reales o potenciales el contexto económico y legal debe tenerse en cuenta. Por ejemplo, cuando, debido a los riesgos financieros y las capacidades técnicas de las partes es, según factores objetivos, poco probable que cada una de las partes pueda realizar por sí sola las actividades que contempla el acuerdo, se considera que las partes son no competidoras por lo que respecta a esa actividad⁽²²⁾. Corresponde a las partes presentar pruebas a tal efecto.
 2. ¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de la restricción o restricciones contractuales? En caso afirmativo, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, cuando un proveedor impide a sus distribuidores competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido entre los distribuidores en ausencia de las restricciones. Entre este tipo de restricciones figura la imposición de precios de reventa y las restricciones a las ventas por territorios o clientes entre distribuidores. Sin embargo, en determinados casos puede no ser aplicable el apartado 1 del artículo 81 a ciertas restricciones, cuando éstas sean objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza⁽²³⁾. Esta exclusión de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 únicamente puede efectuarse en función de factores objetivos y externos a los propios interesados, y no según sus puntos de vista y características subjetivas. La cuestión no es si las partes, en su particular situación, no habrían aceptado celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, unas empresas que estuviesen en situación similar no habrían concluido un acuerdo menos restrictivo. Por ejemplo, las restricciones territoriales entre un proveedor y un distribuidor pueden quedar, durante un determinado periodo, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando sean objetivamente necesarias para que el distribuidor penetre en un nuevo mercado⁽²⁴⁾. Del mismo modo, la imposición a todos los distribuidores de la prohibición de vender a determinadas categorías de usuarios finales puede no ser restrictiva de la competencia si es objetivamente necesaria por motivos de seguridad o sanidad o debido a naturaleza peligrosa del producto en cuestión. No bastan los argumentos según los cuales, si el proveedor no hubiera recurrido a una restricción, hubiera optado por la integración vertical. Las decisiones de recurrir o no a una integración vertical dependen de diversos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de índole interna a la empresa interesada.
19. Al aplicar el marco analítico expuesto en el apartado anterior debe tenerse en cuenta que esta disposición distingue entre acuerdos que tienen por objeto una restricción del juego de la competencia y acuerdos que tienen por efecto dicha restricción. Un acuerdo o restricción contractual únicamente se prohíbe en virtud del apartado 1 del artículo 81 si tiene por objeto o efecto restringir la competencia intermarca y/o la competencia intramarca.

20. La distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto es importante. Una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos ⁽²⁵⁾. Dicho de otro modo, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia. En cambio, el apartado 3 del artículo 81 no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo 81 se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas ⁽²⁶⁾.
21. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundará en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios.
22. La evaluación de si un acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia se basa en una serie de factores. Entre éstos cabe citar, en particular, el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue. También puede ser necesario examinar el contexto en el cual se aplica (o se aplicará) y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado ⁽²⁷⁾. Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones a tal fin. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria.
23. Los reglamentos de exención por categorías, las directrices y las comunicaciones de la Comisión ofrecen orientaciones no exhaustivas a fin de determinar qué constituye restricción por objeto. En general, la Comisión considera restricciones por objeto aquéllas que se prohíben en los reglamentos de exención por categorías o se enumeran entre las restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones. En el caso de los acuerdos horizontales, entre las restricciones de la competencia por objeto se incluyen la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes ⁽²⁸⁾. En el caso de los acuerdos verticales, la categoría de las restricciones por objeto incluye, en particular, la imposición de precios de reventa mínimos y fijos y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta, incluidas las restricciones sobre las ventas pasivas ⁽²⁹⁾.
24. Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales ⁽³⁰⁾. Dicho de otro modo, el acuerdo debe tener efectos anticompetitivos probables. En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad ⁽³¹⁾. Los efectos negativos deben ser sensibles. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes ⁽³²⁾. Este examen refleja el planteamiento económico que aplica la Comisión. La prohibición del apartado 1 del artículo 81 únicamente se aplica cuando, a partir de un análisis adecuado del mercado, puede concluirse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos probables en el mercado ⁽³³⁾. No basta para alcanzar tal conclusión que las cuotas de mercado de las partes superen los umbrales establecidos en la Comunicación *de minimis* de la Comisión ⁽³⁴⁾. Los acuerdos acogidos a reglamentos de exención por categoría pueden contemplarse en el apartado 1 del artículo 81, aunque no necesariamente. Por otra parte, el hecho de que, debido a las cuotas de mercado de las partes, un acuerdo no pueda acogerse a una exención por categorías no basta en sí mismo para considerar que se le aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 o que no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Es precisa una evaluación individual de los efectos probables del acuerdo.
25. Los efectos negativos sobre la competencia en el mercado de referencia son probables cuando las partes, por separado o conjuntamente, poseen u obtienen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo. Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener durante un

periodo de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un periodo de tiempo significativo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia. En los mercados con costes fijos elevados, las empresas deben fijar precios claramente por encima de los costes marginales de producción a fin de obtener una rentabilidad competitiva de su inversión. El hecho de que las empresas fijen precios por encima de sus costes marginales no es por tanto en sí mismo señal de que la competencia en el mercado no funciona bien y de que las empresas tienen un poder de mercado que les permite fijar precios por encima del nivel competitivo. Cuando la presión competitiva no es suficiente para mantener los precios y la producción a niveles competitivos, las empresas tienen poder de mercado a efectos del apartado 1 del artículo 81.

26. La creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una restricción de la competencia entre las partes del acuerdo. Puede también serlo de una restricción de la competencia entre cualquiera de las partes y terceros, por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores o aumentar sus costes y limitar así su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo. El poder de mercado es cuestión de grado. El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe infracción con arreglo al apartado 1 del artículo 81 en el caso de acuerdos que restringen la competencia por efecto es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante a efectos del artículo 82.
27. Para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia ⁽³⁵⁾. También debe en principio examinarse y evaluarse, entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada. Sin embargo, en algunos casos puede que haya que demostrar que hay efectos anticompetitivos directamente, a través del análisis de la conducta de las partes en el mercado. Así, por ejemplo, a veces es posible determinar que un acuerdo ha dado lugar a aumentos de precios. Las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal y las Directrices sobre restricciones verticales configuran un marco detallado que permite analizar, en relación con el apartado 1 del artículo 81, la incidencia de diferentes tipos de acuerdos horizontales y verticales sobre la competencia ⁽³⁶⁾.

2.2.3. Restricciones accesorias

28. En el apartado 18 se establece un marco para el análisis de los efectos de un acuerdo y de cada una de sus restricciones en la competencia intermarca e intramarca. Si, a partir de de estos principios, se concluye que la principal operación contemplada en el acuerdo no es restrictiva de la competencia, cabe examinar si cada una de las restricciones que contiene el acuerdo son también com-

patibles con el apartado 1 del artículo 81 por ser accesorias a la operación principal no restrictiva.

29. En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma ⁽³⁷⁾. Cuando un acuerdo, por ejemplo, de distribución o de empresa en participación, atendiendo a sus aspectos fundamentales, no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma ⁽³⁸⁾. Este tipo de restricciones se denominan accesorias. Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18(2). Sin embargo, el examen de las restricciones auxiliares se aplica en todos los casos en los que la operación principal no sea restrictiva de la competencia ⁽³⁹⁾. No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca.
30. La aplicación del concepto de restricción accesorias debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81, que se refiere a ciertas ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia. La aplicación del concepto de restricción accesorias no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia. Esto último se reserva al apartado 3 del artículo 81 ⁽⁴⁰⁾.
31. La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma ⁽⁴¹⁾. Si, por ejemplo, el principal objeto de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones necesarias para el buen funcionamiento del acuerdo, tales como las obligaciones destinadas a proteger la uniformidad y la reputación del sistema de franquicias ⁽⁴²⁾. Del mismo modo, si una empresa en participación no es en sí misma restrictiva de la competencia, se considera que las restricciones necesarias para la aplicación del acuerdo son auxiliares a la operación

principal y, por tanto, no se les aplica el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, en el asunto TPS⁽⁴³⁾ la Comisión concluyó que la obligación de que las partes no participaran en empresas activas en la distribución y comercialización de programas de televisión por satélite era auxiliar a la creación de la empresa en participación durante la fase inicial. Por consiguiente, se consideró que la restricción quedaba fuera del apartado 1 del artículo 81 durante un período de tres años. Para alcanzar esta conclusión la Comisión atendió a las grandes inversiones y a los riesgos comerciales que comportaba incorporarse al mercado de la televisión de pago.

2.3. Excepción en virtud del apartado 3 del artículo 81

32. La evaluación de las restricciones por objeto y por efecto con arreglo al apartado 1 del artículo 81 tan sólo representa uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el apartado 3 del artículo 81, es la evaluación de los efectos económicos positivos que puedan tener los acuerdos restrictivos.

33. Las normas comunitarias en materia de competencia tienen por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. Los acuerdos que restringen la competencia pueden tener al mismo tiempo efectos favorables a la misma en forma de mejoras de eficiencia⁽⁴⁴⁾. Tales mejoras pueden comportar un valor añadido por reducir los costes de producción, mejorar la calidad del producto o crear un nuevo producto. Cuando los efectos favorables a la competencia de un acuerdo superan a los restrictivos, el acuerdo es en definitiva beneficioso para la competencia y compatible con los objetivos de la normativa comunitaria en esta materia. Los efectos netos de tales acuerdos consisten en fomentar la propia esencia del proceso competitivo, a saber, obtener clientes mediante la oferta de mejores productos o precios más ventajosos que los que ofrecen los competidores. Este marco analítico se refleja en los apartados 1 y 3 del artículo 81. En este último se reconoce expresamente que los acuerdos restrictivos pueden comportar beneficios económicos objetivos que compensen los efectos negativos de la restricción de la competencia⁽⁴⁵⁾.

34. La aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;

b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;

c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y

d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

35. El apartado 3 del artículo 81 es aplicable tanto a acuerdos individuales como, mediante reglamentos de exención por categorías, a categorías de acuerdos. Cuando un acuerdo está contemplado en una exención por categorías, las partes en el acuerdo restrictivo quedan exentas de la obligación con arreglo al artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 de demostrar que su acuerdo cumple todas y cada una de las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Únicamente deben demostrar que el acuerdo restrictivo goza de una exención por categorías. La aplicación del apartado 3 del artículo 81 a categorías de acuerdos por medio de reglamentos de exención por categorías se basa en la presunción de que los acuerdos restrictivos contemplados en tal disposición⁽⁴⁶⁾ cumplen cada una de las cuatro condiciones en ella enunciadas.

