

Diario Oficial de la Unión Europea

Edición
en lengua española

Comunicaciones e informaciones

50º año

6 de septiembre de 2007

<u>Número de información</u>	Sumario	Página
2007/C 208/01	IV <i>Informaciones</i> INFORMACIONES RELATIVAS AL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO Órgano de Vigilancia de la AELC Directrices relativas a la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE	1

IV

(Informaciones)

INFORMACIONES RELATIVAS AL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Directrices relativas a la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE

(2007/C 208/01)

- A. La presente comunicación se publica con arreglo a las disposiciones del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «el Acuerdo EEE») y del Acuerdo entre los países de la AELC por el que se instituye un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, «el Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción»).
- B. La Comisión Europea (en lo sucesivo, «la Comisión») publicó una comunicación titulada «Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado»⁽¹⁾. Este acto no vinculante establece los principios que sigue la Comisión para la aplicación de las condiciones para la excepción contemplada en el artículo 81, apartado 3, del Tratado CE.
- C. El Órgano de Vigilancia de la AELC considera dicho acto pertinente a efectos del EEE. Con el fin de mantener condiciones iguales de competencia y de garantizar una aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE en el conjunto del Espacio Económico Europeo, el Órgano de Vigilancia adopta la presente comunicación en virtud del poder que le confiere el artículo 5, apartado 2, letra b), del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción. Se propone seguir los principios y las normas contemplados en la presente comunicación al aplicar las normas del EEE a casos particulares⁽²⁾.
- D. En particular, el objetivo de la presente Comunicación consiste en exponer la interpretación del Órgano de Vigilancia de la AELC de las condiciones para la excepción contemplada en el artículo 53, apartado 3, y de proporcionar directrices sobre el modo en que el Órgano de Vigilancia la AELC aplicará el artículo 53 en cada caso concreto.
- E. La presente comunicación se aplica a los casos en los que el Órgano de Vigilancia de la AELC es el órgano de vigilancia competente en aplicación del artículo 56 del Acuerdo sobre el EEE.

1. INTRODUCCIÓN

- (1) El artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE 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 artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE. Los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y

prácticas concertadas⁽³⁾ contempladas en el apartado 1 del artículo 53 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 artículo 53, apartado 3, puede aplicarse a acuerdos y prácticas concertadas tanto individualmente como por medio de actos que correspondan a los Reglamentos comunitarios de exención por categorías contemplados en el anexo XIV del Acuerdo EEE (en lo sucesivo, «los Reglamentos de exención por categorías»). El capítulo II

⁽¹⁾ DO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

⁽²⁾ La competencia para decidir en casos particulares incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 53 y 54 del acuerdo sobre el EEE la comparten el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión Europea, de acuerdo con las normas contempladas en el artículo 56 del Acuerdo EEE. Solo uno de ambos órganos de vigilancia tiene competencia para decidir en cada caso concreto.

⁽³⁾ En lo sucesivo, el término «acuerdo» incluirá las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.

del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción (en lo sucesivo, «el capítulo II»)⁽⁴⁾ no afecta a la validez y a la naturaleza jurídica de las exenciones por categorías. Todos los reglamentos de exención actuales siguen en vigor, y los acuerdos contemplados en los reglamentos de exención por categorías mantienen su validez jurídica y vigencia aun cuando restrinjan el juego de la competencia a efectos del artículo 53, apartado 1. Dichos acuerdos únicamente pueden prohibirse para el futuro, y solo mediante la retirada formal de la exención por categorías por parte del Órgano de Vigilancia de la AELC o de una autoridad nacional de competencia de la AELC⁽⁵⁾. 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⁽⁶⁾ se refieren a la aplicación del artículo 53 a diversos tipos de acuerdos y prácticas concertadas. Su propósito es exponer el punto de vista del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre los criterios de evaluación sustantiva aplicados a los diferentes tipos de acuerdos y prácticas.

(4) Las presentes Directrices establecen la interpretación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre las condiciones de exención contenidas en el artículo 53, apartado 3. Así ofrecen orientación sobre la aplicación del artículo 53 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 de la AELC a la hora de aplicar el artículo 53, apartados 1 y 3, del Acuerdo EEE.

(5) Las presentes directrices establecen un marco analítico para la aplicación del artículo 53, apartado 3, con el objetivo de elaborar una metodología para la aplicación de dicha

⁽⁴⁾ Cuando el Acuerdo por el que se modifica el Protocolo 4 del Acuerdo de los Estados de la AELC por el que se establece un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia, de 24 de septiembre de 2004, haya entrado en vigor, el capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción reflejará en gran medida en el pilar de la AELC el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

⁽⁵⁾ Véase el punto 36.

⁽⁶⁾ Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre las directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 122 de 23.5.2002, p. 1, y Suplemento EEE 26 al DO de 23.5.2002, p. 7), la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC, relativa a las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 266 de 31.10.2002, p. 1 y Suplemento EEE 55 al DO de 31.10.2002, p. 1) y la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de transferencia de tecnologías, todavía no aprobada.

disposición. Esta metodología está basada en el enfoque económico utilizado en las directrices sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología. El Órgano de Vigilancia de la AELC aplicará las presentes directrices, que ofrecen orientaciones más detalladas sobre la aplicación de las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3, que las que se recogen en las directrices 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 la AELC y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a las disposiciones correspondientes del Tratado CE⁽⁷⁾. Sin embargo, el Órgano de Vigilancia de la AELC también intenta explicar su política con respecto a temas que no han sido tratados por la jurisprudencia o que son interpretables. La posición del Órgano de Vigilancia 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 del artículo 53, apartados 1 y 3, y de la interpretación que el Tribunal de la AELC y los Tribunales comunitarios puedan dar sobre esas normas en el futuro.

