

Diario Oficial

de la Unión Europea

C 362



Edición
en lengua española

Comunicaciones e informaciones

55° año
22 de noviembre de 2012

Número de información

Sumario

Página

IV Información

INFORMACIONES RELATIVAS AL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

Órgano de Vigilancia de la AELC

2012/C 362/01

Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC — Directrices relativas a las restricciones verticales 1

ES

Precio:
4 EUR

IV

(Información)

INFORMACIONES RELATIVAS AL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC — Directrices relativas a las restricciones verticales

(2012/C 362/01)

ÍNDICE

	Párrafos	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	1-7	3
1. Objetivo de las directrices	1-4	3
2. Aplicabilidad del artículo 53 a los acuerdos verticales	5-7	4
II. ACUERDOS VERTICALES GENERALMENTE EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53, APARTADO 1	8-22	4
1. Acuerdos de menor importancia y PYME	8-11	4
2. Acuerdos de agencia	12-21	5
2.1 Definición de acuerdos de agencia	12-17	5
2.2 Aplicación del artículo 53, apartado 1, a los acuerdos de agencia	18-21	7
3. Acuerdos de subcontratación	22	8
III. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS	23-73	8
1. Espacio protegido creado por la Exención por Categorías	23	8
2. Ámbito de aplicación de la Exención por Categorías	24-46	8
2.1 Definición de acuerdos verticales	24-26	8
2.2 Acuerdos verticales entre competidores	27-28	10
2.3 Asociaciones de minoristas	29-30	10
2.4 Acuerdos verticales que contengan disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual (DPI)	31-45	11
2.5 Relación con otras disposiciones de exención por categorías	46	14
3. Restricciones especialmente graves contempladas en la Exención por Categorías	47-59	14
4. Casos individuales de restricciones a las ventas especialmente graves que pueden no estar incluidos en el ámbito del artículo 53, apartado 1, o que pueden cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3	60-64	19
5. Restricciones excluidas por la Exención por Categorías	65-69	20
6. Divisibilidad	70-71	21
7. Gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución	72-73	21

	Párrafos	Pág.
IV. RETIRADA E INAPLICABILIDAD DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS	74-85	21
1. Procedimiento de retirada	74-78	21
2. Inaplicación de la Exención por Categorías	79-85	22
V. DEFINICIÓN DEL MERCADO Y CÁLCULO DE LA CUOTA DE MERCADO	86-95	23
1. Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia	86	23
2. Mercado de referencia para el cálculo del umbral de cuota de mercado del 30 % en el marco de la Exención por Categorías	87-92	24
3. Cálculo de las cuotas de mercado con arreglo a la Exención por Categorías	93-95	25
VI. ORIENTACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE CASOS INDIVIDUALES	96-229	25
1. Marco de análisis	96-127	25
1.1. Consecuencias negativas de las restricciones verticales	100-105	27
1.2. Efectos positivos de las restricciones verticales	106-109	28
1.3. Metodología de análisis	110-127	30
1.3.1. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 53, apartado 1	111-121	31
1.3.2. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 53, apartado 3	122-127	33
2. Análisis de restricciones verticales específicas	128-229	34
2.1. Marca única	129-150	34
2.2. Distribución exclusiva	151-167	38
2.3. Asignación de cliente exclusivo	168-173	42
2.4. Distribución selectiva	174-188	43
2.5. Franquicia	189-191	47
2.6. Suministro exclusivo	192-202	48
2.7. Pagos de acceso inicial	203-208	50
2.8. Acuerdos de gestión por categoría	209-213	51
2.9. Vinculación	214-222	52
2.10. Restricciones de los precios de reventa	223-229	54
A. La presente Comunicación se adopta con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE) y en el Acuerdo entre los Estados miembros de la AELC sobre el establecimiento de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción).		
B. La Comisión Europea ha publicado una Comunicación titulada «Directrices relativas a las restricciones verticales» ⁽¹⁾ . Dicho acto no vinculante establece los principios que sigue la Comisión Europea para la evaluación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101 del TFUE.		
C. El Órgano de Vigilancia de la AELC considera que el mencionado acto es pertinente a los fines del EEE. Con objeto de mantener las mismas condiciones de competencia y de garantizar la aplicación uniforme de las normas de competencia del EEE en todo el Espacio Económico Europeo, el Órgano de Vigilancia de la AELC adopta la presente Comunicación en virtud de la facultad que le confiere el artículo 5, apartado 2, letra b), del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción. Se propone seguir los principios y normas establecidos en esta Comunicación al aplicar las normas de competencia del EEE a un asunto concreto.		
D. La presente Comunicación sustituye a la anterior Comunicación del Órgano de Vigilancia titulada «Directrices relativas a las restricciones verticales» ⁽²⁾ .		

⁽¹⁾ DO C 130 de 19.5.2010, p. 1.

⁽²⁾ DO L 122 de 23.5.2002, p. 1, y Suplemento EEE al DO n° 26 de 23.5.2002, p. 7.

I. INTRODUCCIÓN

1. Objetivo de las Directrices

- 1) Las presentes Directrices establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo denominado «el artículo 53»). El artículo 1, apartado 1, letra a) del acto mencionado en el punto 2 del anexo XIV del Acuerdo EEE (Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 ⁽¹⁾) relativo a la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (denominado en lo sucesivo «la Exención por Categorías») (véanse apartados 24 a 46) define el término «acuerdo vertical». Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación en paralelo del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo «el artículo 54») a los acuerdos verticales. Estas Directrices están estructuradas de la siguiente manera:
 - en la Sección II (apartados 8 a 22) se describen los acuerdos verticales que, por lo general, no entran en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1;
 - en la Sección III (apartados 23 a 73) se aclaran las condiciones para la aplicación de la Exención por Categorías;
 - en la Sección IV (apartados 74 a 85) se describen los principios que rigen la retirada de la exención por categorías y la no aplicación de la Exención por Categorías;
 - en la Sección V (apartados 86 a 95) se proporcionan orientaciones sobre cómo definir el mercado de referencia y calcular las cuotas de mercado;
 - en la Sección VI (apartados 96 a 229) se describen el marco general de análisis y la política de aplicación del Órgano de Vigilancia de la AELC en casos concretos de acuerdos verticales.
- 2) En las presentes Directrices el análisis se refiere tanto a bienes como a servicios, si bien determinadas restricciones verticales se utilizan principalmente en la distribución de bienes. De modo análogo, se pueden celebrar acuerdos verticales sobre distribución de bienes y servicios intermedios y finales. A menos que se especifique otra cosa, los análisis y argumentos que figuran en estas Directrices se aplican a todos los tipos de bienes y servicios y a todos los niveles de intercambios. El término «productos» abarca tanto a bienes como a servicios. Así pues, los términos «proveedor» y «comprador» se emplean para referirse a todos los niveles de los intercambios. Estas Directrices y la Exención por Categorías no se aplican a los acuerdos celebrados con consumidores finales cuando éstos no son empresas, dado que el artículo 53 sólo se aplica a los acuerdos entre empresas.
- 3) Al publicar estas Directrices, el Órgano de Vigilancia de la AELC pretende ayudar a las empresas a que realicen su propia evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia del Acuerdo EEE. No obstante, los parámetros expuestos en las Directrices no pueden aplicarse mecánicamente, sino que deben aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Cada caso debe enjuiciarse a la luz de sus propios hechos.
- 4) Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de la AELC sobre la aplicación del artículo 53 a los acuerdos verticales o del Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del artículo 53 del Acuerdo EEE y el artículo 101 del TFUE a los acuerdos verticales. El Órgano de Vigilancia de la AELC seguirá supervisando la aplicación de la Exención por Categorías y las Directrices basándose en información de mercado facilitada por las partes interesadas y por las autoridades nacionales de competencia y podrá revisar periódicamente la presente Comunicación a la luz de los progresos futuros y de la perspectiva de desarrollo.

⁽¹⁾ DO L 102 de 23.4.2010, p. 1, incorporado al Acuerdo EEE por la decisión del Comité Mixto n.º 77/2010 de 11 de junio de 2010 (DO L 244 de 16.9.2010, p. 35, y Suplemento EEE al DO n.º 49 de 16.9.2010, p. 34).

2. Aplicabilidad del artículo 53 a los acuerdos verticales

- 5) El artículo 53 se aplica a los acuerdos verticales que pueden afectar al comercio entre las Partes Contratantes y que impiden, restringen o falsean la competencia («restricciones verticales») ⁽¹⁾. El artículo 53 ofrece un marco jurídico para la evaluación de las restricciones verticales, teniendo en cuenta la distinción entre efectos contrarios a la competencia y efectos beneficiosos para la misma. El apartado 1 de dicho artículo prohíbe los acuerdos que restringen o falsean la competencia de forma significativa, mientras que el apartado 3 del mismo permite conceder una exención a tales acuerdos, siempre y cuando ofrezcan suficientes ventajas en términos de eficiencia para compensar los efectos contrarios a la competencia ⁽²⁾.
- 6) En la mayoría de las restricciones verticales, sólo surgen problemas de competencia si existe una competencia insuficiente en uno o más niveles del comercio, por ejemplo, si existe algún grado de poder de mercado a nivel del proveedor, del comprador, o de ambos. Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial para que se produzcan eficiencias.
- 7) El objetivo del artículo 53 es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos - en este contexto, acuerdos verticales - para restringir la competencia en el mercado en detrimento de los consumidores. La evaluación de las restricciones verticales también es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un territorio integrado cubierto por el Acuerdo EEE. La integración de los mercados potencia la competencia en el Espacio Económico Europeo. No se debería permitir que las empresas volviesen a establecer barreras privadas entre las Partes Contratantes ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito.

II. ACUERDOS VERTICALES GENERALMENTE EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53, APARTADO 1

1. Acuerdos de menor importancia y PYME

- 8) Los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre las Partes Contratantes o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. La Exención por Categorías se aplica únicamente a los acuerdos que sí entran en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Estas Directrices se entienden sin perjuicio de la aplicación de la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE (*de minimis*) ⁽³⁾ o de cualquier futura Comunicación *de minimis*.
- 9) Sin perjuicio de las condiciones establecidas en la Comunicación *de minimis* relativa a las restricciones especialmente graves y los efectos acumulativos, se considera que, por lo general, los acuerdos verticales suscritos por empresas cuya cuota de mercado no exceda del 15 % quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1 ⁽⁴⁾. No se supone que los acuerdos verticales celebrados por empresas que posean una cuota de mercado superior al 15 % infringen automáticamente lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1. Es posible que los acuerdos entre empresas cuya cuota de mercado sea superior al 15 % sigan sin repercutir de forma significativa en el comercio entre las Partes Contratantes o no representen una restricción considerable de la competencia ⁽⁵⁾. Estos acuerdos deben ser evaluados en su contexto jurídico y económico. En los apartados 96 a 229 se establecen los criterios para la evaluación de los acuerdos individuales.

⁽¹⁾ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten contra Comisión*, Rec. 1966, p. 299; el asunto 56/65 *Technique Minière contra Maschinenbau Ulm GmbH*, Rec. 1966, p. 235; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-77/92 *Parker Pen contra Comisión*, Rec. 1994, p. II-549.

⁽²⁾ Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC – Directrices relativas a la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE, adoptada mediante la Decisión nº 123/04/COL (DO C 208 de 6.9.2007, p. 1, y Suplemento EEE al DO nº 42 de 6.9.2007, p. 1), sobre la metodología general e interpretación del Órgano de Vigilancia de la AELC de las condiciones de aplicación del artículo 53, apartado 1, y en particular del artículo 53, apartado 3.

⁽³⁾ DO C 67 de 20.3.2003, p. 20, y Suplemento EEE al DO nº 15 de 20.3.2003, p. 11.

⁽⁴⁾ Para los acuerdos entre empresas en competencia, el umbral de la cuota de mercado *de minimis* es el 10 % de su cuota de mercado colectiva en cada mercado de referencia afectado.

⁽⁵⁾ Véase la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/93 *Langnese-Iglo GmbH contra Comisión*, Rec. 1995, p. II-1533, apartado 98.

- 10) En cuanto a las restricciones especialmente graves definidas en la Comunicación *de minimis*, puede ocurrir que, por debajo del umbral del 15 %, sea aplicable el artículo 53, apartado 1, siempre que se produzca un efecto considerable sobre el comercio entre las Partes Contratantes y sobre la competencia. Resulta pertinente a este respecto la jurisprudencia del Tribunal de la AELC y del Tribunal de Justicia y del Tribunal General ⁽¹⁾. También podría existir la necesidad de evaluar los efectos positivos y negativos de las restricciones especialmente graves según lo descrito en particular en el apartado 47 de las presentes Directrices.
- 11) Además, el Órgano de Vigilancia de la AELC considera que, sin perjuicio del efecto acumulativo y de las restricciones especialmente graves, los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas con arreglo a la definición del Anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas ⁽²⁾, rara vez tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre las Partes Contratantes o restringir considerablemente la competencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, y, por consiguiente, suelen quedar excluidos del ámbito de aplicación de dicho artículo 53, apartado 1. En los casos en los que, a pesar de todo, tales acuerdos cumplan las condiciones para que se aplique el artículo 53, apartado 1, el Órgano de Vigilancia de la AELC se abstendrá, por regla general, de incoar procedimientos al no existir el suficiente interés para el Espacio Económico Europeo, siempre y cuando las empresas implicadas en el acuerdo no ocupen una posición dominante individual o colectiva en una parte sustancial del territorio cubierto por el Acuerdo EEE.

2. Acuerdos de agencia

2.1 Definición de acuerdos de agencia

- 12) Un agente es una persona física o jurídica que dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, a efectos de la:
- compra de bienes o servicios por parte del principal, o
 - venta de bienes o servicios suministrados por el principal.
- 13) El factor determinante para la definición de un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 53, apartado 1, es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal ⁽³⁾. A este respecto, es irrelevante para la evaluación que el agente actúe en nombre de uno o más principales. También lo es la calificación que den al acuerdo las partes o la legislación nacional.
- 14) Tres son los tipos de riesgo comercial o financiero pertinentes a la hora de evaluar el carácter genuino de un acuerdo de agencia con arreglo al artículo 53, apartado 1. En primer lugar, deben mencionarse los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. En segundo lugar, se encuentran los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Se trata de inversiones necesarias específicamente para el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir, necesarias para que éste pueda celebrar o negociar este tipo de contratos. Estas inversiones suelen ser a fondo perdido, lo que significa que, tras abandonar tal ámbito específico de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades ni venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas. En tercer lugar, se encuentran los riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto, siempre que el principal requiera que el agente realice tales actividades, pero no como agente en nombre del principal, sino por su propia cuenta.