36. Cuando a un acuerdo individual le es aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 y no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81, puede retirarse la exención por categorías. Con arreglo al apartado 1 del artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la Comisión está habilitada para retirar el beneficio de un reglamento de exención por categorías al determinar en un caso concreto que un acuerdo contemplado en un reglamento de exención por categorías produce determinados efectos que resultan incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Con arreglo al apartado 2 del artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1/2003, también la autoridad de competencia de un Estado miembro puede retirar la cobertura de un reglamento de exención por categorías por lo que respecta a su territorio (o parte del mismo) cuando éste presente todas las características de un mercado geográfico distinto. En caso de retirada, corresponderá a las autoridades de competencia demostrar que el acuerdo infringe el apartado 1 del artículo 81 y no reúne las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

37. Los tribunales de los Estados miembros no están habilitados para retirar el beneficio de los reglamentos de exención por categorías. Tampoco pueden, al aplicar dichos reglamentos, modificar su ámbito de aplicación y hacerlos extensivos a acuerdos no contemplados en el reglamento de exención por categorías aplicable⁽⁴⁷⁾. Fuera del ámbito de aplicación de los reglamentos de exención por categorías los Tribunales de los Estados miembros tienen el poder de aplicar de manera plena el artículo 81 [por ejemplo el artículo 6 del Reglamento (CE) n° 1/2003].

3. APLICACIÓN DE LAS CUATRO CONDICIONES DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 81

38. El resto de las presentes directrices se dedica a abordar cada una de las cuatro condiciones enunciadas en el apartado 3 del artículo 81⁽⁴⁸⁾. Dado que las cuatro condiciones son acumulativas⁽⁴⁹⁾, cuando no se cumple una de ellas, huelga examinar las otras tres. Por tanto, según cada caso, puede ser conveniente abordar las cuatro condiciones en orden diferente.

39. A efectos de las presentes directrices, se ha juzgado conveniente invertir el orden entre la segunda y tercera condiciones, de modo que el carácter indispensable de las restricciones se aborda antes que la participación de los consumidores en el beneficio. El análisis de dicha participación requiere sopesar los efectos positivos y negativos de un acuerdo sobre los consumidores. El análisis no debe atender a los efectos de ninguna restricción que no haya superado la prueba del carácter indispensable y que, por tal motivo, quede prohibida en virtud del artículo 81.

3.1. Principios generales

40. El apartado 3 del artículo 81 del Tratado sólo se toma en consideración cuando un acuerdo entre empresas restringe el juego de la competencia a efectos del apartado 1. Si se trata de acuerdos no restrictivos, no es preciso examinar sus posibles beneficios.

41. Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de restricciones de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la carga de la prueba de lo dispuesto en el apartado 3 recaerá en la empresa o empresas que invoquen la excepción. Si no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo será nulo de pleno derecho (véase apartado 2 del artículo 81). Sin embargo, esta nulidad automática únicamente se aplica a aquéllas partes del acuerdo que sean incompatibles con el artículo 81, a condición de que sean independientes del acuerdo en su conjunto⁽⁵⁰⁾. Cuando sólo una parte del acuerdo es nula de pleno derecho, incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo⁽⁵¹⁾.

42. Según jurisprudencia reiterada, las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son acumulativas⁽⁵²⁾, esto es, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una. Si no es así, la aplicación de la excepción conforme al apartado 3 del artículo 81 debe descartarse⁽⁵³⁾. Las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 son, además, suficientes. Cuando se cumplen, la excepción es aplicable y no puede supeditarse a otra condición. Los objetivos de las demás disposiciones del Tratado pueden tomarse en consideración en la medida en que puedan integrarse en las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81⁽⁵⁴⁾.

43. En principio, la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos a la luz del apartado 3 del artículo 81 se lleva a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia al que se refiera el acuerdo. Las normas comunitarias de competencia tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado, y no pueden dissociarse del mismo. Por otra parte, es inherente a la condición de reservar a los consumidores⁽⁵⁵⁾ una participación equitativa en el beneficio resultante que las eficiencias generadas por el acuerdo restrictivo en un mercado de referencia deben ser suficientes para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia⁽⁵⁶⁾. En principio, los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de productos no pueden compararse ni compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado geográfico o mercado de productos ajeno a aquél. No obstante, cuando dos mercados están vinculados, pueden tomarse en consideración las eficiencias obtenidas en mercados diferentes, siempre y cuando el grupo de consumidores afectado por la restricción y el beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente idénticos⁽⁵⁷⁾. De hecho, en determinados casos sólo los consumidores del mercado descendente se ven afectados por el acuerdo, en cuyo caso debe evaluarse la incidencia del mismo sobre dichos consumidores. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los acuerdos de adquisición⁽⁵⁸⁾.

44. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el apartado 3 del artículo 81 se efectúa en el contexto real en el que se producen⁽⁵⁹⁾ y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones importantes de los hechos. La excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones, y deja de aplicarse cuando no sea así⁽⁶⁰⁾. Al aplicar el apartado 3 del artículo 81 de conformidad con estos principios es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 81 no puede aplicarse sin tener en cuenta esas inversiones anteriores. El riesgo a que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo puede de esta

manera llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del apartado 1 del artículo 81 o a que cumpla las condiciones del apartado 3 del artículo 81 por el período de tiempo necesario para recuperar la inversión.

45. En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado el acuerdo restrictivo, no puede restablecerse la situación anterior. En este tipo de asuntos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de investigación y desarrollo en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga al abandono de los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que se complete su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 81, por ejemplo, porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de investigación y desarrollo, el acuerdo de las partes con vistas al abandono de sus proyectos propios seguiría siendo compatible con el artículo 81, aun cuando posteriormente no se llevaran a cabo los proyectos de los terceros. No obstante, la prohibición del artículo 81 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la investigación y el desarrollo conjuntos, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 81 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si, debido a la posterior evolución del mercado, el acuerdo pasa a restringir la competencia y (ya) no cumple las condiciones del apartado 3 del artículo 81 habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad (cf. el apartado anterior).

46. El apartado 3 del artículo 81 no excluye *a priori* determinados tipos de acuerdos de su ámbito de aplicación. Por principio, todos los acuerdos restrictivos que reúnan las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 pueden acogerse a la excepción ⁽⁶¹⁾. En cambio, no es probable que las restricciones graves de la competencia cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. En general, este tipo de restricciones se prohíbe en los reglamentos de exención por categorías o se consideran restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones de la Comisión. Por lo general, los acuerdos de este tipo no cumplen (al menos) las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ni crean ventajas económicas objetivas ⁽⁶²⁾ ni benefician a los consumidores ⁽⁶³⁾. Por ejemplo, un acuerdo horizontal de fijación de precios limita la producción, lo que da lugar a una mala asignación de recursos. Además, transfiere valor de los consumidores a los productores, ya que da lugar a un aumento de precios sin contrapartida alguna para los consumidores del mercado de referencia. Por otro lado, en general este tipo de acuerdos tampoco cumple el criterio del carácter indispensable contemplado en la tercera condición ⁽⁶⁴⁾.

47. Toda afirmación de que hay acuerdos restrictivos que se justifican por tener por objetivo garantizar condiciones leales de competencia en el mercado es, por naturaleza, injustificada y debe desestimarse ⁽⁶⁵⁾. El artículo 81 pretende proteger la competencia efectiva garantizando que los mercados se mantengan abiertos y competitivos. Velar por que existan condiciones de competencia equitativas es tarea del legislador en cumplimiento de las obligaciones del Derecho comunitario ⁽⁶⁶⁾, y no corresponde a las empresas regularse a sí mismas.

3.2. Primera condición del apartado 3 del artículo 81: mejoras de la eficiencia

3.2.1. Observaciones generales

48. Según la primera condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo restrictivo debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esta disposición sólo se refiere expresamente a los productos, pero se aplica por analogía a los servicios. Se trata de un requisito cuyo objetivo es definir los tipos de mejoras de la eficiencia que pueden tomarse en consideración y ser objeto de posteriores exámenes a efectos de la segunda, tercera y cuarta condiciones del apartado 3 del artículo 81.

49. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos ⁽⁶⁷⁾. Esto significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes ⁽⁶⁸⁾. Los ahorros de costes obtenidos a través del mero ejercicio del poder de mercado por las partes no pueden tomarse en consideración. Por ejemplo, cuando las empresas acuerdan fijar precios o repartirse mercados, reducen su producción y, por tanto, sus costes de producción. Una menor competencia también puede reducir las ventas y los gastos de comercialización. Tales reducciones de costes son consecuencia directa de una reducción de la producción y de su valor. Se trata de reducciones que no fomentan la competencia en el mercado. En particular, no llevan a la creación de valor a través de una integración de activos y actividades. Tan sólo permiten a las empresas interesadas aumentar sus beneficios y, por tanto, son irrelevantes desde el punto de vista del apartado 3 del artículo 81.

50. El propósito de la primera condición del apartado 3 del artículo 81 es definir los tipos de mejoras de eficiencia que pueden tenerse en cuenta y someterse a los exámenes suplementarios de la segunda y tercera condiciones del apartado 3 del artículo 81. El propósito del análisis es determinar qué beneficios objetivos genera el acuerdo y cuál es la importancia económica de las eficiencias. Dado que, para que el apartado 3 del artículo 81 sea aplicable, los efectos procompetitivos derivados del acuerdo deben superar a los anticompetitivos, debe verificarse cuál es el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias y alegadas y cuál es el valor de las mismas.

51. Por lo tanto, todas las mejoras de eficiencia alegadas deberán justificarse, de modo que puedan verificarse los puntos siguientes:
- la naturaleza de las eficiencias;
 - el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias;
 - la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y
 - cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia.
52. La letra a) permite determinar si las eficiencias alegadas son de carácter objetivo (cf. apartado 49).
53. La letra b) permite comprobar que exista un vínculo causal suficiente entre el acuerdo restrictivo y las supuestas eficiencias. Para que se cumpla esta condición, en general las eficiencias deben ser resultado de la actividad económica que constituye el objeto del acuerdo. Dicha actividad puede consistir, por ejemplo, en la distribución, la concesión de licencias de tecnología, la producción o la investigación y desarrollo conjuntos. No obstante, cuando un acuerdo permita aún mayores mejoras de eficiencia en el mercado de referencia, por ejemplo, por dar lugar a una reducción de los costes en todo el sector, se tendrán en cuenta tales beneficios adicionales.
54. El nexo causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe en principio también ser directo ⁽⁶⁹⁾. Las afirmaciones basadas en efectos indirectos son por lo general excesivamente vagas e imprecisas para poder tomarse en consideración. Existe, por ejemplo, un nexo causal directo cuando un acuerdo de transferencia de tecnologías permite a los concesionarios producir productos nuevos o mejorados, o existe un acuerdo de distribución que permite distribuir productos a más bajo coste o prestar servicios de gran utilidad. Un ejemplo de efecto indirecto sería el caso de que un acuerdo restrictivo permitiese a las empresas aumentar sus beneficios e invertir más en investigación y desarrollo, en beneficio último de los consumidores. Aunque pueda existir un vínculo entre rentabilidad e investigación y desarrollo, por lo general no es lo suficientemente directo para tomarse en consideración en el contexto del apartado 3 del artículo 81.
55. Las letras c) y d) permiten comprobar el valor de las eficiencias alegadas, que en el contexto de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81 deben sopesarse con los efectos anticompetitivos del acuerdo (véase el apartado 101). Dado que el apartado 1 del 81 únicamente se aplica en caso de que el acuerdo tenga efectos negativos probables en la competencia y los consumidores (en el caso de las restricciones especialmente graves, estos efectos se dan por supuestos), las eficiencias alegadas deberán justificarse para poder verificarse. Las afirmaciones no justificadas serán rechazadas.
56. En caso de supuestas eficiencias de costes, las empresas que invoquen el amparo del apartado 3 del artículo 81 deben calcular o estimar con la mayor exactitud que sea razonablemente posible el valor (monetario) de las mejoras de eficiencia y describir de qué modo se ha computado el importe. También deben describir pormenorizadamente el método o métodos mediante los cuales se hayan obtenido o se obtendrán las mejoras de eficiencia. Los datos facilitados deben ser verificables de modo que exista un grado suficiente de certeza de que las eficiencias se han materializado o es probable que se materialicen.
57. En caso de eficiencias alegadas en forma de productos nuevos o mejorados u otras eficiencias no basadas en los costes, las empresas que deseen acogerse al apartado 3 del artículo 81 deberán describir y explicar detalladamente la naturaleza de las eficiencias y cómo y por qué constituyen un beneficio económico objetivo.
58. En caso de que las partes no hayan empezado aún a aplicar el acuerdo, deberán justificar sus proyecciones en cuanto a la fecha a partir de la cual las mejoras de eficiencia surtirán efecto de modo que tengan repercusiones positivas de importancia en el mercado.