2. MARCO GENERAL DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO SOBRE EL EEE

2.1. Las disposiciones del Acuerdo EEE

(8) El artículo 53, apartado 1, prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre

⁽⁷⁾ El artículo 6 del Acuerdo EEE establece que, sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia, las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adoptados en aplicación de estos dos Tratados, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del Acuerdo EEE. Por lo que se refiere a las resoluciones pertinentes dictadas después de la fecha de la firma del Acuerdo EEE, del artículo 3, apartado 2, del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción se desprende que el Órgano de Vigilancia de la AELC y el Tribunal de la AELC tendrán debidamente en cuenta los principios fijados en aquellas.

las Partes contratantes en el Acuerdo EEE⁽⁸⁾ y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia⁽⁹⁾.

(9) Como excepción a esta norma, el artículo 53, apartado 3, establece que la prohibición del artículo 53, apartado 1, 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 artículo 1, apartado 1, del capítulo II, los acuerdos contemplados en el artículo 53, apartado 1, que no cumplen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto⁽¹⁰⁾. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, del mismo capítulo, los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 53 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 artículo 53, apartado 3.,

(11) Así pues, la evaluación con respecto al artículo 53 consta de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre las Partes contratantes en el Acuerdo EEE es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales⁽¹¹⁾, restrictivo de la competencia. La segunda, que tan solo 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 53⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ El concepto de efecto sobre el comercio entre Partes contratantes del Acuerdo del EEE es objeto de directrices específicas. Véanse las directrices del Órgano de Vigilancia de la AELC relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE, todavía no publicadas.

⁽⁹⁾ En lo sucesivo, por «restringir» se entenderá también impedir y falsear el juego de la competencia.

⁽¹⁰⁾ Con arreglo al artículo 53, apartado 2, tales acuerdos son nulos de pleno derecho.

⁽¹¹⁾ El artículo 53, apartado 1, prohíbe los efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales; véase, por ejemplo, el asunto C - 7/95 P, John Deere (Rec. 1998, p. I-3111), apartado 77.

⁽¹²⁾ Véase el asunto T-65/98, Van den Bergh Foods, (todavía no publicado), 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 solo en el marco preciso del artículo 81, apartado 3, se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean procompetitivos o anticompetitivos.

(12) La evaluación de los posibles efectos compensatorios a efectos del artículo 53, apartado 3, requiere necesariamente la determinación previa del carácter restrictivo y de la incidencia del acuerdo. A fin de poner el artículo 53, apartado 3, en el contexto adecuado, es preciso exponer brevemente el objetivo y los principales contenidos de la prohibición que figura en el artículo 53, apartado 1. Las directrices del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología⁽¹³⁾ contienen orientaciones fundamentales sobre la aplicación del artículo 53, apartado 1, a diversos tipos de acuerdos. En consecuencia, las presentes directrices se limitan a recordar el marco analítico fundamental para la aplicación del artículo 53, apartado 1.

2.2. La prohibición contemplada en el artículo 53, apartado 1

2.2.1. Observaciones generales

(13) El artículo 53 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 EEE abierto favorece la eficaz asignación de recursos en todo el territorio cubierto por el Acuerdo EEE en beneficio de los consumidores.

(14) La prohibición contemplada en el artículo 53, apartado 1, 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 las Partes contratantes en el Acuerdo EEE. Un principio general en el que se basa el artículo 53, apartado 1, es que cada agente económico debe determinar de modo autónomo la política que pretenda seguir en el mercado⁽¹⁴⁾. «Acuerdos», «decisiones» y «prácticas concertadas» constituyen conceptos del Derecho del EEE que permiten establecer una distinción entre la conducta unilateral de una empresa y la coordinación de comportamientos o la colusión entre empresas⁽¹⁵⁾. La conducta unilateral únicamente está sometida al artículo 54 del Acuerdo EEE por lo que se refiere al Derecho de competencia del EEE. Por otra parte, la norma de convergencia que establece el artículo 3, apartado 2, del capítulo II 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 las Partes contratantes en el Acuerdo EEE. El artículo 3, apartado 2, establece que, cuando dichos

⁽¹³⁾ Véase la nota 6.

⁽¹⁴⁾ Véase, por ejemplo, el asunto C-49/92P, Anic Partecipazioni (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. Véase también a este respecto el caso E - 3/97, Jan y Kristian Jæger AS y Opel Norge AS (Rec. 1998 del Tribunal de la AELC, p. 1).

⁽¹⁵⁾ Véase la sentencia en el asunto E - 3/97 citado en la nota anterior y también, a este respecto, el apartado 108 de la sentencia en el asunto Anic Partecipazioni citado en la nota anterior y el caso C - 277/87, Sandoz Prodotti (Rec 1990, p. I-45).

acuerdos, decisiones y prácticas concertadas no están prohibidas en virtud del artículo 53, no pueden ser prohibidas en virtud del Derecho nacional de competencia. El artículo 3 del capítulo II no va en perjuicio del principio fundamental de que cualquier conflicto entre las normas del EEE y el Derecho nacional debe resolverse de modo que prevalezcan las normas del EEE. Así pues, los acuerdos y prácticas abusivas prohibidos por los artículos 53 y 54 no pueden estar autorizadas en virtud del Derecho nacional⁽¹⁶⁾.