⁽¹⁾ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia en el asunto 5/69, *Völk contra Vervaeke*, Rec. 1969, p. 295; asunto 1/71, *Cadillon contra Höss*, Rec. 1971, p. 351; y asunto C-306/96, *Javico contra Yves Saint Laurent*, Rec. 1998, p. I-1983, apartados 16 y 17.

⁽²⁾ DO L 124 de 20.5.2003, p. 36, incorporado al Acuerdo EEE por la decisión del Comité Mixto n° 131/2004 (DO L 64 de 10.3.2005, p. 67, y Suplemento EEE al DO n° 10.3.2005, p. 49).

⁽³⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-325/01 *Daimler Chrysler contra Comisión*, Rec. 2005, p. II-3319; véanse las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra CEPSA*, Rec. 2006, p. I-11987; y C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contra LV Tobar e Hijos SL*, Rec. 2008, p. I-6681.

- 15) A efectos de la aplicación del artículo 53, apartado 1, el acuerdo se calificará como acuerdo de agencia si el agente no asume riesgo alguno, o el riesgo asumido es insignificante, con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal, con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad, o con otras actividades para las que haya sido designado como tal por el principal en el mismo mercado de producto. No se consideran pertinentes a efectos de esta evaluación los riesgos relacionados con la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de que los ingresos del agente dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal, por ejemplo.
- 16) A efectos de la aplicación del artículo 53, apartado 1, un acuerdo se considerará acuerdo de agencia cuando la propiedad de los bienes comprados o vendidos objeto del contrato no le sea conferida al agente o éste no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuando éste:
- a) no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes del transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos;
 - b) no mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia (como por ejemplo, en caso de que no cumpla con medidas razonables de seguridad que eviten la pérdida de existencias);
 - c) no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido (responsabilidad del producto), a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto;
 - d) no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que éste sea responsable por negligencia al efecto (por ejemplo, al no cumplir unas medidas razonables de seguridad o antirrobo o al no cumplir medidas razonables a la hora de dar parte de robos al principal o la policía, o de comunicar al principal toda la información necesaria a su disposición sobre la fiabilidad financiera de los clientes);
 - e) no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas; por ejemplo, contribución a presupuestos de publicidad del principal;
 - f) no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal, tales como el depósito de gasolina en el caso de comercio minorista de gasolina, o de software específico para la venta de pólizas de seguros, cuando se trate de agentes de seguros, a menos que estos costes sean reembolsados en su totalidad por el principal;
 - g) no realice otras actividades en el mismo mercado de producto solicitadas por el principal, a menos que estas actividades sean reembolsadas en su totalidad por el principal.
- 17) Esta relación no es exhaustiva. No obstante, si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes mencionados en los apartados 14, 15 y 16, el acuerdo entre el agente y el principal no tendrá la cualificación de acuerdo de agencia. La cuestión del riesgo debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo. Por razones prácticas, el análisis del riesgo puede empezar con la evaluación de los riesgos específicos del contrato. Si el agente incurre en riesgos específicos del contrato, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente. Por el contrario, si el agente no incurre en riesgos específicos del

contrato, será necesario continuar con el análisis evaluando los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Por último, si el agente no incurre en ningún riesgo específico del contrato ni en riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, deberán tenerse en cuenta los riesgos relacionados con otras actividades exigidas en el mismo mercado de producto.

2.2 Aplicación del artículo 53, apartado 1, a los acuerdos de agencia

- 18) En el caso de los acuerdos de agencia según lo definido en la sección 2.1, la función de venta o de compra del agente forma parte de las actividades principales. Puesto que el principal soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados con la venta y la compra de los bienes y servicios objeto del contrato, todas las obligaciones impuestas al agente en relación con los contratos concluidos o negociados en nombre del principal no se incluyen en el ámbito del artículo 53, apartado 1. Por lo general, las obligaciones del agente que figuran a continuación serán consideradas parte integrante del acuerdo de agencia, pues todas ellas se refieren a la facultad del principal de fijar el ámbito de actividad del agente en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, que es esencial si el primero ha de asumir todos los riesgos y, por tanto, de poder determinar la estrategia comercial. Se trata de las siguientes:
- a) limitaciones sobre el territorio en el que el agente puede vender estos bienes o servicios;
 - b) limitaciones sobre los clientes a los que el agente puede vender estos bienes o servicios;
 - c) los precios y las condiciones a las que el agente debe vender o comprar estos bienes o servicios.
- 19) Además de regular las condiciones de venta o compra de bienes o servicios objeto del contrato por parte del agente por cuenta del principal, los acuerdos de agencia incluyen a menudo cláusulas referidas a las relaciones entre ambas partes. En concreto, es posible que contengan cláusulas que prohíban al principal designar otros agentes para un determinado tipo de transacción, cliente o territorio (cláusulas de exclusividad) o que prohíban al agente actuar como agente o distribuidor de empresas competidoras del principal (cláusulas de marca única). Puesto que el agente es una empresa distinta del principal, las disposiciones que se refieren a la relación entre el agente y el principal pueden infringir el artículo 53, apartado 1. Las cláusulas de exclusividad, por lo general, no provocarán efectos contrarios a la competencia. Sin embargo, las cláusulas de marca única, incluidas las de inhibición de la competencia a posteriori, se refieren a la competencia intermarca y pueden infringir lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, si conducen o contribuyen a un efecto (acumulativo) de exclusión del mercado de referencia en el que se compran o venden los bienes o servicios objeto del contrato (véase el apartado VI.2.1). Tales disposiciones pueden beneficiarse de la Exención por Categorías, en especial cuando se cumplen las condiciones previstas en el artículo 5 de la Exención por Categorías. También pueden justificarse individualmente por una mayor eficiencia de conformidad con el artículo 53, apartado 3, según lo descrito por ejemplo en los apartados 144 a 148.
- 20) Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, si facilita la colusión. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si una serie de principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden colectivamente a otros emplear a estos agentes o si los utilizan para coludir en la estrategia de mercadotecnia o para intercambiar información de mercado sensible entre los principales.
- 21) En los casos en que el agente incurra en uno o más riesgos pertinentes según lo descrito en el apartado 16, el acuerdo entre el agente y el principal no constituye un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 53, apartado 1. En esa situación, el agente será tratado como una empresa independiente y el acuerdo entre el agente y el principal estará sujeto al artículo 53, apartado 1, como cualquier otro acuerdo vertical.

3. Acuerdos de subcontratación

- 22) La subcontratación hace referencia a un contratista que proporciona tecnología o equipos a un subcontratista que se compromete a producir con ello ciertos productos (exclusivamente) para el contratista. La subcontratación está cubierta por la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC referente a la consideración de los subcontratos respecto a lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE (en lo sucesivo «Comunicación sobre la subcontratación») ⁽¹⁾. Según esta Comunicación, que sigue siendo aplicable, los acuerdos de subcontratación por los que el subcontratista se compromete a producir exclusivamente ciertos productos para el contratista, generalmente no están incluidos en el ámbito del artículo 53, apartado 1, siempre que la tecnología o el bien de equipo sean necesarios para que el subcontratista produzca los productos. Sin embargo, otras restricciones impuestas al subcontratista tales como la obligación de no realizar o no explotar su propia investigación y desarrollo, o de no producir en general para terceros, pueden estar incluidas en el ámbito del artículo 53 ⁽²⁾.

III. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

1. Espacio protegido creado por la Exención por Categorías

- 23) En la mayoría de las restricciones verticales, sólo surgen problemas de competencia si existe una competencia insuficiente en uno o más niveles del comercio, por ejemplo, si existe algún grado de poder de mercado a nivel del proveedor, del comprador, o de ambos. Siempre que no existan restricciones especialmente graves a la competencia, es decir restricciones a la competencia por objeto, la Exención por Categorías establece una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En aplicación del artículo 3 de la Exención por Categorías, la cuota relevante es la cuota de mercado del proveedor en el mercado en que vende el bien o servicio objeto del contrato y la cuota de mercado del comprador en el mercado en el que adquiere los bienes o servicios objeto del contrato la que determina la aplicabilidad de la exención por categorías. Para que sea de aplicación la exención por categorías, la cuota de mercado del proveedor y del comprador deberán ser cada una del 30 % o inferior. La Sección V de estas Directrices proporciona orientación sobre cómo definir el mercado de referencia y calcular las cuotas de mercado. Por encima del umbral del 30 % de cuota de mercado, no se presume que los acuerdos verticales están incluidos en el artículo 53, apartado 1, o no cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3, pero tampoco se presume que los acuerdos verticales incluidos en el ámbito del artículo 53, apartado 1, cumplirán habitualmente las condiciones del artículo 53, apartado 3.

2. Ámbito de aplicación de la Exención por Categorías

2.1 Definición de acuerdos verticales

- 24) El artículo 1, apartado 1, letra a), de la Exención por Categorías define los acuerdos verticales como «los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».
- 25) La definición de «acuerdo vertical» a la que se refiere el apartado 24 contiene cuatro elementos principales:
- a) La Exención por Categorías se aplica a los acuerdos y a las prácticas concertadas. La Exención por Categorías no se aplica a la conducta unilateral de las empresas en cuestión. Tal conducta unilateral puede incluirse en el ámbito del artículo 54, que prohíbe los abusos de posición dominante. Para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 53 basta con que las partes hayan expresado su intención conjunta de comportarse en el mercado de una manera específica. La forma en que esa intención se expresa es irrelevante siempre que constituya una expresión fiel de la intención de las partes. En caso de que no exista ningún acuerdo explícito que exprese la concurrencia de voluntades, el Órgano de Vigilancia de la AELC tendrá que probar que la política unilateral de una parte cuenta con el consentimiento de la otra parte. En el caso de los acuerdos verticales, hay dos maneras de establecer el consentimiento con una política unilateral particular. En primer lugar, el consentimiento puede deducirse de los poderes conferidos a las partes en un acuerdo general elaborado de antemano. Si las cláusulas del acuerdo elaborado de antemano prevén o autorizan a una parte a adoptar posteriormente una política unilateral específica vinculante para la otra parte, el

⁽¹⁾ Anexo VIII de la Decisión n° 3/94/COL, DO L 153 de 18.6.1994, p. 30, y Suplemento EEE al DO n° 15 de 18.6.1994, p. 29.

⁽²⁾ Véase punto 3 de la Comunicación sobre la subcontratación.

consentimiento de esa política por la otra parte puede establecerse sobre esta base ⁽¹⁾. En segundo lugar, a falta de consentimiento explícito, el Órgano de Vigilancia de la AELC puede demostrar la existencia de consentimiento tácito. Para ello es necesario demostrar primero que una parte requiere explícita o implícitamente la cooperación de la otra parte para la aplicación de su política unilateral, y luego, que la otra parte cumple con ese requisito aplicando en la práctica esa política unilateral ⁽²⁾. Por ejemplo, si tras el aviso por parte de un proveedor de una reducción unilateral de la oferta a fin de impedir el comercio paralelo, los distribuidores reducen inmediatamente sus pedidos y dejan de realizar comercio paralelo, entonces esos distribuidores estarían accediendo tácitamente a la política unilateral del proveedor. No obstante, no puede llegarse a esta conclusión si los distribuidores siguen realizando comercio paralelo o tratan de encontrar nuevas vías para realizar comercio paralelo. Del mismo modo, en el caso de los acuerdos verticales, el consentimiento tácito puede deducirse del nivel de coerción ejercido por una parte para imponer su política unilateral a la otra parte o partes en el acuerdo, junto con el número de distribuidores que realmente aplican en la práctica la política unilateral del proveedor. Por ejemplo, un sistema de control y sanciones, establecido por un proveedor para penalizar a los distribuidores que no cumplan con su política unilateral, apunta al consentimiento tácito a la política unilateral del proveedor si este sistema permite al proveedor aplicar su política en la práctica. Las dos maneras de establecer el consentimiento descritas en el presente apartado pueden utilizarse conjuntamente;

- b) el acuerdo o la práctica concertada tiene lugar entre dos o más empresas. Los acuerdos verticales con consumidores finales que no funcionan como empresa no están cubiertos por la Exención por Categorías. En términos más generales, los acuerdos con consumidores finales no entran en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, porque esta disposición se aplica únicamente a los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. Ello se entiende sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 54;
 - c) el acuerdo o la práctica concertada tiene lugar entre empresas que, a efectos del acuerdo, operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Esto significa que, por ejemplo, una empresa produce una materia prima que la otra empresa utiliza como insumo, o que la primera es fabricante, la segunda mayorista y la tercera minorista. No se descarta la posibilidad de que una empresa opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución;
 - d) los acuerdos o prácticas concertadas se refieren a las condiciones en las que las partes en el acuerdo, el proveedor y el comprador, «pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios». Ello refleja que la Exención por Categorías pretende abarcar los acuerdos de compra y distribución. Se trata de acuerdos que se refieren a las condiciones de compra, venta o reventa de los bienes o servicios suministrados por el proveedor o que se refieren a las condiciones de venta por parte del comprador de los bienes o servicios que incorporan tales bienes o servicios. Tanto los bienes o servicios suministrados por el proveedor como los bienes o servicios resultantes se consideran bienes o servicios objeto del contrato a efectos de la aplicación de la Exención por Categorías. Están también incluidos en el ámbito de aplicación los acuerdos verticales relativos a todos los bienes y servicios finales e intermedios. La única excepción es el sector del automóvil, siempre que este sector siga estando amparado por una exención específica por categoría como la otorgada por el acto mencionado en el apartado 4b del anexo XIV del Acuerdo EEE (Reglamento (UE) n° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010 ⁽³⁾), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor o su sucesor. Los bienes o servicios suministrados por el proveedor pueden ser revendidos por el comprador o empleados como insumo por este último para producir sus propios bienes o servicios.
- 26) La Exención por Categorías también se aplica a los bienes vendidos y adquiridos para su arrendamiento a terceros. No obstante, no están cubiertos los acuerdos de arrendamiento y arrendamiento financiero, ya que el proveedor no vende bien o servicio alguno al comprador. En términos más generales, la Exención por Categorías no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, tales como la obligación que impide a las partes desarrollar actividades de investigación y desarrollo independientes, que las partes puedan haber incluido en un acuerdo vertical de otro tipo. Además, el artículo 2, apartados 2, 3, 4 y 5, de la Exención por Categorías excluye directa o indirectamente a determinados acuerdos verticales de la aplicación de dicho acto.

⁽¹⁾ Sentencia del Tribunal en el asunto C-74/04 P, *Comisión contra Volkswagen AG*, Rec. 2006, p. I-6585.

⁽²⁾ Sentencia del Tribunal en el asunto T-41/96, *Bayer AG contra Comisión*, Rec. 2000, p. II-3383.

⁽³⁾ DO L 129 de 28.5.2010, p. 52, incorporado al anexo XIV 4b del Acuerdo EEE mediante la Decisión n° 91/2010, DO L 277 de 21.10.2010, p. 44, y Suplemento EEE al DO n° 59 de 21.10.2010, p. 13.