3.2.2. Distintas categorías de eficiencias

59. Los tipos de eficiencias enumeradas en el apartado 3 del artículo 81 constituyen categorías generales que pretenden abarcar todas las eficiencias económicas objetivas. Existe un considerable solapamiento entre las distintas categorías citadas en el apartado 3 del artículo 81, y un mismo acuerdo puede dar lugar a varios tipos de eficiencias. No es por tanto conveniente trazar distinciones rígidas y definitivas entre las distintas categorías. A efectos de las presentes directrices, se establece una distinción fundamental entre eficiencias de costes y eficiencias de carácter cualitativo que generan valor en forma de productos nuevos o mejorados, mayor variedad de productos, etc.

60. En general, las eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia.

61. El proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución puede considerarse como una cadena de valor que puede dividirse en una serie de etapas. En cada etapa de esta cadena, la empresa debe optar entre realizar la actividad por sí sola, realizarla conjuntamente con otra u otras empresas o encomendarla íntegramente a otra u otras empresas.
62. En general, cuando la opción elegida implica cooperación en el mercado con otra empresa, debe celebrarse un acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo 81. El acuerdo puede ser vertical, como ocurre cuando las partes operan en niveles diferentes de la cadena de valor, u horizontal, como cuando las partes operan en el mismo nivel de la cadena. Ambas categorías de acuerdos pueden generar mejoras de eficiencia que permitan a las empresas llevar a cabo una determinada tarea a menor coste o con un mayor valor añadido para los consumidores. Este tipo de acuerdos puede también contener o implicar restricciones de la competencia, en cuyo caso puede aplicarse la prohibición del apartado 1 y la excepción del apartado 3 del artículo 81.
63. Los tipos de eficiencias que a continuación se citan son únicamente ejemplos, y la lista no pretende ser exhaustiva.

3.2.2.1. Eficiencias de costes

64. Las eficiencias de costes derivadas de acuerdos entre empresas pueden tener distintos orígenes. Una fuente sumamente importante de reducciones de costes es la creación de nuevas técnicas y métodos de producción. En general, el mayor potencial de reducción de costes se materializa cuando se producen saltos tecnológicos. Por ejemplo, la introducción de la línea de montaje permitió una reducción sumamente sustancial de los costes de fabricación de vehículos de motor.
65. Otra fuente sumamente importante de reducción de costes reside en las sinergias derivadas de la integración de activos. Cuando las partes de un acuerdo combinan sus respectivos activos pueden obtener una configuración de costes y producción que de otro modo resultaría imposible. La conjunción de dos tecnologías existentes y complementarias puede reducir los costes de producción o hacer posible la fabricación de un producto de mayor calidad. Por ejemplo, puede ser que los activos de producción de la empresa A generen una elevada producción por hora pero requieran un insumo relativamente alto de materias primas por unidad de producción, mientras que los activos de producción de la empresa B generan una producción más baja por hora pero requieren insumos de materias primas por unidad de producción relativamente más bajos. Se crean sinergias cuando, al establecerse una empresa de producción en participación que combina los activos de producción de A y B, las partes pueden lograr

un nivel (más) alto de producción por hora con un insumo (más) bajo de materias primas por unidad de producción. Del mismo modo, si una empresa ha optimizado una parte de la cadena de valor y otra ha optimizado otra parte de la misma cadena, la combinación de sus actividades puede dar lugar a una reducción de costes. La empresa A puede, por ejemplo, poseer una instalación de producción sumamente automatizada que permite bajos costes unitarios de producción, mientras que la empresa B ha desarrollado un eficaz sistema de tratamiento de pedidos. Este sistema permite adaptar la producción a la demanda de los clientes, lo que permite una entrega oportuna y reduce costes de almacenamiento y obsolescencia. Al combinar sus activos, estas empresas pueden reducir costes.

66. Las eficiencias de costes pueden también ser resultado de economías de escala, es decir, menores costes por unidad de producción debido al incremento de la producción. Por ejemplo, la inversión en equipo y otros activos debe a menudo efectuarse en bloques indivisibles. Si una empresa no puede utilizar todo un bloque, sus costes medios serán mayores que en el caso de que pudiera. Por ejemplo, los costes de explotación de un camión son prácticamente los mismos con independencia de que el camión esté vacío, lleno a medias o completamente lleno. Los acuerdos mediante los cuales las empresas agrupan logísticas pueden permitirles aumentar los factores de carga y reducir el número de vehículos utilizados. Una escala mayor puede también permitir una mejor división del trabajo, que a su vez hará posible reducir los costes unitarios. Las empresas pueden obtener economías de escala en todos los puntos de la cadena de valor, incluida la investigación y el desarrollo, la producción, la distribución y la comercialización. Las economías de aprendizaje constituyen un tipo de eficiencia relacionado con las anteriores. A medida que se adquiere experiencia en el uso de un determinado método de fabricación o en la ejecución de una determinada tarea, la productividad puede aumentar, ya sea porque el método se emplee con mayor fluidez o porque la tarea se lleve a cabo más rápidamente.
67. Otra fuente de eficiencias de costes son las economías de alcance, que se producen cuando las empresas reducen sus costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción. Este tipo de eficiencias pueden obtenerse al utilizar los mismos componentes, instalaciones y personal para fabricar distintos productos. Del mismo modo, pueden producirse economías de alcance en la distribución, cuando se distribuyen varios tipos de productos con los mismos vehículos. Por ejemplo, un productor de pizzas congeladas y un productor de verduras congeladas pueden obtener economías de alcance si distribuyen sus productos conjuntamente. Ambos grupos de productos deben distribuirse en camiones frigoríficos y también es probable que haya amplias coincidencias en cuanto a los clientes. Al combinar sus actividades, ambos productores pueden reducir los costes de distribución por unidad distribuida.

68. Del mismo modo, las eficiencias en forma de ahorro de costes pueden ser fruto de acuerdos que permitan una mejor planificación de la producción, reduzcan la necesidad de mantener costosas existencias y permitan una mejor utilización de capacidades. Puede obtenerse este tipo de eficiencias mediante el recurso a compras «justo a tiempo», esto es, a la obligación de que un proveedor de componentes abastezca continuamente al comprador según las necesidades de éste, lo que le evitará la necesidad de mantener importantes reservas de componentes y el riesgo de que queden anticuadas. También dan lugar a ahorro de costes los acuerdos que permiten a las partes racionalizar su producción en todas sus instalaciones.
- 3.2.2.2. Eficiencias cualitativas
69. Los acuerdos entre empresas pueden generar diversas eficiencias de carácter cualitativo que son pertinentes para la aplicación del apartado 3 del artículo 81. En determinados casos, la principal mejora potencial de eficiencia del acuerdo no son las reducciones de costes, sino las mejoras de calidad y otras eficiencias de carácter cualitativo. Así, según el caso, este tipo de eficiencias pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas.
70. Los avances técnicos y tecnológicos constituyen un elemento esencial y dinámico de la economía, que aporta importantes beneficios en forma de bienes y servicios nuevos o mejorados. Mediante la cooperación, las empresas pueden crear eficiencias que en ausencia del acuerdo restrictivo hubieran resultado imposibles o sólo posibles con considerable retraso o a costes más elevados. Tales eficiencias constituyen una importante fuente de los beneficios económicos contemplados en la primera condición del apartado 3 del artículo 81. Entre los acuerdos que pueden generar eficiencias de esta naturaleza figuran, en particular, los acuerdos de investigación y desarrollo. Un ejemplo sería que A y B crearan una empresa en participación para el desarrollo y, en caso de éxito, la producción conjunta de neumáticos celulares. Si se pincha una célula, las demás no se ven afectadas, lo que elimina el riesgo de que el neumático se desinflen en caso de pinchazo. Este neumático es, por tanto, más seguro que los tradicionales. Además, no hay necesidad inmediata de cambiar el neumático y, por tanto, de llevar uno de repuesto. Ambos tipos de eficiencias constituyen beneficios objetivos a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81.
71. Del mismo modo que la combinación de activos complementarios puede dar lugar a ahorros de costes, la combinación de activos pueden también crear sinergias que permitan eficiencias cualitativas. La combinación de activos de producción puede permitir, por ejemplo, la fabricación de productos de mayor calidad o características nuevas. Así ocurre, por ejemplo, en los acuerdos de licencia y los acuerdos que prevén la producción conjunta de productos o servicios nuevos o mejorados. En particular, los acuerdos de licencia pueden garantizar una difusión más rápida de nuevas tecnologías en la Comunidad y permitir al titular o titulares de licencias ofrecer nuevos productos o utilizar nuevas técnicas de producción que posibiliten mejoras de calidad. Los acuerdos de producción conjunta pueden, en particular, permitir una comercialización más rápida o a menor coste de productos y servicios nuevos o mejorados⁽⁷⁰⁾. Así, en el sector de telecomunicaciones, se considera que los acuerdos de cooperación generan eficiencias por permitir mayor rapidez en la oferta de nuevos servicios globales⁽⁷¹⁾. En el sector bancario, también se ha considerado que los acuerdos de cooperación que permiten mejoras de eficiencia en los pagos transfronterizos crean eficiencias a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81⁽⁷²⁾.
72. Los acuerdos de distribución pueden también dar lugar a eficiencias cualitativas. Por ejemplo, los distribuidores especializados pueden ofrecer servicios más adecuados a las necesidades de los clientes, distribuir con mayor rapidez u ofrecer más garantías de calidad en toda la cadena de distribución⁽⁷³⁾.
- 3.3. Tercera condición del apartado 3 del artículo 81: carácter indispensable de las restricciones
73. Según la tercera condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar las eficiencias creadas por el mismo. Para comprobar el cumplimiento de esta condición es preciso un doble examen. En primer lugar, el acuerdo restrictivo en sí debe ser razonablemente necesario para obtener las eficiencias. En segundo lugar, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe a la vez ser razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias.
74. A efectos de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81, lo decisivo es si el acuerdo es restrictivo o no y si cada una de las restricciones permite probablemente o no realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. La cuestión no es si, de no haber restricción, no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos⁽⁷⁴⁾.