- (15) El tipo de coordinación de comportamientos o colusión entre empresas a efectos del artículo 53, apartado 1, resulta cuando al menos 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⁽¹⁷⁾. 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⁽¹⁸⁾. 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⁽¹⁹⁾. En determinadas circunstancias, un acuerdo puede deducirse de una relación comercial existente entre las partes e imputarse a la misma⁽²⁰⁾. 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⁽²¹⁾.

- (16) Es aplicable a los acuerdos entre empresas la prohibición contemplada en el artículo 53, apartado 1, 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 estas y terceros.

⁽¹⁶⁾ Véase a este respecto el asunto E - 1/94, Restamark, [1994-1995] (Rec. del Tribunal de la AELC p. 15) y el asunto 14/68, Walt Wilhelm (Rec. 1969, p. 1), y, más recientemente, el caso T - 203/01, Michelin (II), todavía no publicado, apartado 112.

⁽¹⁷⁾ Véanse los asuntos acumulados T-25/95, Cimenteries CBR y otros (Rec. 2000, p. II-491), apartados 1849 y 1852; y los asuntos acumulados T-202/98, British Sugar y otros (Rec. 2001, p. II-2035), apartados 58 a 60.

⁽¹⁸⁾ 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.

⁽¹⁹⁾ Véanse a este respecto los asuntos acumulados C - 2/01 P y C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, todavía no publicados, apartado 102.

⁽²⁰⁾ Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 25/84 y 25/84, Ford (Rec. 1985, p. 2725).

⁽²¹⁾ Véase a este respecto el apartado 141 de la sentencia Bundesverband der Arzneimittel-Importeure citada en la nota 19.

2.2.2. Principios básicos para evaluar los acuerdos con arreglo al artículo 53, apartado 1

- (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⁽²²⁾. 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 artículo 53, apartado 1, prohíbe las restricciones tanto de la competencia intermarca como intramarca⁽²³⁾.
- (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 53:

- 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 artículo 53, apartado 1. 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 del EEE 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

⁽²²⁾ Véase el asunto 56/65, Société Technique Minière (Rec. 1966, p. 337), y el apartado 76 de la sentencia John Deere, citada en la nota 11.

⁽²³⁾ Véanse a este respecto, por ejemplo, los asuntos acumulados 56/64 y 58/66, Consten y Grundig (Rec. 1966, p. 429).

no competitadoras por lo que respecta a esa actividad⁽²⁴⁾. 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 artículo 53, apartado 1. 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 artículo 53, apartado 1, a ciertas restricciones, cuando estas sean objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza⁽²⁵⁾. Esta exclusión de la aplicación del artículo 53, apartado 1, 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 período, fuera del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, cuando sean objetivamente necesarias para que el distribuidor penetre en un nuevo mercado⁽²⁶⁾. 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 el artículo 53, apartado 1, distingue entre acuerdos que tienen por objeto una restricción del juego de la competencia y acuerdos que

⁽²⁴⁾ 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 en el asunto TPS (DO L 90 de 2.4.1999, p. 6).

⁽²⁵⁾ Véase a este respecto la sentencia en el asunto Société Technique Minière, citada en la nota 22, y el asunto 258/78, Nungesser (Rec. 1982, p. 2015).

⁽²⁶⁾ Véase la norma 10 del apartado 119 de las directrices sobre las restricciones verticales citadas en la nota 4, según la cual, entre otras cosas, lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, no es aplicable a las restricciones sobre las ventas pasivas —que constituyen restricciones especialmente graves— por un período de dos años en caso de que la restricción vaya asociada a la apertura de nuevos mercados geográficos o de productos.

tienen por efecto dicha restricción. Un acuerdo o restricción contractual únicamente se prohíbe en virtud del artículo 53, apartado 1, 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⁽²⁷⁾. Dicho de otro modo, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 53, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquier efectos reales de restricción de la competencia. En cambio, el artículo 53, apartado 3, no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El artículo 53, apartado 3, se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas⁽²⁸⁾.

- (21) Se entiende por restricciones de la competencia *por objeto* aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas de competencia del EEE, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el artículo 53, apartado 1, 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 de competencia del EEE. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redonda 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 estos 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⁽²⁹⁾. 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

⁽²⁷⁾ Véase, por ejemplo, el apartado 99 de la sentencia Anic Partecipazioni, citada en la nota 14.

⁽²⁸⁾ Véase el punto 47.

⁽²⁹⁾ 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 y otros (Rec. 1983, p. 3369), apartados 23-25.

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 del Órgano de Vigilancia de la AELC ofrecen orientaciones no exhaustivas a fin de determinar qué constituye restricción por objeto. En general, el Órgano de Vigilancia considera restricciones por objeto aquellas 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⁽³⁰⁾. 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⁽³¹⁾.

- (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⁽³²⁾. 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

⁽³⁰⁾ Véanse las directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, citadas en la nota 6, el párrafo 25, y el artículo 5 del acto mencionado en el punto 6 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CE) nº 2658/2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 304 de 5.12.2000, p. 3), incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 113/2000, de 22 de diciembre de 2000 (DO L 52 de 22.2.2001, p. 38 y Suplemento del EEE 9 al DO de 22.2.2001, p. 5)], que entró en vigor el 1 de enero de 2001.