2.2 Acuerdos verticales entre competidores

- 27) El artículo 2, apartado 4, de la Exención por Categorías excluye explícitamente «los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras» de su ámbito de aplicación. El Órgano de Vigilancia de la AELC aborda estos acuerdos verticales entre competidores, por lo que respecta a los posibles efectos de colusión, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de cooperación horizontal ⁽¹⁾. No obstante, los aspectos verticales de tales acuerdos han de evaluarse con arreglo a las presentes Directrices. El artículo 1, apartado 1, letra c), de la Exención por Categorías define una empresa competidora como «un competidor real o potencial». Dos empresas se tratan como competidores reales si realizan actividad en el mismo mercado de referencia. Una empresa considera competidor potencial de otra empresa si, a falta de acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos es probable que la primera empresa, en un período de tiempo breve y normalmente no superior a un año, realice las inversiones adicionales necesarias o incurra en otros costes de cambio necesarios para introducirse en el mercado de referencia donde tiene actividad la otra empresa. Esta evaluación debe basarse en datos realistas; no basta la mera posibilidad teórica de introducirse en el mercado ⁽²⁾. No debe considerarse fabricante de productos de marca propia al distribuidor que dé especificaciones a un fabricante para producir bienes determinados con el nombre comercial del distribuidor.
- 28) El artículo 2, apartado 4, de la Exención por Categorías contiene dos excepciones a la exclusión general de los acuerdos verticales entre competidores, relativas a los acuerdos no recíprocos. La Exención por Categorías cubre los acuerdos no recíprocos entre competidores si a) el proveedor es fabricante y distribuidor de bienes, mientras que el comprador es sólo distribuidor y no también una empresa competidora en la fabricación, o b) si el proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales, mientras que el comprador opera a nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que adquiere los servicios objeto del contrato. La primera excepción cubre situaciones de distribución dual, aquéllas en las cuales el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien. En caso de distribución dual se considera que, en general, cualquier impacto potencial en la relación de competencia entre el fabricante y el minorista al nivel al por menor tiene menos importancia que el impacto potencial en la competencia en general del acuerdo de suministro vertical a nivel de la producción o al por menor. La segunda excepción abarca situaciones similares de doble distribución, aunque en este caso para los servicios, cuando el proveedor es también un prestador de servicios en el nivel del comprador.

2.3 Asociaciones de minoristas

- 29) El artículo 2, apartado 2, de la Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación a los acuerdos verticales suscritos por una asociación de empresas que cumpla determinadas condiciones y, por ello, excluye de la Exención por Categorías a los acuerdos verticales suscritos por cualesquiera otras asociaciones. La Exención por Categorías sólo abarca a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación y sus miembros, o entre una asociación y sus proveedores, si todos sus miembros son minoristas de bienes (no de servicios) y si ninguno de los miembros de la asociación posee un volumen de negocios superior a 50 millones de euros. Los minoristas son distribuidores que venden bienes a los consumidores finales. Si sólo un número reducido de los miembros de la asociación posee un volumen de negocios que excede del umbral de 50 millones de euros y el conjunto de estos miembros representa menos del 15 % del volumen de negocios colectivo de todos los miembros combinados, ello no afectará, por lo general, a la evaluación con arreglo al artículo 53.
- 30) Una asociación de empresas puede implicar acuerdos horizontales y verticales. Los primeros deben evaluarse con arreglo a los principios establecidos en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 53 del EEE a la cooperación horizontal ⁽³⁾. Si dicha evaluación lleva a la conclusión de que es aceptable una cooperación entre empresas en el ámbito de la compra o la venta, se tendrá que llevar a cabo una nueva evaluación para examinar los acuerdos verticales suscritos por la asociación con sus proveedores o sus miembros individuales. Esta segunda evaluación se regirá por las normas de la Exención por Categorías y las presentes Directrices. Así, por ejemplo, los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o las decisiones adoptadas por la asociación, así como la decisión de exigir a sus miembros de comprarle a la misma o la decisión de asignar territorios exclusivos

⁽¹⁾ DO C 266 de 31.10.2002, p. 1, y Suplemento EEE al DO n° 55 de 31.10.2002, p. 1.

⁽²⁾ Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa del EEE en materia de competencia, DO L 200 de 16.7.1998, p. 46, y Suplemento EEE al DO n° 28 de 16.7.1998, p. 3, apartados 20 a 24; Decimotercer informe de la Comisión sobre la política de competencia, apartado 55; y Decisión 90/410/CEE de la Comisión en el asunto n° IV/32.009 — *Elopak/Metal Box contra Odin*, DO L 209 de 8.8.1990, p. 15.

⁽³⁾ Véase el apartado 27.

a sus miembros deben evaluarse en primer lugar como acuerdo horizontal. Cuando dicha evaluación lleve a la conclusión de que el acuerdo horizontal no falsea la competencia, será necesario evaluar los acuerdos verticales entre la asociación y sus miembros individuales o entre ésta y los proveedores.

2.4 *Acuerdos verticales que contengan disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual (DPI)*

- 31) El artículo 2, apartado 3, de la Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación los acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de DPI y, por consiguiente, excluye de la Exención por Categorías todos los demás acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI. La Exención por Categorías se aplica a los acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI, si se cumplen cinco condiciones:
- a) las cláusulas de DPI deben formar parte de un acuerdo vertical, es decir, un acuerdo que establezca condiciones con arreglo a las cuales las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
 - b) los DPI deben cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por éste;
 - c) las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo;
 - d) las cláusulas de DPI deben estar directamente relacionadas con la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por parte del comprador o sus clientes. En el caso de franquicia en la que el marketing es el objeto de la explotación de los DPI, los bienes o servicios son distribuidos por el franquiciado principal o los franquiciados;
 - e) las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo a la Exención por Categorías.
- 32) Dichas condiciones garantizan que la Exención por Categorías se aplica a los acuerdos verticales si la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios puede hacerse de modo más eficaz porque los DPI se ceden al comprador o son utilizados por éste. Dicho de otro modo, las restricciones relativas a la cesión o utilización de los DPI pueden estar cubiertas cuando el principal objetivo del acuerdo es la adquisición o distribución de bienes o servicios.
- 33) La primera condición deja claro que el contexto en que se contemplan los DPI es un acuerdo para adquirir o distribuir productos o un acuerdo para adquirir o distribuir servicios y no un acuerdo relativo a la cesión o concesión de licencias de DPI para la fabricación de bienes ni un mero acuerdo de licencia. La Exención por Categorías no cubre, por ejemplo:
- a) los acuerdos en los que una parte ofrece a otra una receta y la autoriza a fabricar una bebida con dicha receta;
 - b) los acuerdos en los que una parte ofrece a otra un molde o copia maestra y la autoriza a producir y distribuir copias;
 - c) la licencia pura de una marca o signo a efectos de comercialización;

- d) los contratos de patrocinio que cubran el derecho a hacer publicidad de uno mismo en calidad de patrocinador oficial de un acontecimiento;
- e) las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho de grabar o retransmitir un acontecimiento.
- 34) La segunda condición aclara que la Exención por Categorías no es de aplicación cuando es el comprador el que ofrece los DPI al proveedor, independientemente de que los DPI se refieran a la forma de fabricación o distribución. No están cubiertos por la Exención por Categorías los acuerdos relativos a la transferencia de DPI al proveedor que contengan posibles restricciones sobre las ventas. Ello implica, entre otras cosas, que la subcontratación que implique la transferencia de conocimientos técnicos a un subcontratista ⁽¹⁾ no se encuadra en el ámbito de aplicación de la Exención por Categorías (véase también el apartado 22). No obstante, la Exención por Categorías ampara los acuerdos verticales en virtud de los cuales el comprador sólo ofrece al proveedor especificaciones que describen los bienes o servicios que deben suministrarse.
- 35) La tercera condición deja claro que, para poder estar cubierto por la Exención por Categorías, el objetivo principal del acuerdo no debe ser la cesión o licencia de DPI, sino la compra o distribución de bienes o servicios y las cláusulas de los DPI deben servir para la ejecución del acuerdo vertical.
- 36) La cuarta condición requiere que las cláusulas de DPI faciliten el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. Por lo general, los bienes o servicios para uso o reventa son suministrados por el titular de la licencia pero pueden ser también adquiridos por el licenciario a otro suministrador. Las cláusulas de DPI normalmente están relacionadas con la comercialización de bienes y servicios. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en un acuerdo de franquicia en el que el franquiciador vende al franquiciado bienes para su reventa y autorice al franquiciado a utilizar su marca y sus conocimientos técnicos para comercializar los bienes, o cuando el proveedor de un extracto concentrado autoriza al comprador a diluir y embotellar el extracto antes de venderlo como bebida.
- 37) La quinta condición subraya el hecho de que las cláusulas de DPI no tengan el mismo objeto o efecto que alguna de las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 4 de la Exención por Categorías o ninguna de las restricciones que no estén exentas con arreglo al artículo 5 de dicho acto (véanse los apartados 47 a 69 de las presentes Directrices).
- 38) Los derechos de propiedad intelectual pertinentes para la aplicación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Exención por Categorías suelen afectar a tres áreas principales: marcas registradas, derechos de autor y conocimientos técnicos.
- Marca registrada*
- 39) La concesión a un distribuidor de una licencia sobre una marca registrada puede estar relacionada con la distribución de los productos del otorgante de la misma en un territorio específico. Si se trata de una licencia exclusiva, el acuerdo equivale a la distribución exclusiva.
- Derechos de autor*
- 40) Los revendedores de bienes protegidos por derechos de autor (libros, programas informáticos, etc.) pueden ser obligados por el titular de dichos derechos a vender exclusivamente a condición de que el comprador, ya sea otro revendedor o bien el usuario final, no infrinja dichos derechos. Tales obligaciones del revendedor, siempre que entren en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, quedan cubiertas por la Exención por Categorías.

⁽¹⁾ Véase la Comunicación sobre la subcontratación (mencionada en el apartado 22).

- 41) Los acuerdos con arreglo a los cuales se suministran para su reventa copias de programas informáticos y el revendedor no adquiere una licencia sobre cualesquiera derechos relativos a los programas informáticos, sino únicamente tiene el derecho de vender las copias, deben considerarse acuerdos de suministro de bienes para reventa a los efectos de la Exención por Categorías. Con arreglo a esta forma de distribución, la licencia de los programas informáticos sólo se establece entre el titular de los derechos y el usuario de dichos programas. Esta modalidad puede adoptar la forma de «licencia por desembalaje» (*shrink wrap*), es decir, una serie de condiciones incluidas en el paquete de la copia impresa que el usuario final acepta por el hecho de abrir el paquete.
- 42) Los compradores de equipos informáticos que incorporan programas informáticos protegidos por derechos de autor pueden verse obligados por el titular de los derechos a no infringir éstos y, por consiguiente, no pueden hacer copias ni revender el soporte lógico en combinación con otro soporte físico. Tales restricciones de uso, siempre que entren en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, quedarán cubiertas por la Exención por Categorías.

Conocimientos técnicos

- 43) Los acuerdos de franquicia, con excepción de los de franquicia industrial, son los que mejor ilustran la situación en la cual se comunican al comprador unos conocimientos técnicos para fines de mercadotecnia⁽¹⁾. Los acuerdos de franquicia constan de licencias de derechos de propiedad intelectual relativas a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o la prestación de servicios. Además de la licencia de DPI, durante la vigencia del acuerdo el franquiciador suele prestar al franquiciado asistencia comercial o técnica, como pueden ser servicios de contratación, formación, asesoría sobre propiedades inmobiliarias, planificación financiera, etc. La licencia y la asistencia forman parte integrante del método comercial que se otorga en régimen de franquicia.
- 44) Las licencias contenidas en los acuerdos de franquicia quedan cubiertas por la Exención por Categorías si reúnen las cinco condiciones enumeradas en el apartado 31. Por lo general, dichas condiciones se encuentran reunidas en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos «master» de franquicia, ya que el franquiciador ofrece al franquiciado bienes o servicios, especialmente servicios de asistencia comercial o técnica. Los DPI ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el franquiciador o un proveedor designado por éste o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes. Si el acuerdo de franquicia implica sólo o principalmente la mera licencia de DPI, no está cubierto por la Exención por Categorías, aunque el Órgano de Vigilancia de la AELC, por regla general, le aplicará los principios establecidos en la Exención por Categorías y en las presentes Directrices.
- 45) Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con los DPI son necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, están amparadas por la Exención por Categorías:
- a) la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar;
 - b) la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa;
 - c) la imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público;
 - d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder al franquiciador y a otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia;

⁽¹⁾ Los apartados 43-45 se aplican por analogía a otros tipos de acuerdos de distribución que implican la transferencia de conocimientos técnicos sustanciales del proveedor al comprador.

- e) la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores;
- f) la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia;
- g) la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador.

2.5 Relación con otras disposiciones de la Exención por Categorías

- 46) El artículo 2, apartado 5, establece que la Exención por Categorías «no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías, a menos que dichos reglamentos dispongan lo contrario». La Exención por Categorías no se aplica por tanto a los acuerdos verticales cubiertos por el acto mencionado en el apartado 5 del anexo XIV del Acuerdo EEE (Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004 ⁽¹⁾) relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, el acto mencionado en el apartado 4b del anexo XIV del Acuerdo EEE (Reglamento (UE) n° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010 ⁽²⁾) relativo a la aplicación del artículo 53, apartado 3, del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, o el acto mencionado en el apartado 6 del anexo XIV del Acuerdo EEE (Reglamento (CE) de la Comisión n° 2658/2000 de 29 de noviembre de 2000 ⁽³⁾) relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos de especialización, y el acto mencionado en el apartado 7 del anexo XIV del Acuerdo EEE (Reglamento (CE) n° 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 ⁽⁴⁾) relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo por los que quedan exentos los acuerdos verticales celebrados en relación con los acuerdos horizontales, o cualquier acto futuro de estas características, a menos que dicho acto disponga lo contrario.

3. Restricciones especialmente graves contempladas en la Exención por Categorías

- 47) El artículo 4 de la Exención por Categorías contiene una lista de restricciones especialmente graves que conducen a la exclusión de todo el acuerdo vertical del ámbito de aplicación de la Exención por Categorías ⁽⁵⁾. La inclusión de tal restricción especialmente grave en un acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito del artículo 53, apartado 1. También da lugar a la presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 53, apartado 3, por la razón de que no se aplica la exención por categorías. Sin embargo, las empresas pueden demostrar los efectos favorables a la competencia de conformidad con el artículo 53, apartado 3, en un caso individual ⁽⁶⁾. En caso de que las empresas justifiquen que las probables eficiencias resultan de la inclusión de la restricción especialmente grave en el acuerdo y que se cumplen en general todas las condiciones del artículo 53, apartado 3, ello requerirá que el Órgano de Vigilancia de la AELC evalúe efectivamente el probable impacto negativo en la competencia antes de hacer la evaluación final sobre si se cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3 ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ DO L 123 de 27.4.2004, p. 11, incorporado al Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 142/2005, DO L 198 de 28.7.2005, p. 42, y Suplemento EEE al DO n° 38 de 28.7.2005, p. 24.