75. El primer examen a efectos de la tercera condición del apartado 3 del artículo 81 exige que las eficiencias sean específicas al acuerdo, esto es, que no exista otra manera económicamente viable y menos restrictiva de alcanzarlas. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a las condiciones del mercado y a las realidades comerciales que afrontan las partes del acuerdo. Las empresas que invoquen el apartado 3 del artículo 81 no están obligadas a plantear alternativas de índole hipotética o teórica. La Comisión no efectuará interpretaciones sobre el criterio económico de las partes. Solo intervendrá cuando sea razonablemente claro que hay alternativas realistas y factibles. Las partes tan sólo deben explicar y demostrar por qué resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo esas alternativas aparentemente realistas y claramente menos restrictivas.
76. Es de especial importancia determinar si, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, a falta del acuerdo, las partes hubieran podido alcanzar las eficiencias mediante otro tipo de acuerdo menos restrictivo y, en caso afirmativo, cuándo. También podría ser necesario examinar si las partes podrían haber alcanzado esas eficiencias por sí mismas. Por ejemplo, si las supuestas eficiencias consisten en reducciones de costes derivadas de economías de escala o de alcance, las empresas interesadas deben explicar y demostrar por qué no es probable que se obtengan las mismas eficiencias mediante el crecimiento interno y la competencia de precios. Al efectuar la evaluación debe determinarse, entre otras cosas, cuál es la escala mínima de eficacia en el mercado de referencia. Se entiende por escala mínima de eficacia el nivel de producción necesario para reducir al mínimo los costes medios y agotar las economías de escala⁽⁷⁵⁾. Cuanto mayor es la escala mínima de eficacia en comparación con las dimensiones de cualquiera de las partes del acuerdo, más probable es que las eficiencias se consideren específicas al mismo. En el caso de acuerdos que generen sinergias sustanciales gracias a la combinación de activos y capacidades complementarias, la propia naturaleza de las eficiencias permite suponer que el acuerdo es necesario para su consecución.
77. Estos principios pueden ilustrarse mediante el siguiente ejemplo hipotético:
- A y B combinan en una empresa en participación sus respectivas tecnologías de producción para alcanzar una mayor producción y un menor consumo de materias primas. Se concede a la empresa en participación una licencia exclusiva por sus respectivas tecnologías de producción. Las partes transfieren sus actuales instalaciones de producción a la empresa en participación. Asimismo, se transfiere el personal clave a fin de garantizar que puedan aprovecharse y desarrollarse las economías de aprendizaje existentes. Se calcula que dichas economías reducen los costes de producción en un 5 %. La producción de la empresa en participación es vendida por A y B de manera independiente. En este caso, la condición del carácter indispensable exige evaluar si efectivamente los beneficios podrían lograrse en lo fundamental a través de un acuerdo de licencia, que probablemente resultaría menos restrictivo, pues A y B seguirían produciendo de manera independiente. En las circunstancias descritas, es improbable que esto ocurra ya que, conforme a un acuerdo de licencia, las partes no podrían beneficiarse de la misma manera constante y sin interrupciones de sus respectivas experiencias en la explotación de ambas tecnologías, que permiten considerables economías de aprendizaje.
78. Una vez determinado que el acuerdo es necesario para generar las eficiencias, es preciso evaluar el carácter indispensable de cada restricción de la competencia derivada del mismo. En este contexto debe evaluarse si cada restricción es razonablemente necesaria a fin de generar las eficiencias. Las partes deben justificar sus afirmaciones tanto sobre la naturaleza como sobre la intensidad de la restricción.
79. Una restricción es indispensable cuando su ausencia elimina o reduce sustancialmente las eficiencias derivadas del acuerdo o hace mucho más improbable su obtención. La evaluación de soluciones alternativas debe atender a las mejoras reales y potenciales que aporte a la competencia la eliminación de una determinada restricción o el recurso a alternativas menos restrictivas. Cuanto más restrictiva sea la alternativa, más riguroso será el examen conforme a la tercera condición⁽⁷⁶⁾. Es improbable que se consideren indispensables las restricciones prohibidas en los reglamentos de exención por categorías o consideradas como restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones de la Comisión.
80. Para determinar si una restricción es indispensable debe atenderse al contexto real en el que se aplica el acuerdo y, en particular, a la estructura del mercado, los riesgos económicos del acuerdo y sus incentivos para las partes. Cuanto más incierto sea el éxito del producto contemplado en el acuerdo, más necesaria puede resultar una restricción para garantizar que se consigan las eficiencias. Las restricciones también pueden resultar indispensables a fin de alinear los incentivos de las partes y garantizar que éstas concentren sus esfuerzos en la aplicación del acuerdo. Por ejemplo, puede ser necesaria una restricción a fin de evitar problemas de retención cuando una de las partes haya efectuado una inversión sustancial e irrecuperable. Por ejemplo, una vez que un proveedor haya

efectuado una inversión sustancial específica a una relación con vistas a suministrar a un cliente un producto inicial, el proveedor pasa a depender del cliente. Para evitar que posteriormente el cliente aproveche tal dependencia para obtener condiciones más favorables, puede ser necesario imponer la obligación de no comprar el componente a terceros o de comprar un mínimo de componentes al proveedor ⁽⁷⁷⁾.

81. En algunos casos, una restricción puede ser indispensable sólo durante un determinado periodo de tiempo, en cuyo caso la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81 sólo se aplicará durante dicho periodo. Al efectuar la evaluación debe tenerse en cuenta el periodo de tiempo necesario para obtener las eficiencias que justifican la aplicación de la excepción ⁽⁷⁸⁾. En los casos en que las ventajas no puedan obtenerse sin una inversión considerable, debe atenderse en particular al período de tiempo necesario para rentabilizar adecuadamente tal inversión (véase también el apartado 44).
82. Estos principios pueden ilustrarse mediante los siguientes ejemplos hipotéticos:

P produce y distribuye pizzas congeladas, y posee el 15 % del mercado en el Estado miembro X. Las entregas se efectúan directamente a los minoristas. Puesto que la mayor parte de los minoristas tienen capacidad de almacenamiento limitada, se necesitan entregas relativamente frecuentes, lo que lleva a una baja utilización de capacidades y al uso de vehículos relativamente pequeños. T es un mayorista de pizzas congeladas y otros productos congelados que abastece a la mayoría de los clientes de P. Las pizzas distribuidas por T representan el 30 % del mercado. Los vehículos de la flota de T son más grandes, y la empresa tiene exceso de capacidad. P concluye un acuerdo de distribución exclusiva con T para el Estado miembro X y se compromete a garantizar que los distribuidores en otros Estados miembros no vendan en el territorio de T, ya sea de manera activa o pasiva. T se compromete a ocuparse de la publicidad de los productos, a hacer estudios de las preferencias e índices de satisfacción de los consumidores y a efectuar entregas de todos los productos a los minoristas en el plazo de 24 horas. El acuerdo permite una reducción total de los costes de distribución del 30 %, gracias a un mejor uso de la capacidad y la eliminación de rutas duplicadas. El acuerdo permite asimismo la prestación de servicios adicionales a los consumidores. Las restricciones de las ventas pasivas constituyen restricciones especialmente graves conforme al reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales ⁽⁷⁹⁾ y únicamente pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales. La posición de T en el mercado y la naturaleza de las obligaciones impuestas ponen de manifiesto que no se trata de un caso excepcional. En cambio, es probable que la prohibición de ventas activas sea indispensable. Es probable que T tuviera menos incentivos para vender y hacer publicidad de la marca P si los distribuidores de otros

Estados miembros pudieran vender activamente en el Estado miembro X y, por tanto, sacar partido de los esfuerzos de T, máxime dado que T también distribuye marcas de la competencia y tiene por tanto la posibilidad de impulsar más las marcas menos expuestas a ese tipo de comportamientos parasitarios.

S es un productor de bebidas carbonatadas sin alcohol que posee el 40 % del mercado. El competidor más próximo posee el 20 %. S concluye acuerdos de suministro con clientes que representan el 25 % de la demanda en virtud de los cuales se comprometen a comprar exclusivamente a S durante 5 años. Con otros clientes que representan el 15 % de la demanda, S celebra acuerdos que les conceden descuentos trimestrales a condición de que sus compras superen una determinada cifra establecida caso por caso. Según S, los acuerdos le permiten prever la demanda con más exactitud y así planificar mejor la producción, reducir los costes de almacenamiento y depósito de materias primas y evitar la escasez de suministro. Dada la posición de S en el mercado y el alcance conjunto de las restricciones, es muy improbable que éstas se consideren indispensables. La obligación de compra exclusiva excede lo necesario para planificar la producción, y lo mismo ocurre con el sistema de descuentos. Puede preverse la demanda por medios menos restrictivos. Por ejemplo, S podría ofrecer incentivos a los clientes que hagan grandes pedidos ofreciendo descuentos por volumen de pedidos u ofrecer rebajas a los clientes que hagan pedidos por adelantado para su entrega en determinada fecha.

3.4. Segunda condición del apartado 3 del artículo 81: participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante

3.4.1. Observaciones generales

83. Según la segunda condición del apartado 3 del artículo 81, debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante.
84. El concepto de «consumidores» engloba a todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como ímputo, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir las personas naturales que operan con objetivos que pueden considerarse fuera de su actividad comercial o profesional. Dicho de otro modo, a efectos del apartado 3 del artículo 81 se entiende por consumidores los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores. Los clientes pueden ser empresas, como en el caso de los compradores de maquinaria industrial o de productos para una ulterior transformación, o consumidores finales, como, por ejemplo, en el de la compra de helados de consumo impulsivo o de bicicletas.