⁽³¹⁾ Véanse el artículo 4 del acto mencionado en el punto 2 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CE) nº 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), incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 18/2000, de 28 de enero de 2000 (DO L 103 de 12.4.2001, p. 36), y las directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 6, párrafo 46 y siguientes (DO C 122 de 23.5.2002, p. 1 y Suplemento del EEE 26 al DO de 23.5.2002, p. 7). Véase también el caso 279/87, Tipp-Ex (Rec. 1990, p. I-261), y el caso T - 62/98, Volkswagen/Comisión (Rec. 2000 p. II-2707), apartado 178.

⁽³²⁾ Véase el apartado 77 de la sentencia en el asunto John Deere, citada en la nota 10.

un grado razonable de probabilidad⁽³³⁾. Los efectos negativos deben ser sensibles. La prohibición contemplada en el artículo 53, apartado 1, no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes⁽³⁴⁾. Este examen refleja el planteamiento económico que aplica el Órgano de Vigilancia de la AELC. La prohibición del artículo 53, apartado 1, únicamente se aplica cuando, a partir de un análisis adecuado del mercado, puede concluirse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos probables en el mercado⁽³⁵⁾. No basta para alcanzar tal conclusión que las cuotas de mercado de las partes superen los umbrales establecidos en la Comunicación *de minimis* del Órgano de Vigilancia⁽³⁶⁾. Los acuerdos acogidos a reglamentos de exención por categoría pueden contemplarse en el artículo 53, apartado 1, 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 artículo 53, apartado 1, o que no se cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3. 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 período de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un período 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

⁽³³⁾ 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 12. Ello es acorde con el hecho de que el artículo 53 tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado en beneficio de los consumidores.

⁽³⁴⁾ Véase, por ejemplo, el asunto 5/69, Völk (Rec. 1969, p. 295), apartado 7. Pueden encontrarse orientaciones sobre el problema de la apreciabilidad en la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen sensiblemente la competencia de conformidad con el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE (DO C 67 de 20.3.2003, p. 20 y Suplemento del EEE 15 al DO de 20.3.2003, p. 11). Dicha comunicación define la apreciabilidad de una manera negativa. Los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación de las normas de *de minimis* no tienen necesariamente efectos restrictivos sensibles. Es precisa una evaluación individual.

⁽³⁵⁾ Véanse a este respecto los asuntos acumulados T -374/94 y otros, European Night Services (Rec. 1998, p. II-3141). Véase también el caso E -8/00, Landsorganisasjonen i Norge y otros/Kommunenes Sentralforbund y otros (Rec. 2002 del Tribunal de la AELC, p. 114), y el caso E-7/01, Hegelstad Eiendomsselskap, Arvid B. Hegelstad y otros e Hidro Texaco AS (Rec. 2002 del Tribunal de la AELC, p. 310).

⁽³⁶⁾ Véase la nota 35.

misma 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 artículo 53, apartado 1.

- (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 artículo 53, apartado 1, 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 54.
- (27) Para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia⁽³⁷⁾. 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 53, la incidencia de diferentes tipos de acuerdos horizontales y verticales sobre la competencia⁽³⁸⁾.

2.2.3. Restricciones accesorias

- (28) En el punto 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 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 compatibles con el apartado 1 del artículo 53 por ser accesorias a la operación principal no restrictiva.

- (29) En el Derecho de competencia del EEE el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta

⁽³⁷⁾ Véase a este respecto la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia en el EEE (DO L 200 de 16.7.1998, p. 48 y Suplemento del EEE 28 al DO de 16.7.1998, p. 3).

⁽³⁸⁾ Véase la referencia al DO en la nota 6.

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⁽³⁹⁾. 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 artículo 53, apartado 1, a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma⁽⁴⁰⁾. 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 punto 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⁽⁴¹⁾. No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca.

- (30) La aplicación del concepto de restricción accesoria debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el artículo 53, apartado 3, 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 accesoria no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia. Esto último se reserva al artículo 53, apartado 3⁽⁴²⁾.

- (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⁽⁴³⁾. Si, por ejemplo, el principal objeto de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia, tampoco se aplica el artículo 53, apartado 1, 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⁽⁴⁴⁾. 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

⁽³⁹⁾ Véase el apartado 104 de la sentencia en el asunto Métropole télévision (M6) y otros, citada en la nota 12.

⁽⁴⁰⁾ Véase, por ejemplo, el asunto C-399/93, Luttkhuis (Rec. 1995, p. I-4515), apartados 12 al 14.

⁽⁴¹⁾ Véanse a este respecto los apartados 118 y ss. de la sentencia Métropole télévision citada en la nota 12.

⁽⁴²⁾ Véase el apartado 107 de la sentencia en el asunto Métropole télévision, citada en la nota 12.

⁽⁴³⁾ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Elopak/Metal Box — Odin, citada en la nota 24.

⁽⁴⁴⁾ Véase el asunto 161/84, Pronuptia (Rec. 1986, p. 353).

principal y, por tanto, no se les aplica el artículo 53, apartado 1. Por ejemplo, en el asunto TPS (⁽⁴⁵⁾), 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 CE 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 artículo 53, apartado 3

(32) La evaluación de las restricciones por objeto y por efecto con arreglo al artículo 53, apartado 1, tan solo representa uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el artículo 53, apartado 3, es la evaluación de los efectos económicos positivos que puedan tener los acuerdos restrictivos.