⁽²⁾ Véase el apartado 25.

⁽³⁾ DO L 304 de 5.12.2000, p. 3, incorporado al Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 113/2000, DO L 52 de 22.2.2001, p. 38, y Suplemento EEE al DO n° 9 de 22.2.2001, p. 5.

⁽⁴⁾ DO L 304 de 5.12.2000, p. 7, incorporado al Acuerdo EEE por la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 113/2000, DO L 52 de 22.2.2001, p. 38, y Suplemento EEE al DO n° 9 de 22.2.2001, p. 5.

⁽⁵⁾ Esta lista de restricciones especialmente graves se aplica a los acuerdos verticales relativos al comercio dentro del Espacio Económico Europeo. En la medida en que los acuerdos verticales se refieren a las exportaciones o las importaciones/reimportaciones procedentes de fuera del Espacio Económico Europeo, véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-306/96 *Javico contra Yves Saint Laurent*, Rec. 1998, p. I-1983. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declara en el apartado 20 que «no cabe considerar que un acuerdo que contenga el compromiso del revendedor respecto del productor de destinar la comercialización de los productos objeto del contrato a un mercado situado fuera de la Unión tenga por objeto restringir de manera significativa la competencia dentro del mercado común ni que pueda afectar en cuanto tal al comercio entre los Estados miembros».

⁽⁶⁾ Véanse en particular los apartados 106 a 109 que describen en general posibles eficiencias relacionadas con las restricciones verticales y la sección VI.2.10 sobre restricciones en los precios de reventa. Para orientación general a este respecto, véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, adoptada mediante la Decisión n° 123/04/COL (DO C 208 de 6.9.2007, p. 1, y Suplemento EEE al DO n° 42 de 6.9.2007, p. 1).

⁽⁷⁾ Aunque jurídicamente se trata de dos pasos distintos, en la práctica pueden ser un proceso iterativo en el que las partes y el Órgano de Vigilancia de la AELC refuerzan y mejoran sus argumentos respectivos en varios pasos.

- 48) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra a), de la Exención por Categorías se refiere al mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador. La restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. No obstante, el MPR también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios. Los medios directos o indirectos de fijación de precios son más eficaces si se combinan con medidas destinadas a identificar los distribuidores que rebajan los precios, tales como la implantación de un sistema de control de precios o la obligación de los minoristas de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado. De modo similar, la fijación directa o indirecta de precios puede lograrse con mayor eficacia si se combina con medidas capaces de reducir los incentivos del comprador para reducir el precio de reventa, tales como la posibilidad de que el proveedor imprima un precio de reventa recomendado en el producto u obligue al comprador a aplicar una cláusula de cliente más favorecido. Los mismos medios indirectos y las medidas de «acompañamiento» pueden emplearse para lograr que los precios máximos recomendados funcionen como MPR. No obstante, el uso de una medida de acompañamiento concreta o la distribución por el proveedor al comprador de una lista con precios recomendados o precios máximos no se considera que en sí mismo conduzca al MPR.
- 49) En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si tal acuerdo no puede calificarse de acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 53, apartado 1, (véanse los apartados 12 a 21), toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo al artículo 4, letra a), de la Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal ⁽¹⁾.
- 50) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra b), de la Exención por Categorías se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto directo o indirecto la restricción de las ventas por parte del comprador del acuerdo o sus clientes, en la medida en que estas restricciones se refieran al territorio en que el comprador o sus clientes pueden vender los bienes o servicios objeto del contrato o a los clientes a los que pueden vender tales bienes o servicios. Esta restricción especialmente grave se refiere a la compartimentación del mercado por territorio o clientes. Ello puede ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. También puede ser consecuencia de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes, tales como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar, la reducción de los volúmenes suministrados o la limitación de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o del grupo de clientes asignados, la amenaza de rescisión de los contratos, la exigencia de un precio más elevado para que se exporten los productos, la limitación de la proporción de ventas que pueden exportarse u obligaciones de transferencia de beneficios. Asimismo puede resultar del hecho de que el proveedor no preste un servicio de garantía a escala del EEE, por el que todos los distribuidores están obligados a prestarlo y son reembolsados por el proveedor, incluso en relación con productos vendidos por otros distribuidores en su territorio ⁽²⁾. Resulta aún más probable que estas prácticas se consideren una restricción de las ventas del comprador cuando se usan conjuntamente con la aplicación por parte del proveedor de un sistema de control destinado a verificar el destino real de los bienes suministrados (por ejemplo, el uso de etiquetas diferenciadas o números de serie). Sin embargo, no se consideran de especial gravedad las obligaciones que se imponen al revendedor de mostrar la marca del proveedor. Como el artículo 4, letra b), sólo se refiere a las restricciones de ventas por el comprador o sus clientes, esto implica que las restricciones de las ventas del proveedor tampoco son una restricción especialmente grave, sin

⁽¹⁾ Véase, por ejemplo, la Decisión 91/562/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.737 *Eirpage*, DO L 306 de 7.11.1991, p. 22, especialmente el considerando (6).

⁽²⁾ Si el proveedor decide no reembolsar a sus distribuidores por los servicios prestados en el marco de la garantía a escala del EEE, podrá acordarse con estos distribuidores que un distribuidor que realice una venta fuera de su territorio asignado tendrá que pagar al distribuidor designado en el territorio de destino un canon basado en el coste de los servicios prestados incluyendo un margen de beneficio razonable. Este tipo de régimen no podrá considerarse como una restricción de las ventas de los distribuidores fuera de su territorio (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-67/01, de 13 de enero de 2004, *JCB Service contra Comisión*, Rec. 2004, p. II-49, apartados 136 a 145).

perjuicio de lo dispuesto en el apartado 59 sobre las ventas de recambios en el contexto del artículo 4, letra e), de la Exención por Categorías. El artículo 4, letra b), se aplica sin perjuicio de una restricción del lugar de establecimiento del comprador. Así pues, el beneficio de la Exención por Categorías no se pierde si se acuerda que el comprador limitará sus centros de distribución y almacenes a un territorio, lugar o dirección concretos.

- 51) Cuatro son las excepciones a la restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra b), de la Exención por Categorías. La primera excepción del artículo 4, letra b), inciso i), permite a los proveedores restringir las ventas activas efectuadas por sus compradores directos a un territorio o a un grupo de clientes que se ha asignado exclusivamente a otro comprador o que el proveedor se ha reservado para sí. Se considera que un territorio o grupo de clientes está asignado exclusivamente cuando el proveedor consiente la venta de su producto solamente a un distribuidor para su distribución en un territorio determinado o a un grupo de clientes determinado y el distribuidor exclusivo tiene protegido su territorio o grupo de clientes contra las ventas activas de todos los otros compradores del proveedor dentro del Espacio Económico Europeo, independientemente de las ventas del proveedor. Se permite al proveedor combinar la asignación de un territorio exclusivo y de un grupo de clientes exclusivo, designando, por ejemplo, un distribuidor exclusivo a un grupo de clientes específico en un determinado territorio. Esta protección de territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva debe permitir, sin embargo, las ventas pasivas a tales territorios o grupos de clientes. A efectos de la aplicación del artículo 4, letra b), de la Exención por Categorías, el Órgano de Vigilancia de la AELC define ventas «activas» y «pasivas» de la siguiente forma:

- por ventas «activas» se entiende la aproximación activa a clientes individuales por ejemplo mediante correo directo, incluidos correos electrónicos no solicitados, o visitas, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación, en internet u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio. La publicidad o promoción que sólo es atractiva para el comprador, si (además) llega a un grupo específico de clientes o a clientes en un territorio específico, se considera venta activa a dicho grupo de clientes o clientes en ese territorio.
- por ventas «pasivas» se entiende la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son consideradas ventas pasivas, las actividades de carácter general de publicidad o promoción que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio. La promoción o la publicidad general se considera una manera razonable de llegar a tales clientes si resultara atractivo para el comprador realizar estas inversiones también en el caso de que no llegaran a clientes de los territorios (exclusivos) de otros distribuidores o a grupos de clientes.

- 52) Internet es una herramienta muy poderosa para llegar a un mayor número y diversidad de clientes que a los que se llegaría utilizando métodos de venta más tradicionales, y por esto ciertas restricciones sobre el uso de internet se tratan como restricciones a la venta o reventa. En principio, todos los distribuidores deben poder utilizar internet para vender productos. Por lo general, tener una página web se considera una forma de venta pasiva, ya que constituye un modo razonable de permitir a los clientes llegar al distribuidor. El uso de internet puede tener efectos fuera del territorio del distribuidor o del grupo de clientes propio; sin embargo, dichos efectos se deben a la tecnología, que facilita el acceso desde cualquier punto. Se considera venta pasiva si un cliente visita la página web de un distribuidor, se pone en contacto con él y este contacto culmina en venta, entrega incluida. Lo mismo se aplica si un cliente opta por que el distribuidor le mantenga (automáticamente) informado y ello redunde en una venta. De por sí, las opciones de lenguaje utilizadas en la página web o en la comunicación se consideran parte de la venta pasiva. El Órgano de Vigilancia de la AELC por tanto considera los siguientes ejemplos como restricciones especialmente graves de la venta pasiva, a la vista de la capacidad de estas restricciones para limitar al distribuidor a la hora de llegar a un mayor número y diversidad de clientes:

- a) acordar que el distribuidor (exclusivo) impedirá a los clientes situados en otro territorio (exclusivo) visitar su página web o pondrá en su página web una redirección automática de los clientes a las páginas web del fabricante o de otros distribuidores exclusivos. Esto no excluye acordar que la página web del distribuidor, además, ofrezca diversos enlaces a páginas web de otros distribuidores o del proveedor;
- b) acordar que el distribuidor (exclusivo) rescindirá las transacciones de los consumidores por internet en cuanto los datos de la tarjeta de crédito revelen una dirección que no esté en el territorio (exclusivo) del distribuidor;

- c) acordar que el distribuidor limitará su proporción de ventas realizadas por internet. Esto no excluye que el proveedor exija, sin limitar las ventas en línea del distribuidor, que el comprador venda por lo menos una determinada cantidad absoluta (en valor o en volumen) del producto fuera de línea para garantizar un funcionamiento eficiente de su establecimiento físico, ni impide al proveedor asegurarse de que la actividad directa del distribuidor siga siendo coherente con el modelo de distribución del proveedor (véase los apartados 54 y 56). Esta cantidad absoluta de ventas exigidas fuera de línea puede ser la misma para todos los compradores, o bien determinarse individualmente para cada comprador sobre la base de criterios objetivos, como el tamaño del comprador en la red o su localización geográfica;
- d) acordar que el distribuidor pagará un precio más alto por los productos destinados a ser revendidos en línea por el distribuidor que por los destinados a revenderse fuera de línea. Esto no excluye que el proveedor ofrezca al comprador un canon fijo (no un canon variable, en que el importe aumente en función del volumen de negocio realizado fuera de línea, pues ello llevaría indirectamente a una fijación de precios dual) para apoyar sus esfuerzos de venta en línea o fuera de línea.
- 53) Una restricción del uso de internet por los distribuidores que sean parte en el acuerdo es compatible con la Exención por Categorías en la medida en que la promoción por internet o el uso de internet llevarían a una venta activa por ejemplo en los territorios o grupos de clientes exclusivos de otros distribuidores. El Órgano de Vigilancia de la AELC considera la publicidad en línea dirigida específicamente a determinados clientes como una forma de venta activa a estos clientes. Por ejemplo, los distintivos por territorio en páginas web de terceros son una forma de venta activa en el territorio donde se muestran estos distintivos. En general, los esfuerzos por ser encontrados específicamente en un territorio concreto o por un grupo concreto de clientes supone venta activa en ese territorio o a ese grupo de clientes. Por ejemplo, pagar a un motor de búsqueda o a un proveedor de publicidad en línea para que publique anuncios destinados específicamente a usuarios en un territorio concreto supone venta activa en dicho territorio.
- 54) Sin embargo, con arreglo a la Exención por Categorías, es posible que el proveedor necesite niveles mínimos de calidad para el uso del sitio internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para un establecimiento o para vender por catálogo o para publicidad y promoción, en general. Esto puede ser pertinente especialmente en el caso de la distribución selectiva. Al amparo de la exención por categorías, el proveedor puede por ejemplo exigir a sus distribuidores que tengan uno o más establecimientos físicos o salas de exposición como condición para ser miembro de su sistema de distribución. También es posible realizar cambios posteriores a tal condición al amparo de la exención por categorías, salvo si dichos cambios tienen por objeto, directa o indirectamente, la limitación de las ventas en línea por los distribuidores. Igualmente, un proveedor podrá exigir a sus distribuidores que utilicen plataformas de terceros para distribuir los productos objeto del contrato, solamente de conformidad con las normas y condiciones acordadas entre el proveedor y sus distribuidores para el uso de internet por parte de los distribuidores. Por ejemplo, en caso de que la página web del distribuidor esté albergada en una plataforma de un tercero, el proveedor puede exigir que los clientes no entren en la página web del distribuidor a través de una página web con el nombre o logo de la plataforma de la tercera parte.
- 55) En el artículo 4, letra b), de la Exención por Categorías se establecen otras tres excepciones a la restricción especialmente grave. Las tres contemplan la restricción tanto de las ventas activas como de las pasivas. En virtud de la primera excepción, se permite restringir a un mayorista la venta a usuarios finales, lo que permite a un proveedor mantener por separado la venta al por mayor y la venta al por menor. Sin embargo, dicha excepción no excluye que un mayorista pueda vender a determinados usuarios finales, por ejemplo grandes usuarios finales, mientras que se prohíbe vender a (todos) los demás usuarios finales. La segunda excepción permite a un proveedor restringir a un distribuidor designado en un sistema de distribución selectiva la venta, sea en el nivel comercial que sea, a distribuidores no autorizados situados en cualquier territorio en que opera dicho sistema o donde el proveedor aún no venda los productos objeto del contrato (mencionado como «el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema» en el artículo 4, letra b), inciso iii)). La tercera excepción permite a un proveedor restringir a un comprador de componentes suministrados para ser incorporados su reventa a los competidores del proveedor. El término «componente» se refiere a todo bien intermedio, mientras que «incorporación» hace referencia a la utilización de cualquier insumo para la fabricación de productos.
- 56) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra c), de la Exención por Categorías excluye la restricción de ventas activas o pasivas a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores finales, por parte de los miembros de una red de distribución selectiva,

sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro de la red que opere fuera de un lugar no autorizado. Por consiguiente, en un sistema de distribución selectiva, como se define en el artículo 1, letra e), de la Exención por Categorías, no se pueden imponer restricciones a los distribuidores autorizados por lo que se refiere a los usuarios o los agentes de compra que actúan en nombre de tales usuarios a los que pueden vender, salvo para proteger un sistema de distribución exclusiva que funciona en otra parte (véase el apartado 51). En un sistema de distribución selectiva, el distribuidor autorizado debería gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de internet. Por tanto, el Órgano de Vigilancia de la AELC considera restricción especialmente grave cualquier obligación que disuada a los distribuidores autorizados de utilizar internet para llegar un mayor número y diversidad de clientes imponiendo criterios para las ventas en línea que no sean globalmente equivalentes a los criterios impuestos para las ventas en línea de establecimientos físicos. Esto no significa que los criterios impuestos para las ventas en línea deban ser idénticos a los impuestos para ventas fuera de línea, sino que deben perseguir los mismos objetivos y lograr resultados comparables y que la diferencia entre los criterios debe justificarse por la naturaleza diversa de estos dos modos de distribución. Por ejemplo, a fin de impedir las ventas a distribuidores no autorizados, un proveedor puede exigir a sus distribuidores seleccionados que no vendan a un usuario final individual más de una cantidad determinada de los productos objeto del contrato. Dicha exigencia puede ser más o menos estricta para las ventas en línea si es respectivamente más fácil o más difícil que un distribuidor no autorizado obtenga esos productos utilizando internet que comprándolos en un establecimiento físico. A fin de garantizar la entrega a tiempo de los productos objeto del contrato, para las ventas fuera de línea un proveedor puede exigir que los productos se entreguen inmediatamente. Si bien no puede imponerse un requisito idéntico para las ventas en línea, el proveedor puede especificar unos plazos de expedición viables para estas ventas. Es posible que tengan que formularse requisitos específicos para un servicio de ayuda posventa en línea, a fin de cubrir los costes de los clientes que devuelven el producto y para aplicar sistemas de pago seguro.