85. El concepto de «participación equitativa» supone que la participación en los beneficios debe al menos compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia observada con arreglo al apartado 1 del artículo 81. Acorde con el objetivo del artículo 81 de impedir los acuerdos restrictivos de la competencia, el efecto neto del acuerdo debe ser al menos neutro desde el punto de vista de aquellos consumidores que son afectados por el acuerdo de manera directa o con probabilidad consumidores⁽⁸⁰⁾. Si para dichos consumidores la situación empeora de resultados del acuerdo, la segunda condición del apartado 3 no se cumple. Los efectos positivos de un acuerdo deben confrontarse con los negativos y compensar a estos últimos en cada mercado de referencia⁽⁸¹⁾. Cuando así es, el acuerdo no perjudica a los consumidores. Además, la sociedad en su conjunto sale beneficiada, cuando las eficiencias permiten o bien utilizar menos recursos para generar la producción consumida o bien producir bienes de mayor valor, lo que redundará en una asignación más eficaz de los recursos.
86. No es obligatorio reservar a los consumidores una participación en cada una de las eficiencias observadas en relación con la primera condición. Basta que obtengan beneficios suficientes para compensar los efectos negativos del acuerdo restrictivo. En ese caso se reserva a los consumidores una participación equitativa en el conjunto de los beneficios resultantes⁽⁸²⁾. Cuando sea probable que un acuerdo restrictivo dé lugar a precios más altos, los consumidores deben verse plenamente compensados a través de mayor calidad u otros beneficios. De lo contrario, la segunda condición del apartado 3 del artículo 81 no se cumple.
87. El factor decisivo reside en la incidencia global sobre los consumidores de productos del mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores⁽⁸³⁾. En algunos casos puede ser necesario que pase cierto tiempo para que se materialicen las eficiencias. Entre tanto, puede ser que el acuerdo sólo tenga efectos negativos. El hecho de que la participación del consumidor en los beneficios se produzca transcurrido cierto intervalo no es en sí motivo para descartar la aplicación del apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, cuanto mayor sea el intervalo, mayores habrán de ser las eficiencias que permitan compensar la pérdida sufrida por los consumidores hasta el momento de su participación en los beneficios.
88. A la hora de efectuar esta evaluación, debe tenerse en cuenta que el valor de una mejora futura para los consumidores no es el mismo que el de una mejora actual para los consumidores. El valor de ahorrar 100 euros hoy es mayor que el de ahorrar el mismo importe dentro de un año. Así, para los consumidores, una mejora futura no compensa plenamente una pérdida actual de la misma magnitud nominal. Para que sea posible una comparación adecuada entre una pérdida actual para los consumidores y una mejora futura para los consumidores, debe descontarse el valor actual para los consumidores de las futuras mejoras. La tasa de descuento aplicada debe reflejar la tasa de inflación, si la hubiere, y el interés perdido, indicadores de la reducción del valor de las futuras mejoras.
89. En otros casos, el acuerdo puede permitir a las partes obtener las eficiencias con mayor rapidez. En circunstancias de ese tipo es preciso tener en cuenta la probable incidencia negativa sobre los consumidores del mercado de referencia una vez transcurrido el periodo inicial. Cuando gracias al acuerdo restrictivo las partes alcanzan una posición sólida en el mercado, pueden tener la posibilidad de practicar precios significativamente más altos. Para que se cumpla la segunda condición del apartado 3 del artículo 81, los beneficios de un acceso más rápido de los consumidores a los productos deben ser igualmente significativos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de un acuerdo que permite a dos fabricantes de neumáticos introducir en el mercado con tres años de adelanto un nuevo neumático claramente más seguro pero, al mismo tiempo, al aumentar su poder de mercado, les permite subir los precios en un 5 %. En ese caso, es probable que el acceso más rápido a un producto sustancialmente mejorado compense con creces el aumento de precios.
90. La segunda condición del apartado 3 del artículo 81 contiene una escala móvil. Cuanto mayor sea la restricción de la competencia observada en relación con el apartado 1 del artículo 81, mayores deberán ser las eficiencias y la participación de los consumidores en las mismas. El sistema de la escala móvil supone que si los efectos restrictivos de un acuerdo son relativamente limitados y las eficiencias son sustanciales, es probable que se reserve a los consumidores una participación equitativa en las reducciones de costes. En ese caso, no es en principio necesario un análisis detallado de la segunda condición del apartado 3, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones restantes para la aplicación de dicha disposición.
91. Si, en cambio, los efectos restrictivos del acuerdo son sustanciales y los ahorros de costes relativamente insignificantes, es muy poco probable que se cumpla la segunda condición del apartado 3 del artículo 81. La incidencia de la restricción de la competencia depende de la intensidad de la restricción y del grado de competencia residual tras el acuerdo.

92. Si el acuerdo combina efectos sustanciales tanto anticompetitivos como procompetitivos, es preciso pasar a un análisis detallado. Al ponderar los efectos en este tipo de casos, debe tenerse en cuenta que la competencia constituye un importante factor de eficiencia e innovación a largo plazo. Las empresas no sometidas a verdaderas presiones competitivas —por ejemplo, las que ocupan posiciones dominantes— cuentan con menos incentivos para mantener o aumentar las eficiencias. Cuanto más sustancial sea la incidencia del acuerdo sobre la competencia, más probabilidades habrá de que los consumidores se vean perjudicados a largo plazo.
93. En las dos secciones siguientes se expone con mayor detalle el marco analítico para la evaluación de la participación de los consumidores en las mejoras de eficiencia. En la primera se abordan las eficiencias de costes, mientras que en la segunda se estudian otros tipos de eficiencias, tales como las relativas a productos nuevos o mejorados (eficiencias cualitativas). El marco elaborado en estas dos secciones es de especial importancia para aquellos casos en que no sea de por sí patente que los perjuicios para la competencia son superiores a los beneficios para el consumidor o viceversa ⁽⁸⁴⁾.
94. Al aplicar los principios que a continuación se exponen, la Comisión atenderá al hecho de que, en muchos casos, resulta difícil calcular con exactitud la participación del consumidor en los beneficios, así como otros tipos de repercusión para el consumidor. Únicamente se exige a las empresas que justifiquen sus afirmaciones facilitando estimaciones y otros datos en la medida en que sea razonablemente posible y en función de las circunstancias de cada caso.
- 3.4.2. *Transmisión de las eficiencias de costes y compensación*
95. Cuando los mercados, como ocurre en general, no son perfectamente competitivos, las empresas pueden en mayor o menor medida influir sobre los precios de mercado modificando su producción ⁽⁸⁵⁾. También pueden discriminar entre sus clientes a través de los precios.
96. En determinadas circunstancias, las eficiencias de costes llevan a una mayor producción y a precios más bajos para los consumidores interesados. Si, gracias a las eficiencias de costes, las empresas pueden aumentar la producción e incrementar sus beneficios, puede haber una transmisión de los mismos a los consumidores. A la hora de evaluar en qué medida se transmiten a los consumidores las eficiencias de costes y si hay compensación a efectos del examen según el apartado 3 del artículo 81, es preciso atender en particular a los factores siguientes:
- las características y la estructura del mercado;
 - la naturaleza y magnitud de las mejoras de eficiencia;
 - la elasticidad de la demanda y
 - la magnitud de la restricción de la competencia.
- En principio, debe atenderse a todos los factores. Dado que el apartado 3 del artículo 81 sólo se aplica en caso de que la competencia en el mercado se vea restringida en medida apreciable (v. apartado 24), no puede presumirse que la competencia residual garantice a los consumidores una participación equitativa en los beneficios.
- Sin embargo el nivel de competencia residual en el mercado y el carácter de esta competencia tienen una influencia en la probabilidad de que los consumidores participen en los beneficios.
97. El grado de competencia residual en el mercado y la naturaleza de la misma influyen en la probabilidad de que se transmitan los beneficios. Cuanto mayor sea el grado de competencia residual, más probabilidades habrá de que cada empresa intente aumentar las ventas en reacción a las eficiencias de costes. Si las empresas compiten sobre todo en precios y no sufren limitaciones importantes de capacidad, la transmisión de los beneficios a los consumidores puede ser relativamente rápida. En cambio, si se compite principalmente en capacidad de producción y ésta va adaptándose con cierto retraso, los consumidores tardarán más en participar en los beneficios. La transmisión de beneficios también será probablemente más lenta si la estructura del mercado se presta a colusiones tácitas ⁽⁸⁶⁾. Cuando, en caso de aumento de la producción por parte de una o varias partes del acuerdo, es probable que los competidores tomen represalias, los incentivos para dicho aumento pueden verse limitados, a no ser que la ventaja competitiva que confieran las eficiencias sea tal que para las empresas interesadas suponga un incentivo para apartarse de la política común adoptada por los miembros del oligopolio en el mercado. Es decir, las eficiencias generadas por el acuerdo pueden transformar a esas empresas en «franco-tiradoras» ⁽⁸⁷⁾.

98. La naturaleza de las mejoras de eficiencia también desempeña un papel importante. Según la teoría económica, las empresas maximizan los beneficios mediante la venta de unidades de producción hasta que la renta marginal iguale al coste marginal. Por renta marginal se entiende la variación del total de ingresos que se derivan de la venta de una unidad de producción suplementaria, y por coste marginal la variación del total de costes que se derivan de la producción de dicha unidad. De este principio se desprende que, por regla general, las decisiones en materia de producción y precios que adopta una empresa que maximiza sus beneficios no vienen determinadas por sus costes fijos (costes que no varían en función del ritmo de producción), sino por los variables (costes que varían en función del ritmo de producción). Una vez que se ha incurrido en costes fijos y se ha establecido la capacidad, las decisiones sobre precios y producción vienen determinadas por factores de costes variables y condiciones de demanda. Valga como ejemplo una situación en la que dos empresas producen dos productos cada una en dos líneas de producción que sólo funcionan a la mitad de sus capacidades. Un acuerdo de especialización puede permitir a las dos empresas especializarse en la producción de uno de los dos productos y deshacerse de la segunda línea de producción destinada al otro. Al mismo tiempo, la especialización puede permitir a las empresas reducir los costes variables correspondientes a los factores de producción y el almacenamiento. Tan sólo estos últimos ahorros tendrán efectos directos en las decisiones de las empresas sobre precios y producción, pues influirán en los costes marginales de producción. La eliminación por cada empresa de una de las líneas de producción no reducirá sus costes variables ni tendrá efectos en sus costes de producción. Así, las empresas pueden tener incentivos directos para transmitir el beneficio a los consumidores en forma de eficiencias de mayor producción y precios más bajos que reduzcan los costes marginales, mientras que no tendrán incentivo alguno de este tipo en relación con las eficiencias de reducción de los costes fijos. Por ello, es más probable que los consumidores reciban una participación equitativa de las eficiencias de costes en caso de reducción de los costes variables que en caso de reducción de los costes fijos.

99. El hecho de que las empresas puedan tener incentivos para transmitir al consumidor ciertos tipos de reducciones de costes no implica que la tasa de transmisión sea necesariamente del 100 %. La tasa real de transmisión depende de la medida en que los consumidores reaccionen ante las variaciones de precios, esto es, de la elasticidad de la demanda. Cuanto mayor es el aumento de la demanda debido a una reducción de precios, mayor es la tasa de transmisión. Esto obedece a que, cuanto mayores son las ventas adicionales debidas a una reducción de precios ocasionada por un aumento de producción, más probable es que dichas ventas compensen la pérdida de ingresos ocasionada por la disminución de precios resultante del aumento de la producción. Si no hay discriminación a través de los precios, la reducción de precios afecta a todas las unidades vendidas por la empresa, en cuyo caso la renta marginal es inferior al precio obtenido

por el producto marginal. Si las empresas en cuestión están en condiciones de cobrar precios diferentes a clientes diferentes —esto es, si practican la discriminación a través de los precios— la transmisión tan sólo beneficiará a los consumidores sensibles a los precios ⁽⁸⁸⁾.