(33) Las normas del EEE 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 (⁽⁴⁶⁾). 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 del EEE 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 el artículo 53, apartados 1 y 3. 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 (⁽⁴⁷⁾).

(34) La aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 53 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;

⁽⁴⁵⁾ Véase la nota 24. La decisión fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en la sentencia en el asunto Métropole télévision (M6) citada en la nota 12.

⁽⁴⁶⁾ Los ahorros de costes y otras ganancias para las partes 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 punto 49.

⁽⁴⁷⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia Consten y Grundig citada en la nota 23.

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 artículo 53, apartado 3, 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 capítulo II de demostrar que su acuerdo cumple todas y cada una de las condiciones del artículo 53, apartado 3. Únicamente deben demostrar que el acuerdo restrictivo goza de una exención por categorías. La aplicación del artículo 53, apartado 3, 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 (⁽⁴⁸⁾) cumplen cada una de las cuatro condiciones en ella enunciadas.

(36) Cuando a un acuerdo individual le es aplicable lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, y no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 53, puede retirarse la exención por categorías. Con arreglo al artículo 29, apartado 1, del capítulo II, el Órgano de Vigilancia de la AELC está habilitado para retirar el beneficio de una exención por categorías al determinar en un caso concreto que un acuerdo cubierto por un reglamento de exención por categorías produce determinados efectos que resultan incompatibles con el artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE. Con arreglo al artículo 29, apartado 2, del capítulo II, también la autoridad de competencia de un Estado de la AELC puede retirar el beneficio de una exención por categorías por lo que respecta a su territorio (o parte del mismo) cuando este 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 artículo 53, apartado 1, y no reúne las condiciones del artículo 53, apartado 3.

(37) Los tribunales de los Estados de la AELC no están habilitados para retirar el beneficio de la exención por categorías. Tampoco pueden, al aplicar los reglamentos de

⁽⁴⁸⁾ 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 artículo 53, apartado 1.

exención por categorías, modificar su ámbito de aplicación y hacerlos extensivos a acuerdos no contemplados en el reglamento de exención por categorías aplicable⁽⁴⁹⁾. Fuera del ámbito de aplicación de los reglamentos de exención por categorías, los Tribunales de los Estados de la AELC tienen el poder de aplicar de manera plena el artículo 53 (véase el artículo 6 del capítulo II).

3. APLICACIÓN DE LAS CUATRO CONDICIONES DEL ARTÍCULO 53, APARTADO 3

- (38) El resto de las presentes directrices se dedica a abordar cada una de las cuatro condiciones enunciadas en el artículo 53, apartado 3⁽⁵⁰⁾. Dado que las cuatro condiciones son acumulativas⁽⁵¹⁾, 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 53.

3.1. Principios generales

- (40) El artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE solo 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 artículo 53, apartado 1, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del capítulo II, 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 artículo 53, apartado 3, el acuerdo será nulo de pleno derecho (véase el artículo 53, apartado 2).

⁽⁴⁹⁾ Véase el asunto C-234/89, Delimitis (Rec. 1991, p. I-935), apartado 46.

⁽⁵⁰⁾ Cuando se incorporó al Acuerdo del EEE el artículo 36, apartado 4, del Reglamento (CE) nº 1/2003 (véase la nota 4 *supra*), entre otras cosas, derogó el artículo 5 del acto mencionado en el punto 10 del anexo XIV del Acuerdo del EEE [Reglamento (CE) nº 1017/68 del Consejo por el que se aplican las normas de la competencia al transporte por ferrocarril, por carretera y por las vías naveables]. No obstante, la práctica decisoria adoptada en virtud del Reglamento (CEE) nº 1017/68 sigue siendo pertinente a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 53 en el sector del transporte terrestre.

⁽⁵¹⁾ Véase el punto 42.

Sin embargo, esta nulidad automática únicamente se aplica a aquellas partes del acuerdo que sean incompatibles con el artículo 53, a condición de que sean independientes del acuerdo en su conjunto⁽⁵²⁾. Cuando solo una parte del acuerdo es nula de pleno derecho, incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo⁽⁵³⁾.

- (42) Las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3, son acumulativas⁽⁵⁴⁾, 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 artículo 53, apartado 3, debe descartarse⁽⁵⁵⁾. Las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3, son, además, suficientes. Cuando se cumplen, la excepción es aplicable y no puede supeditarse a otra condición. Los objetivos de las demás disposiciones del Acuerdo EEE pueden tomarse en consideración en la medida en que puedan integrarse en las cuatro condiciones del artículo 53, apartado 3⁽⁵⁶⁾.
- (43) En principio, la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos a la luz del artículo 53, apartado 3, se lleva a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia al que se refiera el acuerdo. Las normas de competencia del EEE tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado, y no pueden disociarse del mismo. Por otra parte, es inherente a la condición de reservar a los consumidores⁽⁵⁷⁾ 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 anti-competitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia⁽⁵⁸⁾. 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 aquel. No obstante, cuando dos mercados están

⁽⁵²⁾ Véase la sentencia en el asunto Société Technique Minière, citada en la nota 22.