- 57) En el territorio donde el proveedor realiza la distribución selectiva, este sistema no puede combinarse con la distribución exclusiva puesto que ello llevaría a una restricción especialmente grave de la venta activa o pasiva por los distribuidores autorizados en virtud del artículo 4, letra c), de la Exención por Categorías, con la excepción de que pueden imponerse restricciones a la capacidad del distribuidor de determinar la situación de sus locales comerciales. Es posible impedir a distribuidores autorizados que desarrollen su actividad comercial en locales diferentes o que abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente. En este contexto, el uso por un distribuidor de su propia página web no puede asimilarse a la apertura de un nuevo local en un emplazamiento diferente. En caso de que el establecimiento del distribuidor autorizado sea móvil, se puede fijar una zona fuera de la cual no se puedan explotar los establecimientos móviles. Además, el proveedor puede comprometerse a suministrar solamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en una parte concreta del territorio donde se aplica el sistema de distribución selectiva.
- 58) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra d), de la Exención por Categorías hace referencia a la restricción de suministros recíprocos entre distribuidores designados dentro de un sistema de distribución selectiva. En consecuencia, un acuerdo o práctica concertada no tenga por objeto directo o indirecto impedir o restringir la venta activa o pasiva de los productos objeto del contrato entre los distribuidores seleccionados. Estos deben poder adquirir los productos contractuales a otros distribuidores designados dentro de la red que operen en el mismo o en diferente plano de la relación comercial. Por consiguiente, la distribución selectiva no puede ir unida a restricciones verticales destinadas a obligar a los distribuidores a adquirir los productos objeto del contrato exclusivamente de una única fuente. Por otra parte, también implica que dentro de una red de distribución selectiva no se pueden imponer restricciones a los mayoristas designados en lo que respecta a sus ventas del producto a minoristas designados.
- 59) La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra e), de la Exención por Categorías se refiere a los acuerdos que impiden o restringen a los usuarios finales, los reparadores independientes y los proveedores de servicios el acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante de las mismas. Los acuerdos celebrados entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos (fabricante de equipo original) no pueden impedir o restringir, ya sea directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio por parte del fabricante a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. Las restricciones indirectas pueden surgir especialmente si se restringe al proveedor de las piezas de recambio el suministro de información técnica y equipo especializado necesarios para la utilización de las piezas de recambio por parte de los usuarios, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. No obstante, el acuerdo puede imponer restricciones al suministro de piezas de recambio a los reparadores o proveedores de servicios a los que el fabricante de equipo original ha confiado la reparación o el mantenimiento de sus propios bienes. Dicho de otro modo, es posible que el fabricante de equipo original obligue a su propia red de reparación y servicio a comprarle a él las piezas de recambio.

4. Casos individuales de restricciones a las ventas especialmente graves que pueden no estar incluidos en el ámbito del artículo 53, apartado 1, o que pueden cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3

- 60) Excepcionalmente, las restricciones especialmente graves pueden ser objetivamente necesarias para un acuerdo de una naturaleza o tipo concreto ⁽¹⁾ y caer fuera del ámbito del artículo 53, apartado 1. Por ejemplo, una restricción especialmente grave puede ser objetivamente necesaria para garantizar el cumplimiento de una prohibición pública de vender sustancias peligrosas a determinados clientes por razones de salud o seguridad. Además, las empresas pueden alegar un argumento de eficiencia de conformidad con el artículo 53, apartado 3, en un caso individual. Esta sección da algunos ejemplos de restricciones a las (re)ventas, mientras que la cuestión del MPR se trata en la sección VI.2.10.
- 61) Un distribuidor que sea el primero en vender una marca nueva o el primero en vender una marca existente en un mercado nuevo, garantizando así una entrada auténtica en el mercado de referencia, puede tener que realizar inversiones sustanciales en un mercado en el que antes no había ninguna demanda de ese tipo de producto en general o de ese tipo de producto de ese productor. Estos gastos pueden ser a menudo a fondo perdido y en tales circunstancias podría suceder que el distribuidor no firmase el acuerdo de distribución sin protección durante un determinado período de tiempo contra las ventas pasivas (y activas) en su territorio o a su grupo de clientes por otros distribuidores. Por ejemplo, puede suceder en los casos en que sean necesarias inversiones sustanciales por parte del distribuidor para iniciar o desarrollar un nuevo mercado, las restricciones de las ventas pasivas por otros distribuidores en tal territorio o a tal grupo de clientes caen generalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, durante los dos primeros años en que este distribuidor venda los bienes o servicios objeto del contrato en ese territorio o a ese grupo de clientes, incluso si en general se supone que tales restricciones especialmente graves corresponden al ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1.
- 62) En el caso de una prueba auténtica de un nuevo producto en un territorio limitado o con un grupo de clientes limitado, y en caso de una introducción escalonada de un producto nuevo, los distribuidores designados para vender el nuevo producto en el mercado de prueba o para participar en la primera ronda de la introducción escalonada podrán ver restringida su venta activa fuera del mercado de prueba o del mercado donde se introduzca por primera vez el producto, sin estar sujetos al ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, durante el período necesario para la prueba o la introducción del producto.
- 63) En el caso de un sistema de distribución selectiva, los suministros cruzados entre distribuidores designados deben normalmente quedar libres (véase el apartado 58). No obstante, si los mayoristas designados situados en distintos territorios tienen que invertir en actividades promocionales en «sus» territorios para apoyar las ventas de los minoristas designados, y no es práctico precisar en el contrato las actividades de promoción exigidas, las restricciones a las ventas activas por parte de los mayoristas a los minoristas designados en los territorios de los otros mayoristas, para superar el posible parasitismo, pueden en un caso concreto cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3.
- 64) En general, el acordar que un distribuidor pagará un precio más elevado por productos destinados a ser revendidos por el distribuidor en línea que por los destinados a ser revendidos fuera de línea («precio doble»), constituye una restricción especialmente grave (véase el apartado 52). No obstante, en circunstancias especiales, dicho acuerdo podrá cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3. Tales circunstancias especiales pueden presentarse cuando el fabricante acuerde tal dualidad de precios con sus distribuidores, debido a que las ventas en línea generan más costes para el fabricante que las ventas fuera de línea. Por ejemplo, si las ventas fuera de línea incluyen instalación a domicilio por el distribuidor, mientras que las primeras no, con lo que generan más quejas de los clientes y reclamaciones en garantía al fabricante. En ese contexto, el Órgano de Vigilancia de la AELC también considerará en qué medida la restricción puede limitar las ventas por internet y obstaculizar que el distribuidor llegue a más clientes y a clientes diferentes.

⁽¹⁾ Véase el apartado 18 de la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, adoptada mediante la Decisión n° 123/04/COL (DO C 208 de 6.9.2007, p. 1, y Suplemento EEE al DO n° 42 de 6.9.2007, p. 1).

5. Restricciones excluidas por la Exención por Categorías

- 65) El artículo 5 de la Exención por Categorías excluye a determinadas obligaciones del ámbito de aplicación de la Exención por Categorías, aunque no se supere el umbral de cuota de mercado. Sin embargo, la Exención por Categorías sigue aplicándose a la parte restante del acuerdo vertical, si dicha parte es separable de las obligaciones no cubiertas por la exención.
- 66) La primera exclusión se contempla en el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Exención por Categorías y se refiere a las cláusulas de no competencia. Estas cláusulas de no competencia son acuerdos que resultan en que el comprador adquiere del proveedor o de otra empresa que éste designe más del 80 % del total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos durante el año civil precedente (tal y como lo define el artículo 1, apartado 1, letra d), de la Exención por Categorías), excluyendo la posibilidad de que el comprador adquiriera bienes o servicios de la competencia o limitando tales compras a menos del 20 % del total de sus compras. En caso de que, en el primer año después de celebrar el acuerdo, no se disponga de los datos pertinentes sobre las compras del comprador relativas al año precedente al de la suscripción del contrato, se utilizarán las mejores estimaciones de sus necesidades totales anuales. Estas cláusulas de no competencia no están cubiertas por la Exención por Categorías si su duración es indefinida o superior a cinco años. Tampoco están cubiertas por la Exención por Categorías las cláusulas de no competencia que sean renovables tácitamente tras un período de cinco años (véase el artículo 5, apartado 1, segundo párrafo). En general, las obligaciones de no competencia están exentas en virtud de dicho acto cuando su duración se limita a cinco años o menos y no existen obstáculos que impidan al comprador dar por concluida la obligación de no competencia al final del período de cinco años. Si, por ejemplo, el acuerdo establece una cláusula de inhibición de competencia de cinco años y el proveedor concede un crédito al comprador, el reembolso de dicho crédito no debería impedir al comprador dar por concluida la cláusula al término del período de cinco años. De modo análogo, si el proveedor ofrece al comprador equipos que no están específicamente destinados a la relación, el comprador debería contar con la posibilidad de hacerse con ellos a su valor de activo neto de mercado cuando la cláusula de no competencia expire.
- 67) El plazo máximo de cinco años no se aplica si el comprador revende los bienes o servicios «desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor». En tales casos la obligación de no competencia puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador (artículo 5, apartado 2, de la Exención por Categorías). La razón para la existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso. Por analogía, se aplican los mismos principios cuando el comprador opera desde un establecimiento móvil propiedad del proveedor o alquilado por el proveedor a terceros no relacionados con el comprador. No pueden acogerse a esta excepción las estrategias artificiales de propiedad, como la transferencia por el distribuidor de sus derechos de propiedad sobre el terreno y locales al proveedor por un período limitado, destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años.
- 68) En el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Exención por Categorías se establece la segunda exclusión, referida a las cláusulas de no competencia *a posteriori*. Tales obligaciones no suelen estar cubiertas por la Exención por Categorías, a menos que la obligación sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, se circunscriba al punto de venta desde el que el comprador haya operado durante el período contractual y se limite a un período máximo de 1 año (véase el artículo 5, apartado 3 de la Exención por Categorías). Según la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, letra g), de la Exención por Categorías, los conocimientos técnicos deben ser sustanciales, es decir, incluir información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales.
- 69) La tercera exclusión de la Exención por Categorías se contempla en el artículo 5, apartado 1, letra c), de dicho acto y se refiere a la venta de bienes que compiten entre sí en un sistema de distribución selectiva. La Exención por Categorías abarca la combinación de distribución selectiva con una obligación de no competir, lo que, por lo general, obliga a los distribuidores autorizados a no revender marcas competidoras. No obstante, si el proveedor impide, directa o indirectamente, que sus distribuidores autorizados adquieran a determinados proveedores competidores productos para su reventa, tal obligación no puede acogerse a la Exención por Categorías. Lo que se pretende con la exclusión de esta cláusula es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución

selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos (marginación de un proveedor competidor que constituiría una forma de boicot colectivo) ⁽¹⁾.

6. Divisibilidad

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

7. Gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución

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

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

IV. RETIRADA E INAPLICABILIDAD DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

1. Procedimiento de retirada

- 74) La presunción de legalidad que confiere la Exención por Categorías puede ser retirada si un acuerdo vertical, ya se considere aisladamente o junto con otros similares llevados a cabo por proveedores o compradores competidores, entra en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, y no reúne todas las condiciones establecidas en el artículo 53, apartado 3.

⁽¹⁾ Un ejemplo de medidas indirectas que provocan tales efectos de exclusión puede encontrarse en la Decisión 92/428/CEE de la Comisión en el asunto n° IV/33.542, *Parfums Givenchy*, DO L 236 de 19.8.1992, p. 11.