100. También debe tenerse en cuenta que, a menudo, las mejoras de eficiencia no afectan al conjunto de la estructura de costes de las empresas interesadas. En ese caso, la incidencia sobre los precios al consumidor es escasa. Por ejemplo, si un acuerdo permite a las partes reducir los costes de producción un 6 %, pero los costes de producción tan sólo representan un tercio de los costes a partir de los cuales se determinan los precios, la incidencia sobre el precio del producto será del 2 %, en el supuesto de que se transmita al consumidor el importe total.

101. Por último, y ante todo, hay que sopesar las dos fuerzas opuestas de la restricción de la competencia y las eficiencias de costes. Por un lado, todo aumento del poder de mercado obtenido gracias al acuerdo restrictivo ofrece a las empresas interesadas posibilidades e incentivos para aumentar los precios. Por otro, las eficiencias de costes aquí consideradas pueden ofrecer a las empresas incentivos para bajar los precios, como se explicaba en el apartado 98. Es preciso sopesar ambas fuerzas contrapuestas. A este respecto, cabe recordar que la condición relativa a la participación de los consumidores incluye una escala móvil. Si el acuerdo representa una reducción sustancial de la presión competitiva sobre las partes, para que la transmisión del beneficio sea suficiente se requieren en principio eficiencias de costes extraordinariamente importantes.

3.4.3. Transmisión de otros tipos de eficiencias y compensación

102. La transmisión del beneficio a los consumidores puede también adoptar la forma de eficiencias cualitativas tales como productos nuevos o mejorados que aporten a los consumidores un valor suficiente para compensar los efectos anticompetitivos del acuerdo, incluidas las subidas de precios.

103. Cualquier evaluación de este tipo implica por necesidad un juicio de valor. Es difícil atribuir valores exactos a eficiencias dinámicas de esta naturaleza. No obstante, el objetivo fundamental de la evaluación sigue siendo el mismo, esto es, determinar la incidencia global del acuerdo sobre los consumidores en el mercado de referencia. Las empresas que reclaman los beneficios resultantes de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 deben motivar que los consumidores obtengan beneficios a cambio (véase a este respecto los párrafos 57 y 86).

104. La disponibilidad de productos nuevos o mejorados constituye una fuente importante de bienestar para el consumidor. Siempre que el aumento de valor que produzcan estas mejoras sea superior a cualquier perjuicio ocasionado por el mantenimiento o subidas de precio debidas al acuerdo restrictivo, los consumidores estarán en mejor situación que en ausencia del acuerdo y, en principio, se cumplirá el requisito de la participación del consumidor en el beneficio a efectos del apartado 3 del artículo 81. En aquellos casos en que el efecto probable del acuerdo sea aumentar los precios para los consumidores en el mercado de referencia, debe evaluarse minuciosamente si las eficiencias alegadas crean un valor real para los consumidores en dicho mercado, tal que compense los efectos negativos de la restricción de la competencia.

3.5. Cuarta condición del apartado 3 del artículo 81: no eliminación de la competencia

105. Según la cuarta condición del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En definitiva, la protección de la rivalidad y del proceso de la competencia goza de prioridad con respecto a las mejoras de eficiencia posiblemente beneficiosas para la competencia que se deriven de acuerdos restrictivos. La última condición del apartado 3 del artículo 81 supone el reconocimiento del hecho de que la rivalidad entre empresas constituye un factor fundamental de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. Es decir, en último término el objetivo del artículo 81 es proteger el proceso de la competencia. La eliminación de la competencia supone la interrupción de este proceso, y las eficiencias a corto plazo se ven superadas por las pérdidas a largo plazo que se derivan, entre otras cosas, de los gastos en que incurre el operador histórico a fin de mantener su posición (búsqueda de rentas), la mala distribución de recursos, la pérdida de innovación y el aumento de los precios.

106. El concepto de eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia, enunciado en el apartado 3 del artículo 81, es un concepto autónomo y específico a esta disposición⁽⁸⁹⁾. Sin embargo, al aplicar este concepto es preciso tener en cuenta la relación entre el artículo 81 y el artículo 82. Según jurisprudencia reiterada, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no puede impedir la aplicación del artículo 82 del Tratado⁽⁹⁰⁾. Por otra parte, dado que tanto el artículo 81 como el 82 tienen por objetivo mantener una competencia efectiva en el mercado, por motivos de coherencia debe interpretarse que el apartado 3 del artículo 81 impide cualquier aplicación de esta disposición a acuerdos restrictivos que constituyan abuso de posición dominante⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾. Sin embargo, no todos los acuerdos restrictivos celebrados por una empresa dominante constituyen abuso de posición dominante. Así ocurre, por ejemplo, cuando una empresa dominante se incorpora a una empresa en participación⁽⁹³⁾ que no ejerce

plenas funciones, lo que restringe la competencia pero, al mismo tiempo, implica una sustancial integración de activos.

107. Si se elimina o no la competencia a efectos de la última condición del apartado 3 del artículo 81 es cuestión que depende del grado de competencia que existiera antes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo restrictivo sobre la competencia, esto es, de la reducción de la competencia debida al acuerdo. Cuanto más debilitada se encuentre la competencia en el mercado de referencia, menor será la reducción ulterior necesaria para eliminarla a efectos del apartado 3 del artículo 81. Asimismo, cuanto mayor sea la reducción de la competencia ocasionada por el acuerdo, mayor será la probabilidad de que se elimine la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia.

108. La aplicación de la última condición del apartado 3 del artículo 81 requiere un análisis realista de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen sobre las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión. Debe atenderse tanto a la competencia actual como a la potencial.

109. Por importante que sean las cuotas de mercado, la importancia de las demás fuentes de competencia efectiva no puede apreciarse exclusivamente en función de las cuotas de mercado. Suele ser necesario un detallado análisis cualitativo y cuantitativo. Debe examinarse la capacidad y los incentivos para competir de los competidores efectivos. Por ejemplo, si hay empresas que afrontan dificultades de capacidad o tienen costes de producción relativamente más elevados, su reacción competitiva se verá forzosamente limitada.

110. Al evaluar la incidencia del acuerdo sobre la competencia también es importante examinar su influencia en los distintos parámetros de la competencia. La última condición para la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81 no se cumple si el acuerdo elimina la competencia en alguna de sus expresiones más importantes. Así ocurre cuando un acuerdo elimina la competencia de precios⁽⁹⁴⁾ o en la innovación y desarrollo de nuevos productos.

111. La conducta efectiva de las partes en el mercado puede dar una idea de los efectos del acuerdo. Si, tras celebrar el acuerdo, las partes aplican y mantienen sustanciales subidas de precios o adoptan otros comportamientos característicos de un poder de mercado considerable, cabe pensar que no están sujetas a una verdadera presión competitiva y que se ha eliminado la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de referencia.

112. Las relaciones competitivas observadas con anterioridad también pueden ofrecer indicios de los efectos del acuerdo en las futuras. Una empresa puede ser capaz de eliminar la competencia a efectos del apartado 3 del artículo 81 al celebrar un acuerdo con un competidor que ha venido comportándose como «francotirador»⁽⁹⁵⁾. El acuerdo puede modificar sus incentivos y posibilidades de competencia y eliminar así una importante fuente de competencia en el mercado.
113. En caso de productos diferenciados, es decir, de productos diferentes a ojos de los consumidores, la incidencia del acuerdo puede depender de la relación competitiva entre los productos vendidos por las partes del acuerdo. Cuando las empresas ofrecen productos diferenciados, la presión competitiva que los productos ejercen entre sí varía en función del grado de sustituibilidad entre los mismos. Por tanto, debe estudiarse cuál es el grado de sustituibilidad entre los productos ofrecidos por las partes, es decir, qué presión competitiva ejercen entre sí. Cuanto más sean sustitutos cercanos los productos de las partes del acuerdo, mayores serán los probables efectos restrictivos del acuerdo. Es decir, cuanto más sustituibles sean los productos, mayor será la modificación que probablemente supondrá el acuerdo en cuanto a restricción de la competencia en el mercado, y mayor el riesgo de que se elimine la competencia en una parte sustancial de los productos de referencia.
114. Si bien las fuentes de competencia efectiva suelen ser las más importantes por ser las más fáciles de comprobar, también deben tenerse en cuenta las fuentes de competencia potencial. Su evaluación requiere un análisis de las barreras a la entrada para las empresas que aún no compitan en el mercado de referencia. Toda afirmación de las partes sobre la existencia de pocas barreras a la entrada debe justificarse con datos que enumeren las fuentes de competencia potencial, y las partes deben demostrar por qué dichas fuentes suponen una verdadera presión competitiva sobre las partes.
115. A la hora de evaluar las barreras a la entrada y las posibilidades reales de una nueva incorporación a escala significativa, deben examinarse en particular:
- i) el marco reglamentario, a fin de determinar su incidencia en la entrada;
 - ii) los costes de entrada, incluidos los costes irre recuperables; es decir, los costes que no podrán recuperarse en caso de posterior retirada del mercado. Cuanto más elevados sean los costes irre recuperables, mayor será el riesgo comercial para los posibles nuevos operadores;
 - iii) la escala mínima de eficacia en el sector, esto es, la tasa de producción cuando los costes medios se reducen al mínimo. Si la escala mínima de eficacia es grande en comparación con el tamaño del mercado, la incorporación efectiva puede resultar más costosa y arriesgada;
 - iv) las aptitudes competitivas de los nuevos operadores potenciales. El éxito de la incorporación al mercado es especialmente probable cuando los nuevos operadores potenciales disponen de acceso a tecnologías al menos tan rentables como las de los operadores ya presentes o gozan de otras ventajas competitivas que les permitan competir eficazmente. Si los operadores potenciales se hallan en una fase de desarrollo tecnológico igual o inferior que los operadores ya presentes y no poseen ninguna otra ventaja competitiva de importancia, su incorporación resultará más arriesgada y el éxito de la misma más incierto;
 - v) la situación de los compradores y su capacidad de introducir en el mercado nuevas fuentes de competencia. Poco importa que haya compradores fuertes que puedan obtener de las partes del acuerdo condiciones más ventajosas que sus competidores más débiles⁽⁹⁶⁾. La presencia de compradores fuertes tan sólo puede servir para desechar una conclusión preliminar de que hay eliminación de la competencia, cuando sea probable que dichos compradores abran el camino al éxito de nuevas incorporaciones;
 - vi) la reacción probable de los operadores ya presentes ante las tentativas de incorporación al mercado. Por ejemplo, su comportamiento pasado puede haberles granjeado una reputación de agresividad que incida sobre las futuras incorporaciones;
 - vii) las perspectivas económicas del sector, que pueden ofrecer indicios de su atractivo a largo plazo. Los sectores estancados o en crisis resultan menos atractivos de cara a una incorporación que los que se caracterizan por el crecimiento;
 - viii) los antecedentes de incorporaciones al mercado en escala significativa o la ausencia de tales antecedentes.
116. Estos principios pueden ilustrarse mediante los siguientes ejemplos hipotéticos, que no pretenden establecer umbrales:

La empresa A es una cervecera que posee el 70 % del mercado de referencia, incluida la venta de cerveza en cafés y otros establecimientos. En los últimos 5 años, A ha aumentado su cuota de mercado, que era del 60 %. Hay otros cuatro competidores en el mercado, las empresas B, C, D y E, cuyas cuotas de mercado son respectivamente del 10 %, 10 %, 5 % y 5 %. No se ha incorporado ninguna nueva empresa en fecha reciente, y en general los cambios de precios efectuados por A han sido seguidos por sus competidoras. A celebra acuerdos con el 20 % de los establecimientos, que representan el 40 % del volumen de ventas, en virtud de los cuales las partes se comprometen a comprar cerveza únicamente a A durante un período de 5 años. Los acuerdos aumentan los costes y reducen los ingresos de los rivales, que se ven excluidos de los mercados más atractivos. Dada la posición de A en el mercado, fortalecida en los últimos años, la ausencia de nuevas incorporaciones y la posición de por sí débil de los competidores, es probable que se elimine la competencia en el mercado a efectos del apartado 3 del artículo 81.