⁽⁵³⁾ Véase a este respecto el asunto 319/82, Kerpen & Kerpen (Rec. 1983, p. 4173), apartados 11 y 12.

⁽⁵⁴⁾ Véanse, por ejemplo, el asunto T-185/00 y otros, Métropole télévision SA (M6) (Rec. 2002 p. 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.

⁽⁵⁵⁾ Véase el asunto T-213/00, CMA CGM y otros, todavía no publicado, apartado 226.

⁽⁵⁶⁾ Véase a tal fin, implícitamente, el apartado 139 de la sentencia Matra, citada en la nota 54, y el asunto 26/76, Metro (I) (Rec. 1977, p. 1875), apartado 43.

⁽⁵⁷⁾ Sobre el concepto de «consumidores», véase el punto 84 *infra*, donde se definen como los clientes de las partes y los posteriores compradores. Las propias partes no son «consumidores» a efectos del artículo 53, apartado 3.

⁽⁵⁸⁾ Tal evaluación es específica a un mercado; véase a este respecto el asunto T-131/99, Shaw (Rec. 2002, p. II-2023), apartado 163, en el que el Tribunal de Primera Instancia determinó que la evaluación del artículo 81, apartado 3, debía efectuarse en el mismo marco analítico empleado para evaluar los efectos restrictivos, y el asunto C-360/92 P, Publishers Association (Rec. 1995, p. I-23), apartado 29, en el que, en un caso en el que el mercado de referencia era más amplio que el nacional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que a la hora de aplicar el artículo 81, apartado 3, no era correcto considerar únicamente los efectos en el territorio nacional.

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⁽⁵⁹⁾. De hecho, en determinados casos solo 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⁽⁶⁰⁾.

- (44) La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el artículo 53, apartado 3, se efectúa en el contexto real en el que se producen⁽⁶¹⁾ 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 artículo 53, apartado 3, se aplica en tanto se cumplan las cuatro condiciones, y deja de aplicarse cuando no sea así⁽⁶²⁾. Al aplicar el artículo 53, apartado 3, 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 53 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 artículo 53, apartado 1, o a

que cumpla las condiciones del artículo 53, apartado 3, 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 53, 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 53, aun cuando posteriormente no se llevaran a cabo los proyectos de los terceros. No obstante, la prohibición del artículo 53 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 53 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 artículo 53, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad (véase el punto anterior).

- (46) El artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, pueden acogerse a la excepción⁽⁶³⁾. En cambio, no es probable que las restricciones graves de la competencia cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3. 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 del Órgano de Vigilancia de la AELC. Por lo general, los acuerdos de este tipo no cumplen (al menos) las dos primeras condiciones del artículo 53, apartado 3. Ni crean ventajas económicas objetivas⁽⁶⁴⁾ ni benefician a los consumidores⁽⁶⁵⁾. 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

⁽⁶³⁾ Véase el apartado 85 de la sentencia Matra, citada en la nota 54.

⁽⁶⁴⁾ Sobre esta condición, véase el punto 49.

⁽⁶⁵⁾ Véase, por ejemplo, el asunto T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties en Bouwnijverheid (SPO) (Rec. 1995, p. II-289).

⁽⁵⁹⁾ Véase el asunto T-86/95, Compagnie Générale Maritime y otros (Rec. 2002, p. II-1011), apartados 343 a 345. El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas estableció que el artículo 81, apartado 3, del Tratado CE 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 señalar 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 55, 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 sobreprecios sobre el transporte terrestre, portuario y marítimo. El Tribunal de Primera Instancia estableció (véanse los apartados 226 a 228) que en las circunstancias del asunto no había necesidad de definir los mercados relevantes a los efectos de aplicar el artículo 81, apartado 3. El acuerdo era restrictivo de la competencia por su propio objeto y no había beneficios para los consumidores.

⁽⁶⁰⁾ Véanse los puntos 126 y 132 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal citadas en la nota 6.

⁽⁶¹⁾ Véase la sentencia Ford, citada en la nota 20.

⁽⁶²⁾ 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 artículo 53, apartado 1, solo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.

general este tipo de acuerdos tampoco cumple el criterio del carácter indispensable contemplado en la tercera condición (66).

- (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 (67). El artículo 53 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 del EEE (68) y no corresponde a las empresas regularse a sí mismas.

3.2. Primera condición del artículo 53, apartado 3: mejoras de la eficiencia

3.2.1. Observaciones generales

- (48) Según la primera condición del artículo 53, apartado 3, 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 solo se refiere expresamente a los productos, pero se aplica por analogía a los servicios.
- (49) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos (69). Esto significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes (70). 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 solo permiten a las empresas interesadas aumentar sus beneficios y, por tanto, son irrelevantes desde el punto de vista del artículo 53, apartado 3.
- (50) El propósito de la primera condición del artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3. 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 artículo 53, apartado 3, 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:

- a) la *naturaleza* de las eficiencias;
- b) el *vínculo* entre el acuerdo y las eficiencias;
- c) la *probabilidad e importancia* de cada eficiencia alegada, y
- d) *cómo y cuándo* se obtendrá cada supuesta eficiencia.

- (52) La letra a) permite determinar si las eficiencias alegadas son de carácter objetivo (véase el punto 49).

- (53) La letra b) permite comprobar que existe 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 (71). 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

(66) Véase el asunto 258/78, Nungesser (Rec. 1982, p. 2015), apartado 77 en relación con la protección territorial absoluta.