- 75) Es posible que no se reúnan las condiciones para acogerse a una exención en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53, apartado 3, en particular si el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado quedan restringidos de modo significativo por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales similares puestos en práctica por proveedores o compradores competidores. Debe considerarse que las redes paralelas de acuerdos verticales son similares si incluyen restricciones que producen efectos similares en el mercado. Esta situación se puede producir, por ejemplo, si en un mercado determinado, determinados proveedores practican una mera distribución selectiva cualitativa mientras que otros proveedores llevan a cabo una distribución selectiva cuantitativa. Tal situación también puede darse cuando, en un mercado concreto, el uso acumulativo de criterios cualitativos excluye a los distribuidores más eficientes. En tales circunstancias, la evaluación debe tener en cuenta las consecuencias contrarias a la competencia atribuibles a cada red concreta de acuerdos. Cuando proceda, la retirada puede afectar solamente a un criterio cualitativo concreto o solamente a las limitaciones cuantitativas impuestas al número de distribuidores autorizados.
- 76) La responsabilidad de un efecto acumulativo contrario a la competencia sólo puede atribuirse a aquellas empresas que contribuyen de forma notable al mismo. Los acuerdos celebrados por empresas cuya contribución al efecto acumulativo sea insignificante no se encuadran en la prohibición establecida en el artículo 53, apartado 1 ⁽¹⁾, y, por lo tanto, no están sujetos al mecanismo de retirada. La evaluación de esta contribución se llevará a cabo de conformidad con los criterios establecidos en los apartados 128 a 229.
- 77) En caso de que se aplique el procedimiento de retirada, recae en el Órgano de Vigilancia de la AELC la carga de la prueba de que el acuerdo se encuadra en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, y de que no reúne una o varias de las condiciones establecidas en el artículo 53, apartado 3. Las decisiones de retirada sólo pueden producir efecto *ex nunc*, lo que significa que los acuerdos en cuestión seguirán estando exentos hasta la fecha en que se haga efectiva la retirada.
- 78) La Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la AELC comparten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Acuerdo EEE respecto de la asignación de asuntos entre las dos autoridades, la facultad exclusiva para retirar el beneficio de la Exención por Categorías a los acuerdos verticales que restrinjan la competencia en un mercado geográfico de referencia que sea mayor que el territorio de un único Estado del EEE. Cuando el territorio de un único Estado del EEE, o una parte del mismo, constituye el mercado geográfico de referencia, el órgano de vigilancia competente y el Estado del EEE cuestión tienen competencia concurrente para la retirada.

2. Inaplicación de la Exención por Categorías

- 79) El artículo 6 de la Exención por Categorías faculta al Órgano de Vigilancia de la AELC para excluir de su ámbito de aplicación, mediante recomendación, las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia. Tal recomendación se dirigirá al Estado o Estados de la AELC que constituyan el mercado de referencia en cuestión.
- 80) Mientras que la retirada del beneficio de la Exención por Categorías implica la adopción de una decisión que pruebe la comisión por parte de una empresa individual de una infracción del artículo 53, una recomendación con arreglo al artículo 6 produce simplemente el efecto de eliminar, por lo que respecta a las restricciones y los mercados en cuestión, el beneficio de la aplicación de la Exención por Categorías y restaurar la plena aplicación del artículo 53, apartados 1 y 3. Tras la aceptación por parte de uno o varios Estados de la AELC de una recomendación del Órgano de Vigilancia de la AELC por la que se declara inaplicable la exención por categorías a determinadas restricciones verticales en un mercado específico, los criterios desarrollados por la jurisprudencia pertinente del Tribunal de la AELC y del Tribunal de Justicia y el Tribunal General, así como por las comunicaciones y las decisiones anteriores adoptadas por el Órgano de Vigilancia de la AELC, servirán de guía a la aplicación del artículo 53 a los acuerdos concretos. Cuando proceda, el Órgano de Vigilancia de la AELC adoptará decisiones en casos específicos, que pueden servir de guía a todas las empresas que operen en el mercado en cuestión.

⁽¹⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991 en el asunto C-234/89, *Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG*, Rec. 1991, p. I-935.

- 81) A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50 %, se ha de tener en cuenta cada red individual de acuerdos verticales que incluyen restricciones, o sus combinaciones, que producen efectos similares en el mercado. El artículo 6 de la Exención por Categorías no impone al Órgano de Vigilancia de la AELC la obligación de actuar en caso de que se supere el índice de cobertura del mercado del 50 %. En general, la inaplicabilidad es adecuada en caso de que sea probable que se restrinja de modo notable el acceso al mercado de referencia o la competencia dentro del mismo. Tal puede ser el caso, en particular, si redes paralelas de distribución selectiva que cubran más del 50 % de un mercado provocan la exclusión del mercado empleando criterios de selección que no son necesarios por la naturaleza de los bienes en cuestión o discriminan a determinadas formas de distribución capaces de comercializar tales bienes.
- 82) A la hora de evaluar si procede aplicar el artículo 6 de la Exención por Categorías, el Órgano de Vigilancia de la AELC considerará si la retirada individual es la solución más adecuada. Ello puede depender, entre otras cosas, del número de empresas competidoras que contribuyen a que se produzca un efecto acumulativo en un mercado o del número de mercados geográficos afectados dentro del EEE.
- 83) Toda recomendación adoptada en aplicación del artículo 6 de la Exención por Categorías debe definir claramente su ámbito de aplicación. Por consiguiente, el Órgano de Vigilancia de la AELC debe en primer lugar definir el mercado o mercados de productos y geográfico de referencia y, en segundo lugar, que debe identificar el tipo de restricción vertical en relación con la cual ya no se aplicará la Exención por Categorías. Por lo que se refiere a este último aspecto, el Órgano de Vigilancia de la AELC puede modular el ámbito de aplicación de su reglamento en función del problema de competencia que trate de resolver. Así por ejemplo, mientras que todas las redes paralelas de aquellos acuerdos del tipo de marca única deberán ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el índice de cobertura del mercado del 50 %, cabe la posibilidad, sin embargo, de que el Órgano de Vigilancia de la AELC restrinja el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicabilidad sólo a las obligaciones de no competencia que excedan de una determinada duración. Por consiguiente, es posible que los acuerdos de duración inferior o de naturaleza menos restrictiva no se vean afectados, habida cuenta del menor grado de exclusión del mercado que provocan. De modo análogo, cuando en un mercado específico se practica la distribución selectiva junto con otras restricciones tales como la obligación de no competencia o la que se impone al comprador de adquirir una determinada cantidad, cabe la posibilidad de que la recomendación de inaplicabilidad sólo afecte a tales restricciones adicionales. En su caso, el Órgano de Vigilancia de la AELC también puede ofrecer asesoramiento, indicando el nivel de cuota de mercado que, en un mercado concreto, se puede considerar insuficiente para que una empresa individual aporte una contribución significativa al efecto acumulativo.
- 84) Con arreglo al artículo 6 de la Exención por Categorías, incorporada al Acuerdo EEE (véase la adaptación prevista en el apartado 2 del anexo XIV del Acuerdo EEE), el Órgano de Vigilancia de la AELC tendrá que fijar un período transitorio de tres meses antes de que una recomendación por la que se deja de aplicar la Exención por Categorías se considere aceptada automáticamente por el Estado o Estados de la AELC destinatarios de la recomendación. Si el Estado o Estados de la AELC destinatarios de la recomendación aceptan la misma o no responden a su debido tiempo, se les impondrá la obligación legal en virtud del Acuerdo EEE de aplicar la recomendación en el plazo de tres meses tras su emisión. Esto debería permitir a las empresas afectadas adaptar sus acuerdos para tener en cuenta el alcance de la recomendación por la que se deja de aplicar la Exención por Categorías.
- 85) Una recomendación por la que se declara inaplicable la Exención por Categorías no será óbice para la exención de los acuerdos referidos durante el período anterior a su fecha de aplicación.

V. DEFINICIÓN DEL MERCADO Y CÁLCULO DE LA CUOTA DE MERCADO

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

- 86) La Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa sobre competencia del Espacio Económico Europeo⁽¹⁾ sirve de guía en relación con las normas, criterios y elementos de prueba que el Órgano de Vigilancia de la AELC emplea al plantearse las cuestiones relativas a la definición del mercado. Esta Comunicación no se analizará en mayor profundidad en las presentes Directrices y debería servir como base para las cuestiones de definición del mercado. Las presentes Directrices sólo abordarán cuestiones específicas que se plantean en el contexto de las restricciones verticales y que no se abordan en la Comunicación general.

⁽¹⁾ Decisión n° 46/98/COL, DO L 200 de 16.7.1998, p. 46, y Suplemento EEE al DO n° 28 de 16.7.1998, p. 3.

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

- 87) De conformidad con el artículo 3 de la Exención por Categorías, la cuota de mercado tanto del proveedor como del comprador son decisivas para determinar si se aplica la exención por categorías. Para que se aplique la exención por categorías, la cuota de mercado del proveedor en el mercado donde vende los productos objeto del contrato al comprador, y la cuota de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, deberán ser cada una del 30 % o menos. Para los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas, en general no es necesario calcular las cuotas de mercado (véase el apartado 11).
- 88) Para calcular la cuota de mercado de una empresa, es necesario determinar el mercado de referencia en el que esa empresa vende y compra, respectivamente, los productos objeto del contrato. A tal efecto, deben definirse el mercado de producto y el mercado geográfico de referencia. El mercado de producto de referencia abarca cualesquiera bienes o servicios que el comprador considere intercambiables por sus características, precio y uso. El mercado geográfico de referencia abarca el área en que las empresas en cuestión operan en el suministro y demanda de bienes o servicios relevantes, en la que las condiciones de competencia sean lo suficientemente homogéneas y que se pueda diferenciar de zonas geográficas vecinas como consecuencia, en particular, de que en tales áreas las condiciones de competencia sean notablemente diferentes.
- 89) La definición del mercado de productos depende, principalmente, de la posibilidad de sustitución desde el punto de vista de los compradores. Si el producto suministrado se emplea como insumo para producir otros productos y, por lo general, no es reconocible en el producto final, el mercado de producto se suele definir por las preferencias directas del comprador. Por regla general, los clientes de los compradores no tendrán una marcada preferencia en relación con los insumos empleados por los compradores. En general las restricciones verticales acordadas entre el proveedor y el comprador del insumo sólo se refieren a la venta y la adquisición del producto intermedio y no a la venta del producto resultante. En caso de distribución de bienes finales, serán las preferencias de los consumidores finales las que influirán o determinarán, por lo general, qué son sustitutos para los compradores directos. Un distribuidor, en calidad de revendedor, no puede ignorar las preferencias de los consumidores finales cuando adquiere bienes finales. Además, en el plano de la distribución es más frecuente que las restricciones verticales no sólo se refieran a la venta de productos entre proveedor y comprador, sino también a su reventa. Dado que, por lo general, compiten diversos formatos de distribución, los mercados no se suelen definir por la forma de distribución que se aplica. En caso de que los proveedores vendan, por lo general, una gama de productos, es posible que toda la gama determine el mercado de productos si son las gamas y no los productos individuales los que los compradores consideran sustitutos. Como los distribuidores son compradores profesionales, el mercado al por mayor geográfico es generalmente más amplio que el mercado al por menor, donde el producto se revende a consumidores finales. A menudo, esto llevará a la definición de mercados al por mayor nacionales o más amplios. Pero también los mercados al por menor podrán ser más amplios que la zona de búsqueda de los consumidores finales cuando existan unas condiciones de mercado homogéneas y zonas de captación locales o regionales que se solapen.
- 90) En caso de que un acuerdo vertical implique a tres partes, cada una de las cuales opere en un nivel distinto de intercambios, la cuota de mercado de cada parte tendrá que ser del 30 % o menos para que se aplique la exención por categorías. Según se especifica en el artículo 3, apartado 2, de la Exención por Categorías, cuando en un acuerdo entre varias partes, una empresa adquiere los bienes o servicios objeto del contrato a una de las partes del acuerdo y los vende a otra de las partes del acuerdo, la exención por categorías se aplica sólo si su cuota de mercado no excede del umbral del 30 % tanto en calidad de comprador como en calidad de proveedor. Si, por ejemplo, en un acuerdo celebrado entre un fabricante, un mayorista (o asociación de minoristas) y un minorista se acuerda una cláusula de no competencia, entonces la cuota de mercado del fabricante y la del mayorista (o asociación de minoristas) en sus mercados respectivos no podrá exceder del 30 % y la cuota de mercado del mayorista (o asociación de minoristas) y del minorista no podrá exceder del 30 % en sus respectivos mercados de compra, para poder acogerse a la exención por categorías.
- 91) En caso de que un proveedor produzca tanto el equipo original como las piezas de recambio o sustitución de ese equipo, el proveedor será a menudo el único o el principal proveedor en los mercados secundarios de las piezas de recambio y sustitución. También puede darse esta situación cuando el proveedor (proveedor de equipo original) subcontrate la fabricación de las piezas de recambio o sustitución. El mercado de referencia para la aplicación de la Exención por Categorías puede ser el de equipo original, incluyendo las piezas de recambio, o bien un mercado de equipo

original y un mercado secundario distintos, dependiendo de las circunstancias del caso, como pueden ser los efectos de las restricciones implicadas, la duración del equipo y la importancia de los costes de reparación o sustitución⁽¹⁾. En la práctica, lo que debe decidirse es si una proporción significativa de compradores toman su decisión teniendo en cuenta los costes durante la vida del producto. En caso afirmativo, esto indica que existe un mercado conjunto para el equipo original y las piezas de recambio.

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

3. Cálculo de las cuotas de mercado con arreglo a la Exención por Categorías

- 93) El cálculo de la cuota de mercado debe basarse en principio en cifras de valor de mercado. En caso de que no se disponga de éstas, se pueden realizar estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, tales como las cifras de volumen de ventas (véase el artículo 7, letra a)), de la Exención por Categorías).
- 94) La producción interna, es decir, la de un producto intermedio para uso propio, puede tener gran importancia en un análisis de competencia, ya que puede constituir un obstáculo serio a la misma o acentuar la posición de mercado de una empresa. No obstante, a efectos de la definición del mercado y del cálculo de la cuota de mercado de los bienes y servicios intermedios, la producción interna no se tomará en cuenta.
- 95) No obstante, en caso de distribución dual de bienes finales, es decir, cuando un fabricante de un producto final actúa también como distribuidor en el mercado, la definición del mercado y el cálculo de la cuota de mercado deben incluir los bienes vendidos por el productor y sus competidores mediante distribuidores integrados y agentes (véase el artículo 7, letra c)), de la Exención por Categorías). Los distribuidores integrados son empresas vinculadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la Exención por Categorías⁽²⁾.

VI. ORIENTACIONES PARA LA EVALUACIÓN DE CASOS INDIVIDUALES

1. Marco de análisis

- 96) Fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías es importante examinar si en el caso individual de que se trate el acuerdo está sujeto a lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, y, en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 3 de dicho artículo. A condición de que no contengan restricciones de la competencia por el objeto y en especial restricciones especialmente graves de la competencia, no se presume que los acuerdos verticales que quedan fuera de la

⁽¹⁾ Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto *Pelikan contra Kyocera* (1995), COM(96) 126 (no publicada), punto 87, y la Decisión 91/595/CE de la Comisión en el asunto IV/M.12 *Varta contra Bosch*, DO L 320 de 22.11.1991, p. 26; Decisión de la Comisión en el asunto IV/M.1094 *Caterpillar contra Perkins Engines*, DO C 94 de 28.3.1998, p. 23; y Decisión de la Comisión en el asunto IV/M.768 *Lucas contra Varsity*, DO C 266 de 13.9.1996, p. 6. Véase también el apartado 56 de la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia del Espacio Económico Europeo (véase el apartado 86).