Los transportistas A, B, C, y D, que colectivamente poseen más del 70 % del mercado de referencia, celebran un acuerdo por el que deciden coordinar sus horarios y tarifas. Tras su entrada en vigor, los precios aumentan entre un 30 % y un 100 %. Existen otros cuatro proveedores, la mayor de los cuales posee el 14 % del mercado de referencia. No ha habido nuevas incorporaciones en los últimos años, y las partes del acuerdo no han sufrido pérdidas importantes de cuotas de mercado tras los incrementos de precios. Los competidores existentes no

han efectuado aumentos significativos de capacidad en el mercado, y no ha habido nuevas incorporaciones. Dada la posición de mercado de las partes y la ausencia de respuesta competitiva a su conducta colectiva, cabe concluir razonablemente que las partes del acuerdo no están sujetas a verdadera presión competitiva y que el acuerdo les ofrece la posibilidad de eliminar la competencia a efectos del apartado 3 del artículo 81.

A es un fabricante de aparatos eléctricos para usuarios profesionales, con una cuota del 70 % de un mercado nacional de referencia. B es un fabricante competidor con una cuota de mercado del 5 % y que ha desarrollado un nuevo tipo de motor más potente y que al mismo tiempo consume menos electricidad. A y B celebran un acuerdo en virtud del cual establecen una empresa en participación para la producción del nuevo motor. B se compromete a conceder licencia exclusiva a la empresa en participación. Ésta combina la nueva tecnología de B con el eficaz proceso de fabricación y control de calidad de A. Hay otro competidor importante que posee el 15 % del mercado. Otro competidor con un 5 % de la cuota de mercado ha sido adquirido recientemente por C, gran productor internacional de aparatos eléctricos competidores, que también posee tecnologías eficaces. C no ha operado hasta ahora en el mercado debido, sobre todo, a que los clientes desean contar con presencia y servicio locales. Gracias a la adquisición, C accede a la organización de servicios necesaria para penetrar en el mercado. Es probable que la incorporación de C garantice que no se elimine la competencia.

(¹) En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

(²) DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

(³) Todos los reglamentos de exención por categorías y comunicaciones vigentes de la Comisión están disponibles en el sitio Internet de la DG de Competencia: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

(⁴) Véase el apartado 36.

(⁵) Véase la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291 de 13.10.2000, p. 1), la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2), y la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, no publicada aún.

(⁶) El concepto de efecto en el comercio entre Estados miembros se contempla en las directrices correspondientes.

(⁷) En lo sucesivo, por «restringir» se entenderá también impedir y falsear el juego de la competencia.

(⁸) Con arreglo al apartado 2 del artículo 81, tales acuerdos son nulos de pleno derecho.

(⁹) El apartado 1 del artículo 81 prohíbe los efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales; cf., por ejemplo, el asunto C -7/95 P, John Deere, Rec. 1998 I -3111, apartado 77.

(¹⁰) Véase el asunto T-65/98, Van den Bergh Foods, Rec. 2003 II-... , apartado 107, y el asunto T-112/99, Métropole télévision (M6) y otros, Rec. 2001, p. II-2459, apartado 74, en el que el Tribunal de Primera Instancia consideró que sólo en el marco preciso del apartado 3 del artículo 81 se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean procompetitivos o anticompetitivos.

(¹¹) Véase la nota 5.

(¹²) Véase el asunto C-49/92P, Anic Participazioni, Rec. 1999, p. I-4125, apartado 116; y los asuntos acumulados 40/73 a 48/73 y otros, Suiker Unie, Rec. 1975, p. 1663, apartado 173.

(¹³) Véase a este respecto el apartado 108 de la sentencia en el asunto Anic Participazioni, citada en la nota anterior, y el asunto C-277/87, Sandoz Prodotti, Rec. 1990 I-45.

- (14) Véase a este respecto, por ejemplo, el asunto 14/68, Walt Wilhelm, Rec. 1969 p. 1 y, más recientemente, el asunto T-203/01, Michelin (II), Rec. 2003 II-... , apartado 112.
- (15) Véanse los asuntos acumulados T-25/95 y otros, Cimenteries CBR, Rec. 2000, p. II-491, apartados 1849 y 1852; y los asuntos acumulados T-202/98 y otros, British Sugar, Rec. 2001, p. II-2035, apartados 58 a 60.
- (16) Véanse el asunto C-453/99, Courage v Crehan, Rec. 2001, p. I-6297, y el apartado 3444 de la sentencia en el asunto Cimenteries CBR citado en la nota anterior.
- (17) Véanse a este respecto los asuntos acumulados C -2/01 P y C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Rec. 2004 p. I-... , apartado 102.
- (18) Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 25/84 y 25/84, Ford, Rec. 1985, p. 2725.
- (19) Véase a este respecto el apartado 141 de la sentencia Bundesverband der Arzneimittel-Importeure citado en la nota 17.
- (20) Véase el asunto 56/65, Societé Technique Minière, Rec. 1966, p. 337, y el apartado 76 de la sentencia John Deere, citada en la nota 9.
- (21) Véanse a este respecto los asuntos acumulados 56/64 y 58/66, Consten y Grundig, Rec. 1966, p. 429.
- (22) Véase a este respecto, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto Elopak/Metal Box — Odin (DO L 209 de 8.8.1990, p. 15), y TPS (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6).
- (23) Véase a este respecto la sentencia en el asunto Societé Technique Minière, citada en la nota 20, y el asunto 258/78, Nungesser, Rec. 1982, p. 2015.
- (24) Véase la norma 10 en el apartado 119 de las directrices sobre restricciones verticales citadas en la nota 4, según la cual, entre otras cosas, no es aplicable a las restricciones sobre las ventas pasivas —que constituyen restricciones especialmente graves— lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 por un periodo de dos años en caso de que la restricción vaya asociada a la apertura de nuevos mercados geográficos o de productos.
- (25) Véase, por ejemplo, el apartado 99 de la sentencia Anic Partecipazioni, citada en la nota 12.
- (26) Véase el apartado 46.
- (27) Véanse los asuntos acumulados 29/83 y 30/83, CRAM y Rheinzink, Rec. 1984, p. 1679, apartado 26, y los asuntos acumulados 96/82 y otros, ANSEAU-NAVEWA, Rec. 1983, p. 3369, apartados 23-25.
- (28) Véase el apartado 25 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal citadas en la nota 4 y el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 304 de 5.12.2000, p. 3).
- (29) Véase el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21), y las directrices sobre las restricciones verticales citadas en la nota 4, apartados 46 y ss. Véase también la sentencia de 8.2.1990 en el asunto 279/87, Tipp-Ex, Rec. 1990, p. I-261, y la sentencia de 6.7.2000 en el asunto T-62/98, Volkswagen/Comisión, Rec. 2000, p. II-2707, apartado 178.
- (30) Véase el apartado 77 de la sentencia en el asunto John Deere, citada en la nota 9.
- (31) No basta que el acuerdo restrinja la libertad de acción de una o varias partes; véanse los apartados 76 y 77 de la sentencia en el asunto Métropole télévision (M6) citado en la nota 10. Ello es acorde con el hecho de que el artículo 81 tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado en beneficio de los consumidores.
- (32) Véase, por ejemplo, el asunto 5/69, Völk, Rec 1969, p. 295, apartado 7. Para más orientaciones sobre el carácter sensible de los efectos, véase la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado (DO C 368 de 22.12.2001, p. 13). La Comunicación define el carácter sensible de manera negativa, es decir, por su ausencia. Los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación de las normas *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos sensibles. Es precisa una evaluación individual.
- (33) Véanse a este respecto los asuntos acumulados T -374/94 y otros, European Night Services, Rec. 1998, p. II-3141.
- (34) Véase la nota 32.
- (35) Véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia comunitaria (DO C 372 de 9.12.1997, p. 1).
- (36) Para la referencia del DO, véase la nota 5.
- (37) Véase el apartado 104 de la sentencia en el asunto Métropole télévision (M6) y otros, citada en la nota 10.
- (38) Véase, por ejemplo, el asunto C-399/93, Luttikhuis, Rec. 1995, p. I-4515, apartados 12 al 14.
- (39) Véanse a este respecto los apartados 118 y ss. de la sentencia Métropole television citada en la nota 10.
- (40) Véase el apartado 107 de la sentencia en el asunto Métropole télévision, citado en la nota 10.
- (41) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Elopak/Metal Box — Odin, citado en la nota 22.
- (42) Véase el asunto 161/84, Pronuptia, Rec. 1986, p. 353.
- (43) Véase la nota 22. La decisión fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia Métropole télévision (M6) citada en la nota 10.
- (44) Los ahorros de costes obtenidos a través del mero ejercicio del poder de mercado por las partes no producen beneficios objetivos y no pueden tomarse en consideración. Véase el apartado 49.