(67) Véase a este respecto la sentencia SPO, citada en la nota 65.

(68) Las medidas nacionales deben, entre otras cosas, cumplir las normas del Acuerdo EEE relativas a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales.

(69) Véase, por ejemplo, la sentencia Consten y Grundig citada en la nota 23.

(70) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Van den Bergh Foods (DO L 246 de 4.9.1998, p. 1).

(71) Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Glaxo Wellcome (DO L 302 de 17.11.2001, p. 1).

suficientemente directo para tomarse en consideración en el contexto del artículo 53, apartado 3.

(55) Las letras c) y d) permiten comprobar el valor de las eficiencias alegadas, que en el contexto de la tercera condición del artículo 53, apartado 3, deben sopesarse con los efectos anticompetitivos del acuerdo (véase el punto 101). Dado que el artículo 53, apartado 1, 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 artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, constituyen categorías generales que pretenden abarcar todas las eficiencias económicas objetivas. Existe un considerable solapamiento entre las distintas categorías citadas en el artículo 53, apartado 3, 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 esta 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 artículo 53, apartado 1. 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 artículo 53, apartado 3.

(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 este, 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 artículo 53, apartado 3. 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 solo 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 artículo 53, apartado 3. 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 desinfla 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 artículo 53, apartado 3.

(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 el EEE 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⁽⁷²⁾. 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⁽⁷³⁾. 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 artículo 53, apartado 3⁽⁷⁴⁾.

- (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⁽⁷⁵⁾.

3.3. Tercera condición del artículo 53, apartado 3: carácter indispensable de las restricciones

- (73) Según la tercera condición del artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, 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⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ Véase por ejemplo la decisión de la Comisión en el asunto GEAE/P&W (DO L 58 de 3.3.2000, p. 16); en el asunto British Interactive Broadcasting/Open (DO L 312 de 6.12.1999, p. 1), y en el asunto Asahi/Saint Gobain (DO L 354 de 31.12.2004, p. 87).

⁽⁷³⁾ Véase por ejemplo 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).

⁽⁷⁴⁾ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Uniform Eurocheques (DO L 35 de 7.2.1985, p. 43).

⁽⁷⁵⁾ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto Cégétel + 4 (DO L 88 de 31.3.1999, p. 26).

⁽⁷⁶⁾ Sobre la primera cuestión, que puede ser pertinente en relación con el artículo 53, apartado 1, véase el apartado 18.

(75) El primer examen a efectos de la tercera condición del artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, no están obligadas a plantear alternativas de índole hipotética o teórica. El Órgano de Vigilancia de la AELC 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 solo 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 si 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⁽⁷⁷⁾. 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

⁽⁷⁷⁾ 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.

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⁽⁷⁸⁾. 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 del Órgano de Vigilancia de la AELC.

(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 estas 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⁽⁷⁹⁾.

(81) En algunos casos, una restricción puede ser indispensable solo durante un determinado período de tiempo, en cuyo caso la excepción prevista en el artículo 53, apartado 3, solo se aplicará durante dicho período. Al efectuar la evaluación debe tenerse en cuenta el período de tiempo necesario para obtener las eficiencias que justifican la aplicación de la excepción⁽⁸⁰⁾. 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 punto 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 X del EEE. 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 X del EEE y se compromete a garantizar que los distribuidores en otros Estados del EEE 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⁽⁸¹⁾ 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

⁽⁷⁹⁾ Para más detalles, véase el punto 116 de las Directrices sobre restricciones verticales, citadas en la nota 6.

⁽⁸⁰⁾ Véanse los asuntos acumulados T-374/94, European Night Services y otros (Rec. 1998, p. II-3141), apartado 230.

⁽⁸¹⁾ Véase el acto mencionado en el punto 2 del anexo XIV del Acuerdo EEE [Reglamento (CEE) nº 2790/1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y de prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21) (incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 18/2000 de 28 de enero de 2000 (DO L 103 de 12.4.2001, p. 36)].

⁽⁷⁸⁾ Véanse los apartados 392 a 395 de la sentencia Compagnie Générale Maritime citada en la nota 59.

distribuidores de otros Estados del EEE pudieran vender activamente en el Estado X del EEE 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 parásitarios.

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 estas 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 artículo 53, apartado 3: participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante

3.4.1. Observaciones generales

- (83) De acuerdo con la segunda condición del artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 1. Acorde con el objetivo del artículo 53 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⁽⁸²⁾. Si para dichos consumidores la situación empeora de resultas 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⁽⁸³⁾. 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 redonda 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⁽⁸⁴⁾. 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 artículo 53, apartado 3, 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⁽⁸⁵⁾. En algunos casos puede ser necesario que pase cierto tiempo para que se materialicen las eficiencias. Entre tanto, puede ser que el acuerdo solo 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 artículo 53, apartado 3. 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 EUR 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

⁽⁸²⁾ Véase a este respecto la sentencia Consten y Grundig citada en la nota 23, en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que las mejoras a efectos de la primera condición del artículo 81, apartado 3, del Tratado CE deben demostrar ventajas objetivas apreciables de carácter tal que compensen las desventajas que puedan ocasionar en el ámbito de la competencia.

⁽⁸³⁾ Se recuerda que los efectos positivos y negativos sobre los consumidores se ponderan en principio dentro de cada mercado de referencia (véase el punto 43).