⁽²⁾ A efectos de la definición de mercado y del cálculo de la cuota de mercado, no es pertinente si el distribuidor integrado vende además productos de competidores.

exención por categorías porque se excede el umbral de cuota de mercado estén cubiertos por el artículo 53, apartado 1, o no cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3. Es preciso hacer una evaluación de los efectos probables del acuerdo. Se anima a las empresas a que hagan su propia evaluación. Los acuerdos que no restringen la competencia en el sentido del artículo 53, apartado 1, o que cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3, son válidos y aplicables. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, del acto mencionado en el apartado 3 del artículo 3, apartado 1, del Protocolo 21 del Acuerdo EEE (Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 ⁽¹⁾) relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE y en el artículo 1, apartado 2, del capítulo II del Protocolo 4 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, no es necesario hacer ninguna notificación para beneficiarse de una exención individual de conformidad con el artículo 53, apartado 3. En caso de que el Órgano de Vigilancia de la AELC proceda a un análisis individual, recaerá sobre él la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1. En cambio, las empresas que invoquen el beneficio de las disposiciones del artículo 53, apartado 3, deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones de dicho apartado. Cuando se demuestre la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar sus alegaciones de eficiencia y explicar porqué un determinado sistema de distribución es indispensable para aportar beneficios a los consumidores sin eliminar la competencia, antes de que el Órgano de Vigilancia de la AELC decida si el acuerdo cumple las condiciones del artículo 53, apartado 3.

- 97) La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación actual o la futura situación probable en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo. En la evaluación de casos individuales, el Órgano de Vigilancia de la AELC tendrá en cuenta, según el caso, tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia por efecto deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios ⁽²⁾. Estos efectos negativos probables sobre la competencia deben ser apreciables. Los efectos anticompetitivos apreciables son probables cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo. Poder de mercado es la capacidad de mantener los precios por encima de los niveles competitivos o la producción en términos de cantidades de producto, calidad y variedad del producto o innovación por debajo de los niveles competitivos durante un período de tiempo que no sea insignificante. En principio el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 53, apartado 1, es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 54.
- 98) Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales. La razón principal de concentrarse en las restricciones horizontales estriba en que pueden consistir en acuerdos entre competidores que produzcan bienes o servicios idénticos o intercambiables. En tales relaciones horizontales, el poder de mercado que ejerce una empresa (el poder de fijar un precio más elevado de su producto) puede beneficiar a sus competidores. Ello puede suponer un incentivo para inducir a los competidores a actuar de modo contrario a la competencia. En las relaciones verticales el producto de uno es el insumo de otro, lo que quiere decir que las actividades de las partes del acuerdo son complementarias. En consecuencia, el poder de mercado ejercido por la empresa del mercado anterior o la del mercado posterior influiría, por lo general, negativamente en la demanda del producto de la otra. Las empresas participantes en el acuerdo pueden, por lo tanto, contar con un incentivo para impedir el ejercicio del poder de mercado por la otra.
- 99) No obstante, este carácter autorregulador no debe ser sobrestimado. Cuando una empresa carece de poder de mercado, sólo puede intentar incrementar sus beneficios mediante la optimización de sus procesos de fabricación y distribución, recurriendo o no a la ayuda de las restricciones verticales. Más generalmente, debido al papel complementario de las partes de un acuerdo vertical para sacar un producto al mercado, las restricciones verticales pueden proporcionar un margen sustancial para la eficiencia. No obstante, cuando una empresa tiene poder de mercado, puede también intentar incrementar sus beneficios a expensas de sus competidores directos mediante un incremento de los costes de éstos y a expensas de sus compradores y, en último término, de sus consumidores intentando apropiarse parte de sus excedentes. Esto puede ocurrir cuando la empresa que se encuentra en la fase anterior del proceso productivo y la que se encuentra en la fase posterior se reparten los beneficios extraordinarios o cuando una de las dos impone restricciones verticales apropiándose así de todos los beneficios extraordinarios.

⁽¹⁾ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1, incorporado al Acuerdo EEE por Decisión del Comité Mixto del EEE n° 130/2004, DO L 64 de 10.3.2005, p. 57, y Suplemento EEE al DO n° 12 de 10.3.2005, p. 42, entrada en vigor el 19.5.2005.

⁽²⁾ Véase la sección II.1.

1.1 *Consecuencias negativas de las restricciones verticales*

- 100) Las consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales que la normativa de competencia del EEE pretende evitar son las siguientes:
- a) exclusión contraria a la competencia de otros proveedores u otros compradores poniendo obstáculos a la entrada o a la expansión;
 - b) relajación de la competencia entre el proveedor y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos proveedores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intermarca ⁽¹⁾;
 - c) relajación de la competencia entre el comprador y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos competidores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intramarca, si afecta a la competencia de los distribuidores por razón de la marca o producto del mismo proveedor;
 - d) creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de la UE o Estado de la AELC de su elección.
- 101) La exclusión, la relajación de la competencia y la colusión al nivel del fabricante pueden perjudicar a los consumidores, en especial mediante el aumento de los precios al por mayor de los productos, la limitación en la elección de productos, la disminución de su calidad o la reducción del nivel de innovación de producto. La exclusión, relajación de la competencia y colusión al nivel de los distribuidores puede perjudicar a los consumidores en especial aumentando los precios al por menor de los productos, limitando la elección de combinaciones precio-servicio y los formatos de distribución, reduciendo la disponibilidad y calidad de los servicios al por menor y reduciendo el nivel de innovación de la distribución.
- 102) En un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a una reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, pero puede no tener un efecto negativo en la competencia entre los distribuidores en general. En tal caso, si la competencia intermarca es feroz, es poco probable que una reducción de la competencia intramarca tenga efectos negativos para los consumidores.
- 103) Los acuerdos exclusivos son, por lo general, más perniciosos para la competencia que los no exclusivos. Los acuerdos exclusivos hacen, mediante la redacción explícita del contrato o sus efectos prácticos, que una parte se abastezca total o casi totalmente de otra parte. Así por ejemplo, en el marco de una cláusula de no competencia, el comprador adquiere una sola marca, mientras que, por otro lado, la obligación de adquirir una cantidad determinada deja al comprador algún margen para adquirir bienes que compitan entre sí. Por consiguiente, el grado de exclusión del mercado puede ser menor con la obligación de adquirir una cantidad determinada.
- 104) Las restricciones verticales relativas a los bienes y servicios que no tienen marca son, por lo general, menos perniciosas que las que afectan a la distribución de bienes y servicios de marca. La marca tiende a aumentar la diferenciación entre productos y a reducir la posibilidad de sustitución de los mismos, lo que provoca una menor elasticidad de la demanda y una mayor posibilidad de incrementar los precios. A menudo, la distinción entre bienes o servicios de marca y sin marca coincidirá con la distinción entre bienes y servicios intermedios y bienes y servicios finales.

⁽¹⁾ Por colusión se entiende tanto la explícita como la tácita (comportamiento paralelo consciente).

- 105) En general, la combinación de restricciones verticales potencia a menudo sus efectos negativos individuales. Sin embargo, determinadas combinaciones de restricciones verticales son menos nocivas para la competencia que si se aplican aisladamente. Así por ejemplo, en un sistema de distribución exclusiva, es posible que el distribuidor tenga la tentación de incrementar el precio de los productos al haberse reducido la competencia intramarca. Estos incrementos de precios pueden limitar la utilización de una obligación de adquirir una cantidad determinada o el establecimiento de un precio máximo de reventa. Los posibles efectos negativos de las restricciones verticales se ven reforzados cuando varios proveedores y sus compradores organizan su actividad de modo similar, dando lugar a los llamados efectos acumulativos.

1.2. Efectos positivos de las restricciones verticales

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

- a) Resolver un problema de «parasitismo». Un distribuidor puede aprovecharse de las actividades de promoción realizadas por otro. Este tipo de problemas se da con más frecuencia a escala mayorista y minorista. Es posible que los acuerdos de distribución exclusiva o restricciones similares contribuyan a evitar este problema de parasitismo. Este fenómeno también puede darse entre proveedores, en el caso, por ejemplo, de que uno invierta en actividades de promoción en los locales del comprador, por lo general a escala minorista, que también puede atraer a los clientes de sus competidores. Las restricciones del tipo de la cláusula de no competencia pueden contribuir a resolver esta situación de parasitismo ⁽¹⁾.

Para que exista una situación problemática, debe darse un verdadero caso de parasitismo. Entre compradores el problema sólo puede plantearse en los servicios preventa y otras actividades promocionales y nunca en los de posventa en los que el distribuidor puede cobrar a sus clientes individualmente. Por lo general, el producto tendrá que ser relativamente nuevo o complejo desde el punto de vista técnico o la reputación del producto debe ser un determinante importante de su demanda, dado que, de no ser así, es muy posible que el cliente sepa perfectamente lo que quiere por haberlo adquirido anteriormente. Por otra parte, el producto debe tener un valor razonablemente elevado, dado que, en caso contrario, no sería lo suficientemente atractivo para que un cliente acudiese a un establecimiento a informarse y a otro a adquirirlo. En último término, no debe ser práctico para el proveedor imponer de forma contractual a todos los compradores condiciones efectivas de promoción o servicio.

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

- b) «Abrir nuevos mercados o introducirse en ellos»: En el caso de que un fabricante desee introducirse en un nuevo mercado geográfico, por ejemplo, exportando por primera vez a otro país, ello puede implicar la realización de «inversiones iniciales» específicas por parte del distribuidor para introducir la marca en el mercado. Para convencer a un distribuidor local de que realice estas inversiones, cabe la posibilidad de que sea necesario ofrecer protección territorial al distribuidor, de forma que pueda recuperar estas inversiones fijando un precio más elevado temporalmente. En ese caso, durante un período limitado de tiempo se debería restringir a los distribuidores establecidos en otros mercados que vendiesen en el nuevo mercado (véase también el apartado 61 de la sección III.4). Este es un caso especial del problema de parasitismo descrito en el punto a).

⁽¹⁾ El que los consumidores se beneficien realmente de los esfuerzos promocionales adicionales depende de si la promoción adicional informa y convence y beneficia por tanto a muchos nuevos clientes o alcanza principalmente a los clientes que ya saben qué quieren comprar y para los cuales la promoción adicional implica única o principalmente un incremento de los precios.

- c) La cuestión del «parasitismo de certificado»: En algunos sectores, determinados minoristas tienen reputación por vender únicamente «buenos» productos. En tales casos, vender a través de estos minoristas puede ser de vital importancia para introducir nuevos productos. Si, en un principio, el fabricante no puede limitar sus ventas a los establecimientos de calidad corre el riesgo de que su producto no se oferte, por lo que la introducción del mismo podría fracasar. Se podría, por consiguiente, justificar por un período determinado una restricción del tipo de distribución exclusiva o distribución selectiva que sea suficiente para garantizar la introducción del nuevo producto, pero no tan prolongada que impida su difusión a gran escala. Estos beneficios son más comunes con bienes complejos que representan una compra relativamente importante para el consumidor final.
- d) El denominado «problema de la cautividad»: A veces el proveedor o el comprador deben realizar inversiones destinadas específicamente a los clientes, por ejemplo, en equipos especiales o en formación. Tal es el caso, por ejemplo, de un fabricante de componentes que tenga que construir nuevas máquinas y herramientas para satisfacer la demanda específica de uno de sus clientes. Cabe la posibilidad de que el inversor no lleve a cabo las inversiones necesarias antes de que se llegue a unos acuerdos de suministro previos.

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

- e) El «problema específico de cautividad que se puede plantear en caso de transferencia de conocimientos técnicos sustanciales»: Una vez que se facilitan conocimientos técnicos no se pueden recuperar y es posible que el proveedor de estos conocimientos no desee que sean utilizados para o por sus competidores. En la medida en que el comprador no dispusiese con facilidad de los conocimientos técnicos, y estos fuesen sustanciales e indispensables para la ejecución del acuerdo, esta transferencia puede justificar una restricción del tipo de no competencia y no se encuadraría en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1.
- f) La «cuestión de la externalidad vertical». Un minorista puede no obtener todos los beneficios de las medidas tomadas para mejorar las ventas; algunos de ellos puede quedárselos el fabricante. Por cada unidad adicional que un minorista vende bajando su precio de reventa o aumentando su esfuerzo de venta, el fabricante se beneficia si su precio al por mayor es superior a su coste de producción marginal. Así pues, puede haber una externalidad positiva para el fabricante debido a las acciones del minorista, y desde la perspectiva del fabricante el minorista puede estar fijando precios demasiado elevados o realizando pocos esfuerzos de ventas. La externalidad negativa derivada de que el minorista fije precios demasiado altos se llama a veces «problema de doble marginalización», que puede evitarse imponiendo un precio de reventa máximo al minorista⁽¹⁾. Para aumentar los esfuerzos de ventas del minorista, pueden resultar útiles la distribución selectiva, la distribución exclusiva o restricciones similares.
- g) «Economías de escala en la distribución»: Para realizar economías de escala y, por consiguiente, lograr para su producto un precio minorista inferior, cabe la posibilidad de que el fabricante desee concentrar la reventa de su producto en un número reducido de distribuidores. Para ello podría recurrir a la distribución exclusiva, la obligación de venta de una cantidad fija en forma de un acuerdo de compra mínimo, la distribución selectiva que incluya esta condición, o la compra exclusiva.

⁽¹⁾ Véase, sin embargo, la nota anterior.

- h) «Imperfecciones del mercado de capital»: Los proveedores habituales de capital (bancos, mercados de capitales) pueden ofrecer capital de forma inferior a la óptima si cuentan con una información deficiente sobre la calidad del prestatario o si existe una base inadecuada para garantizar el préstamo. Cabe la posibilidad de que el comprador o el proveedor cuente con una información más completa y esté en condiciones, mediante una relación exclusiva, de obtener mayor seguridad para su inversión. En caso de que el proveedor conceda el préstamo al comprador, ello puede conducir a la imposición a este último de una cláusula de no competencia o una obligación de compra de una cantidad determinada. Si es el comprador el que facilita el crédito al proveedor, ello puede ser la razón de que se aplique al proveedor una obligación de suministro exclusivo o de imposición de una cantidad obligatoria.
- i) «Uniformidad y normalización de la calidad». Una restricción vertical puede contribuir al incremento de las ventas mediante la creación de una imagen de marca, algo que aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad. Este fenómeno puede verse, por ejemplo, en la distribución selectiva y la franquicia.
- 108) Estas nueve situaciones enumeradas en el apartado 107 ponen de relieve que, en determinadas condiciones, resulta probable que los acuerdos verticales contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de nuevos mercados y que ello puede compensar los posibles efectos negativos. En términos generales, deben apoyarse las restricciones verticales de duración limitada que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones. En ocasiones las restricciones verticales son necesarias siempre que el proveedor venda su producto al comprador (véanse especialmente las situaciones descritas en el apartado 107, letras a), e), f), g) e i)).
- 109) Existe un alto grado de intercambiabilidad entre las diferentes restricciones verticales, lo que implica que distintas restricciones verticales pueden resolver el mismo problema de ineficiencia. Así por ejemplo, las economías de escala en la distribución se pueden lograr utilizando la distribución exclusiva, la distribución selectiva, la imposición de una cantidad fija o la compra exclusiva. Sin embargo, la posibilidad de que los efectos negativos sobre la competencia difieran entre las distintas restricciones verticales debe tenerse en cuenta cuando se evalúa el carácter indispensable con arreglo al artículo 53, apartado 3.