- (45) Véase, por ejemplo, la sentencia *Consten y Grundig* citada en la nota 21.
- (46) El hecho de que un acuerdo esté exento por categoría no indica en sí mismo que sea aplicable a ese acuerdo en concreto lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81.
- (47) Véase el asunto C-234/89, *Delimitis*, Rec. 1991, p. I-935, apartado 46.
- (48) El apartado 4 del artículo 36 del Reglamento (CE) n° 1/2003 suprime, entre otros, el artículo 5 del Reglamento (CEE) n° 1017/68 por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. No obstante, la práctica decisoria de la Comisión adoptada en virtud del Reglamento (CEE) n° 1017/68 sigue siendo pertinente a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 al ámbito de los transportes por vía navegable.
- (49) Véase el apartado 42.
- (50) Véase la sentencia en el asunto *Société Technique Minière*, citada en la nota 20.
- (51) Véase a este respecto el asunto 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Rec. 1983 4173, apartados 11 y 12.
- (52) Véanse, por ejemplo, el asunto T-185/00 y otros, *Métropole télévision SA (M6)*, Rec. 2002 II-3805, apartado 86; el asunto T-17/93, *MATRA*, Rec. 1994, p. II-595, apartado 85; y los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB*, Rec. 1984, p. 19, apartado 61.
- (53) Véase el asunto T-213/00, *CMA CGM y otros*, Rec. 2003 p. II-..., apartado 226.
- (54) Véase a tal fin, implícitamente, el apartado 139 de la sentencia *Matra*, citada en la nota 53, y el asunto 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875, apartado 43.
- (55) Sobre el concepto de «consumidores», véase el apartado 84, donde se definen como los clientes de las partes y los posteriores compradores. Las propias partes no son «consumidores» a efectos del apartado 3 del artículo 81.
- (56) El examen es específico a un mercado; véase a este respecto el asunto T-131/99, *Shaw*, apartado 163, Rec. 2002, p. II-2023, en el que el Tribunal de Primera Instancia determinó que la evaluación al apartado 3 del artículo 81 debía efectuarse en el mismo marco analítico empleado para evaluar los efectos restrictivos, y el asunto C-360/92 P, *Publishers Association*, apartado 29, Rec. 1995, p. I-23, en el que, habiéndose considerado que el mercado de referencia era más amplio que el nacional, el Tribunal de Justicia determinó que a la hora de aplicar el apartado 3 del artículo 81 no era correcto atender únicamente a los efectos en el territorio nacional.
- (57) Véase el asunto T-86/95, *Compagnie Générale Maritime y otros*, apartados 343 a 345, Rec. 2002, p. II-1011. El Tribunal de Primera Instancia estableció que el apartado 3 del artículo 81 no requiere que los beneficios estén vinculados a un mercado específico y que en determinados casos se deben tener en cuenta los beneficios «en cualquier otro mercado en el que el acuerdo en cuestión tenga efectos beneficiosos, e incluso, en un sentido más amplio, respecto a cualquier servicio cuya calidad o eficacia pudiera ser mejorada por la existencia de dicho acuerdo». Sin embargo, es importante reseñar que en este asunto el grupo de consumidores afectados era el mismo. Este asunto se refería a servicios de transporte multimodal incluido, en particular, un conjunto de servicios de transporte marítimo y por vía navegable prestados a compañías marítimas de toda la Comunidad. Las restricciones se referían a los servicios de transporte por vía navegable, que se consideraban un mercado distinto, mientras que se afirmaba que los beneficios se producían en los servicios de transporte marítimo. Ambos servicios eran requeridos por transportistas que necesitaban un transporte multimodal entre el norte de Europa, el sudeste asiático y Asia oriental. La sentencia en *CMA CGM*, citada en la nota 53, también se refería a una situación en la que el acuerdo, aunque cubría varios servicios diferentes, afectaba al mismo grupo de consumidores, es decir transportistas de barcos con contenedores entre el norte de Europa y el lejano Oriente. En este acuerdo las partes fijaban gastos y sobrepagos sobre el transporte terrestre, portuario y marítimo. El Tribunal de Primera Instancia estableció (véase los párrafos 226 a 228) que en las circunstancias del asunto no había necesidad de definir los mercados relevantes a los efectos de aplicar el apartado 3 del artículo 81. El acuerdo era restrictivo de la competencia por su propio objeto y no habían beneficios para los consumidores.
- (58) Véanse los apartados 126 y 132 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal citadas en la nota 5.
- (59) Véase la sentencia *Ford*, citada en la nota 18.
- (60) Sobre este punto, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión en el asunto *TPS* (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Del mismo modo, la prohibición del apartado 1 del artículo 81 sólo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.
- (61) Véase el apartado 85 de la sentencia *Matra*, citada en la nota 52.
- (62) Sobre esta condición, véase el apartado 49.
- (63) Véase, por ejemplo, el asunto T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties en Bouwnijverheid (SPO)*, Rec. 1995, p. II-289.
- (64) Véase el asunto 258/78, *Nungesser*, apartado 77, Rec. 1982, p. 2015, en relación con la protección territorial absoluta.
- (65) Véase a este respecto la sentencia *SPO*, citada en la nota 63.
- (66) Las medidas nacionales deben, entre otras cosas, cumplir las normas del Tratado relativas a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales.
- (67) Véase, por ejemplo, la sentencia *Consten y Grundig* citada en la nota 21.
- (68) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Van den Bergh Foods* (DO L 246 de 4.9.1998, p. 1).
- (69) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Glaxo Wellcome* (DO L 302 de 17.11.2001, p. 1).
- (70) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *GEAE/P&W* (DO L 58 de 3.3.2000, p. 16); la Decisión *British Interactive Broadcasting/Open* (DO L 312 de 6.12.1999, p. 1); y la Decisión *Asahi/Saint Gobain* (DO L 354 de 31.12.1994, p. 87).
- (71) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Atlas* (DO L 239 de 19.9.1996, p. 23), y en el asunto *Phoenix/Global One* (DO L 239 de 19.9.1996, p. 57).
- (72) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Uniform Eurocheques* (DO L 35 de 7.2.1985, p. 43).
- (73) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Cégétel + 4* (DO L 88 de 31.3.1999, p. 26).

- (74) Sobre la primera cuestión, que puede ser pertinente en relación con el apartado 1 del artículo 81, véase el apartado 18.
- (75) Las economías de escala suelen agotarse en un momento dado. Posteriormente, los costes se estabilizan y aun más tarde aumentan debido, por ejemplo, a problemas de capacidad y cuellos de botella.
- (76) Véanse los apartados 392 a 395 de la sentencia *Compagnie Générale Maritime* citada en la nota 57.
- (77) Para más detalles, véase el apartado 116 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 5.
- (78) Véanse los asuntos acumulados T-374/94 y otros, *European Night Services*, apartado 230, Rec. 1998, p. II-3141.
- (79) Véase el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21).
- (80) Véase a este respecto la sentencia *Consten y Grundig* citada en la nota 21, en la que el Tribunal de Justicia consideró que las mejoras a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81 deben demostrar ventajas objetivas apreciables de carácter tal que compensen las desventajas que puedan ocasionar en el ámbito de la competencia.
- (81) Se recuerda que los efectos positivos y negativos sobre los consumidores se ponderan en principio dentro de cada mercado de referencia (véase el párrafo 43).
- (82) Véase el apartado 48 de la sentencia *Metro (I)* citada en la nota 54.
- (83) Véase el apartado 163 de la sentencia *Shaw*, citada en la nota 56.
- (84) En las siguientes secciones, para mayor facilidad, por perjuicios a la competencia se entienden precios más altos o, también, menor calidad, variedad o innovación de las que existirían de otro modo.
- (85) En mercados perfectamente competitivos, cada empresa se ajusta al precio del mercado. Vende sus productos al precio de mercado, el cual viene determinado por la oferta y la demanda globales. La producción de cada empresa es tan poco representativa que cualquier variación de su producción no afecta al precio del mercado.
- (86) Las empresas incurren en colusiones tácitas cuando, en un mercado oligopolístico, pueden coordinar sus actividades en el mercado sin necesidad de recurrir a un acuerdo de cartel explícito.
- (87) Con este término se designa a las empresas que ejercen presiones sobre el comportamiento de precios de las demás empresas del mercado que de otro modo podrían haber incurrido en colusiones tácitas.
- (88) El acuerdo restrictivo puede incluso permitir a las empresas cobrar precios más elevados a clientes con baja elasticidad de la demanda.
- (89) Véase asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 y T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, apartado 939, Rec. 2003 II-..., y el asunto T-395/94, *Atlantic Container Line*, apartado 330, Rec. 2002, p. II-875.
- (90) Véanse los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, Rec. 2000, p. I-1365, apartado 130. Del mismo modo, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 no es óbice a la de las normas del Tratado sobre libre circulación de bienes, servicios, personas y capital. Esas disposiciones son aplicables en ciertas circunstancias a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a efectos del apartado 1 del artículo 81; véase al respecto el asunto C-309/99, *Wouters* Rec. 2002 I-1577, apartado 120.
- (91) Véase a este respecto el asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, p. II-309, y los asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 y T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Rec. 2003 II-..., apartado 1456.
- (92) Así es como debe entenderse el apartado 135 de las directrices sobre restricciones verticales y los apartados 36, 71, 105, 134 y 155 de las directrices sobre acuerdos de cooperación horizontales citadas en la nota 5 cuando establecen que, en principio, los acuerdos restrictivos celebrados por empresas dominantes no pueden acogerse a una exención.
- (93) Las empresas en participación con plenas funciones, es decir, las empresas en participación que desempeñan con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente, se contemplan en el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 257 de 21.9.1990, p. 13).
- (94) Véase el apartado 21 de la sentencia en el asunto *Metro (I)*, citada en la nota 52.
- (95) Véase el apartado 97.
- (96) Véase a este respecto el asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 101.
-

AVISO A LOS LECTORES

EL DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN VEINTE LENGUAS

A partir de la adhesión a la Unión Europea de los diez nuevos Estados miembros (la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia) el **1 de mayo de 2004**, la versión papel del *Diario Oficial de la Unión Europea*, series L y C, aparecerá en las veinte lenguas oficiales de la Unión.

La «franja coloreada» de la cubierta se suprimirá y la versión lingüística se indicará por el código ISO: español (ES), checo (CS), danés (DA), alemán (DE), estonio (ET), griego (EL), inglés (EN), francés (FR), italiano (IT), letón (LV), lituano (LT), húngaro (HU), maltés (MT), neerlandés (NL), polaco (PL), portugués (PT), eslovaco (SK), esloveno (SL), finés (FI), sueco (SV).

La versión CD-ROM del Diario Oficial, series L y C, estará también disponible en las veinte lenguas a partir de la edición de mayo 2004.

EL ACERVO COMUNITARIO EN LAS NUEVE NUEVAS LENGUAS

El acervo comunitario está en proceso de preparación. Estará disponible:

— en versión papel, en forma de abono. Los volúmenes se enviarán a medida que aparezcan. El precio es de 2 000 euros.

Cada volumen podrá adquirirse individualmente, pero sólo cuando la serie esté completa.

— en versión CD-ROM, después de la disponibilidad de todos los volúmenes de la versión papel. El precio del CD-ROM es de 1 000 euros;

— en EUR-Lex.

El primero de los más de 200 volúmenes (el número exacto de volúmenes todavía no está confirmado) del acervo comunitario está ahora disponible en siete de las nuevas lenguas (seguirán el maltés y el estonio).

Para más información, por favor, póngase en contacto con nuestros agentes de venta (véase la última página de cubierta).