⁽⁸⁴⁾ Véase el apartado 48 de la sentencia Metro (I) citada en la nota 56.

⁽⁸⁵⁾ Véase el apartado 163 de la sentencia Shaw, citada en la nota 58.

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 período 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 artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, contiene una escala móvil. Cuanto mayor sea la restricción de la competencia observada en relación con el artículo 53, apartado 1, 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 artículo 53, apartado 3. 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 proceder 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⁽⁸⁶⁾.

(94) Al aplicar los principios que a continuación se exponen, el Órgano de Vigilancia de la AELC 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⁽⁸⁷⁾. 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 artículo 53, apartado 3, es preciso atender en particular a los factores siguientes:

- a) las características y la estructura del mercado;
- b) la naturaleza y magnitud de las mejoras de eficiencia;
- c) la elasticidad de la demanda, y
- d) la magnitud de la restricción de la competencia.

En principio, debe atenderse a todos los factores. Dado que el artículo 53, apartado 3, solo se aplica en caso de que la competencia en el mercado se vea restringida en medida apreciable (véase el punto 24), no puede presuponerse que la competencia residual garantice a los consumidores una participación equitativa en los beneficios. Sin embargo el

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

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) 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 esta 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⁽⁸⁸⁾. 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 «francotiradoras»⁽⁸⁹⁾.

(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 iguala 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 solo 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 solo 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 solo beneficiará a los consumidores sensibles a los precios⁽⁹⁰⁾.

(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 solo 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

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ 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.

⁽⁹⁰⁾ El acuerdo restrictivo puede incluso permitir a las empresas cobrar precios más elevados a clientes con baja elasticidad de demanda.

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 artículo 53, apartado 3, deben motivar que los consumidores obtengan beneficios a cambio (véanse a este respecto los puntos 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 artículo 53, apartado 3. 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 artículo 53, apartado 3: no eliminación de la competencia

- (105) Según la cuarta condición del artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 3, 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 53 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 artículo 53, apartado 3, es un concepto del Derecho del EEE específico a esta disposición⁽⁹¹⁾. Sin embargo, al aplicar este concepto es preciso tener en cuenta la relación entre el artículo 53 y el artículo 54. La aplicación del artículo 53, apartado 3, no puede impedir la aplicación del artículo 54 del Acuerdo EEE⁽⁹²⁾. Por otra parte, dado que tanto el artículo 53 como el 54 tienen por objetivo mantener una competencia efectiva en el mercado, por motivos de coherencia debe interpretarse que el artículo 53, apartado 3, impide cualquier aplicación de esta disposición a acuerdos restrictivos que constituyan abuso de posición dominante⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾. 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⁽⁹⁵⁾ 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 artículo 53, apartado 3, 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

⁽⁹¹⁾ Y específico al artículo 81, apartado 3, del Tratado CE. Véanse los casos acumulados T -191/98, T -212/98 y T -214/98, Atlantic Container Line (TACA), todavía no publicados, apartado 939, y el caso T -395/94, Atlantic Container Line (Rec. 2002, p. II-875), apartado 330.

⁽⁹²⁾ 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 artículo 53, apartado 3, 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 artículo 53, apartado 1; véase al respecto el asunto C-309/99, Wouters (Rec. 2002, p. I-1577), apartado 120.

⁽⁹³⁾ Véase a este respecto el caso T -51/89, Tetra Pak (I) (Rec. 1990, p. II-309), y el apartado 1456 de la sentencia Atlantic Container Line (TACA) citada en la nota .

⁽⁹⁴⁾ Así es como debe entenderse el punto 135 de las Directrices sobre restricciones verticales y los puntos 36, 71, 105, 134 y 155 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal citadas en la nota 6 cuando establecen que, en principio, los acuerdos restrictivos celebrados por empresas dominantes no pueden acogerse a una exención.

⁽⁹⁵⁾ Las empresas en participación que ejercen plenas funciones, es decir, aquellas que desempeñan sobre una base duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma, quedan incluidas en el ámbito de aplicación del acto mencionado en el punto 1 del anexo XIV del Acuerdo del EEE [Reglamento (CE) nº 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones) (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1) (incorporado al Acuerdo EEE mediante la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 78/2004, de 8 de junio de 2004 (DO L 219 de 19.6.2004, p. 13 y Suplemento del EEE al DO de 19.6.2004, p. 1).

reducción ulterior necesaria para eliminarla a efectos del artículo 53, apartado 3. 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 artículo 53, apartado 3, 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 53 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⁽⁹⁶⁾ 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 artículo 53, apartado 3, al celebrar un acuerdo con un competidor que ha venido comportándose como «francotirador»⁽⁹⁷⁾. 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 irrecuperables; es decir, los costes irrecuperables son los que no podrán recuperarse en caso de posterior retirada del mercado. Cuanto más elevados sean los costes irrecuperables, 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

⁽⁹⁶⁾ Véase el apartado 21 de la sentencia en el asunto Metro (I), citada en la nota 56.

⁽⁹⁷⁾ Véase el punto 97.

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⁽⁹⁸⁾. La presencia de compradores fuertes tan solo 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 cervecería 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 artículo 53, apartado 3.

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, el 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 artículo 53, apartado 3.

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. Esta 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.

⁽⁹⁸⁾ Véase a este respecto el asunto T-228/97, Irish Sugar (Rec. 1999, p. II-2969), apartado 101.