1.3. Metodología de análisis

- 110) La evaluación de una restricción vertical consta, por lo general, de los cuatro pasos siguientes ⁽¹⁾:
- a) En primer lugar, las empresas implicadas deben establecer las cuotas de mercado del proveedor y del comprador en el mercado donde venden y compran respectivamente los productos objeto del contrato.
- b) Si la cuota de mercado pertinente del proveedor y del comprador no exceden cada una del umbral del 30 %, será aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en la Exención por Categorías, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y de las restricciones excluidas en las condiciones establecidas en dicho acto.
- c) Si la cuota de mercado pertinente es superior al umbral del 30 % para el proveedor o el comprador, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1.
- d) Si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, debe examinarse si cumple las condiciones para la exención con arreglo al artículo 53, apartado 3.

⁽¹⁾ Estos pasos no suponen un razonamiento legal que el Órgano de Vigilancia de la AELC deba seguir en este orden para adoptar una decisión.

1.3.1. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 53, apartado 1

- 111) Para evaluar los casos en que se supere el umbral de cuota de mercado del 30 %, el Órgano de Vigilancia de la AELC efectuará un análisis completo desde el punto de vista de la competencia. Los siguientes factores son los más importantes a la hora de determinar si un acuerdo vertical constituye una restricción apreciable a la competencia de conformidad con el artículo 53, apartado 1:
- a) naturaleza del acuerdo;
 - b) posición de mercado de las partes;
 - c) posición de mercado de los competidores;
 - d) posición de mercado de los compradores de los productos objeto del contrato;
 - e) barreras de entrada;
 - f) madurez del mercado;
 - g) nivel de comercio;
 - h) naturaleza del producto;
 - i) otros factores.
- 112) La importancia de cada factor puede variar según el caso y depende de los demás factores. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado de las partes constituye, por lo general, una clara indicación de poder de mercado, pero puede no ser un indicador fiable cuando las barreras de entrada son poco importantes. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas sobre la importancia de cada factor.
- 113) Los acuerdos verticales pueden revestir muchas formas. Es por tanto importante analizar la naturaleza del acuerdo en términos de las restricciones que contiene, la duración de dichas restricciones y el porcentaje de ventas totales en el mercado afectado por las restricciones. Puede ser necesario ir más allá de los términos expresos del acuerdo. De la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas.
- 114) La posición de mercado de las partes nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado que tienen el proveedor, el comprador o ambos. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. Así ocurre especialmente cuando la cuota de mercado refleja ventajas en materia de costes u otras ventajas competitivas respecto de los competidores. Dichas ventajas competitivas pueden resultar por ejemplo de ser empresa pionera en el mercado (tener el mejor sitio, etc.), de tener patentes esenciales o de tener tecnología superior, de ser el líder de marca o de tener una cartera superior.

- 115) Dichos indicadores, a saber, la cuota de mercado y las posibles ventajas competitivas, se emplean para describir la posición de mercado de los competidores. Cuanto más fuertes y numerosos sean los competidores, menos peligro habrá de que las partes puedan ejercer individualmente su poder de mercado y excluir a alguien del mismo o reducir la competencia. Es también pertinente considerar si hay estrategias contrarias efectivas y oportunas que podrían desplegar los competidores. Sin embargo, si el número de competidores se reduce considerablemente y su posición de mercado (tamaño, costes, potencial de I+D) es similar a grandes rasgos, dicha estructura de mercado puede aumentar el riesgo de colusión. Las cuotas de mercado fluctuantes o cambiantes son normalmente una indicación de la existencia de competencia.
- 116) La posición de mercado de los clientes de las partes da una indicación de si uno o más de estos clientes goza de poder de compra. El primer indicador del poder de compra es la cuota de mercado del comprador en el mercado en que se realizan las compras. Dicha cuota refleja la importancia que tiene su demanda para posibles proveedores. Otros indicadores se basan en la posición del comprador en su mercado de reventa, incluidos aspectos tales como la cobertura geográfica de sus puntos de venta, la utilización de marcas propias, incluidas las etiquetas privadas, y su imagen de marca entre los consumidores finales. En algunas circunstancias el poder del comprador puede impedir que las partes ejerzan su poder de mercado, evitándose así los problemas de competencia que se habrían planteado. Así sucede especialmente cuando hay compradores fuertes que están en condiciones de traer nuevas fuentes de suministro al mercado y les resulta interesante hacerlo si se produce un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos. Cuando un comprador importante obtiene simplemente del proveedor unas condiciones favorables o se limita a repercutir en sus clientes los incrementos de precios, no cabe considerar que goza de una posición que le permite impedir que las partes ejerzan su poder de mercado.
- 117) Las barreras de entrada vienen determinadas por la capacidad de las empresas ya presentes en el mercado de aumentar su precio por encima del nivel competitivo sin provocar la entrada de otros competidores. En ausencia de barreras de entrada, la entrada fácil y rápida de otros competidores hace que tales incrementos no sean rentables. Cuando es probable que la entrada efectiva de competidores que impidan o dificulten el ejercicio de poder de mercado se produzca en el plazo de uno o dos años, cabe afirmar, por regla general, que las barreras de entrada son de escasa importancia. Las barreras de entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos: Las barreras de entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance, normativas vigentes, especialmente si establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad de recursos cuya oferta es limitada debido a, por ejemplo, limitaciones naturales ⁽¹⁾, instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa pionera y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo. Las restricciones verticales y la integración vertical pueden también actuar como obstáculo a la entrada, por dificultar el acceso y excluir a competidores (potenciales). Los obstáculos a la entrada pueden estar presentes sólo en el nivel de los proveedores, en el de los compradores o en ambos. Algunos de estos factores pueden considerarse barreras de entrada en función particularmente de si conllevan costes irrecuperables. Se denominan costes a fondo perdido los costes en que debe incurrirse a fin de entrar o mantenerse activo en un mercado, pero que se pierden al abandonar el mismo. Los costes en publicidad para obtener la fidelidad del consumidor constituyen por lo general costes irrecuperables, a menos que la empresa, al abandonar el mercado, pueda vender su marca o utilizarla en otro mercado sin sufrir pérdidas. Cuantos más costes irrecuperables haya, más cuidadosamente deberán sopesar los competidores potenciales el riesgo de entrar en el mercado y más creíbles serán las amenazas de los operadores ya establecidos de contrarrestar su competencia, ya que los costes irrecuperables hacen muy gravoso para las empresas ya establecidas abandonar el mercado. Por ejemplo, si los distribuidores están vinculados a un fabricante en virtud de obligaciones de no competencia, el efecto de exclusión será más acusado si para el potencial participante la creación de sus propios distribuidores supone incurrir en costes a fondo perdido. Entrar en un mercado normalmente conlleva ciertos costes irrecuperables, de mayor o menor cuantía. Por lo tanto, la competencia efectiva generalmente es más eficaz y debe pesar más en el análisis de un asunto que la competencia potencial.
- 118) Un mercado maduro es un mercado que ha existido durante cierto tiempo, en el que la tecnología empleada es conocida, está extendida y no ha experimentado cambios importantes, en el que no se producen innovaciones de importancia en materia de marcas y la demanda se mantiene relativamente estable o en descenso. En un mercado de este tipo, los efectos negativos son más probables que en mercados más dinámicos.
- 119) El nivel de comercio guarda relación con la distinción entre bienes y servicios intermedios y finales. Los bienes y servicios intermedios se venden a empresas para ser utilizados como insumo con vistas a producir otros bienes o servicios y, por lo general, no pueden reconocerse en los bienes o servicios finales. Los compradores de productos intermedios suelen ser clientes bien informados, capaces de

⁽¹⁾ Véase la Decisión de la Comisión 97/26/CE (asunto n° IV/M.619 *Gencor contra Lonrho*), DO L 11 de 14.1.1997, p. 30.

reconocer la calidad y, por lo tanto, menos influidos por cuestiones como marca e imagen. Los bienes finales se venden, directa o indirectamente, a los consumidores finales, que, a menudo, se fijan más en la marca y la imagen. Habida cuenta de que los distribuidores deben responder a la demanda de los consumidores finales, cabe la posibilidad de que la competencia entre distribuidores se resienta más si se impide a determinados distribuidores vender una o varias marcas que si se prohíbe a los compradores de productos intermedios el acceso a productos competidores de determinadas fuentes de suministro.

- 120) La naturaleza del producto desempeña un papel, especialmente en el caso de los productos finales, a la hora de evaluar los efectos probables, tanto positivos como negativos. A la hora de evaluar los probables efectos negativos, es importante saber si los productos en el mercado son homogéneos o heterogéneos, si el producto es costoso, si supone una proporción amplia del presupuesto del consumidor, si es barato, si es una compra única o si se compra en varias ocasiones. En general, cuando el producto es más heterogéneo, menos costoso y tiene mayor carácter de compra única, es más probable que las restricciones verticales tengan efectos negativos.
- 121) Al evaluar las restricciones específicas, puede ser preciso prestar atención a otros factores. Entre éstos puede figurar el efecto acumulativo, es decir, la cobertura del mercado por acuerdos similares, la duración de los acuerdos, si el acuerdo es «impuesto» (cuando sobre todo una parte está sometida a restricciones u obligaciones) o «acordado» (cuando ambas partes aceptan las restricciones u obligaciones), el entorno reglamentario y aquellos comportamientos que puedan ocasionar o facilitar la colusión, como el liderazgo en materia de precios, los cambios de precios anunciados previamente y los debates sobre el precio «correcto», la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad, la discriminación de precios y el pasado comportamiento colusorio.

1.3.2. Factores pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 53, apartado 3

- 122) Hasta los acuerdos verticales restrictivos producen, en su mayoría, efectos procompetitivos consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos. Dicha evaluación se realiza en el marco del artículo 53, apartado 3, que contiene una excepción a la prohibición del apartado 1 del mismo artículo. Para que esta excepción sea aplicable, el acuerdo vertical debe producir beneficios económicos objetivos, las restricciones de la competencia deben ser indispensables para conseguir las eficiencias, se ha de reservar a los consumidores una participación equitativa en las eficiencias obtenidas y el acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate ⁽¹⁾.
- 123) 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 ⁽²⁾ 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 ⁽³⁾. 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.
- 124) La primera condición del artículo 53, apartado 3, exige una evaluación de los beneficios objetivos en términos de eficiencias generadas por el acuerdo. A este respecto, los acuerdos verticales tienen a menudo potencial para ayudar a conseguir eficiencias, según lo explicado en la sección 1.2, mejorando la manera en que las partes realizan sus actividades complementarias.

⁽¹⁾ Véase la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, adoptada mediante la Decisión nº 123/04/COL (DO C 208 de 6.9.2007, p. 1, y Suplemento EEE al DO nº 42 de 6.9.2007, p. 1).

⁽²⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados 25/84 y 26/84, *Ford*, Rec. 1985, p. 2725.

⁽³⁾ Sobre este punto, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión 1999/242/CE en el asunto nº IV/36.237 – TPS, DO L 90 de 2.4.1999, p. 6. Del mismo modo, la prohibición del artículo 53, apartado 1, sólo se aplica mientras el acuerdo tenga por objeto o por efecto restringir la competencia.

- 125) Al hacer la prueba de la indispensabilidad del artículo 53, apartado 3, el Órgano de Vigilancia de la AELC examinará sobre todo si las restricciones individuales hacen posible que la producción, compra o reventa de los productos objeto del contrato se realice de manera más eficiente que en su ausencia. Al efectuar esta evaluación debe atenderse a las condiciones del mercado y a las circunstancias que afrontan las partes del acuerdo. No se exige a las empresas que invocan el artículo 53, apartado 3, que consideren alternativas hipotéticas y teóricas. Pero sí deben explicar y demostrar por qué resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo alternativas aparentemente realistas y bastante menos restrictivas. Si el resultado de la prueba es que con una alternativa comercialmente realista menos restrictiva se perderían muchas eficiencias, la restricción se considera indispensable.
- 126) La condición de reservar a los consumidores una participación equitativa en los beneficios implica que los consumidores de los productos adquiridos o revendidos en virtud del acuerdo vertical deben al menos ser compensados por los efectos negativos del acuerdo ⁽¹⁾. Esto significa que los aumentos de eficiencia deben compensar plenamente el probable impacto negativo del acuerdo sobre los precios y la producción y otros factores pertinentes causados por el acuerdo.
- 127) La última condición del artículo 53, apartado 3, a saber, que el acuerdo no ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, presupone un análisis de las presiones competitivas subsistentes en el mercado y del impacto del acuerdo sobre tales fuentes de competencia. Al aplicar esta última condición, hay que tener en cuenta la relación entre el artículo 53, apartado 3, y el artículo 54. Conforme a la jurisprudencia reiterada en la materia, la aplicación del artículo 53, apartado 3, no obsta para la aplicación del artículo 54 ⁽²⁾. Es más, dado que tanto el artículo 53 como el 54 persiguen el objetivo de mantener la competencia efectiva en el mercado, por coherencia hay que interpretar que el artículo 53, apartado 3, excluye la aplicación de la excepción a los acuerdos restrictivos que constituyen un abuso de posición dominante ⁽³⁾. El acuerdo vertical puede no eliminar la competencia efectiva, suprimiendo todas o la mayoría de las fuentes existentes de competencia real o potencial. La rivalidad entre empresas es un factor esencial de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. En ausencia de la misma, la empresa dominante carecerá de incentivos adecuados para continuar creando y transmitiendo aumentos de eficiencia. En los casos en que no hay ninguna competencia residual y ninguna amenaza previsible de entrada, la protección de la rivalidad y del proceso competitivo compensa los posibles aumentos de eficiencia. Un acuerdo restrictivo que mantiene, crea o consolida una posición de mercado cercana a un monopolio no puede normalmente justificarse porque también cree un aumento de la eficiencia.

2. Análisis de restricciones verticales específicas

- 128) Seguidamente se analizan las restricciones verticales más frecuentes y sus combinaciones siguiendo la metodología de análisis expuesta en los apartados 96 a 127. Existen otras restricciones y combinaciones para las que no se proporcionan orientaciones directas en estas Directrices. No obstante, serán tratadas según los mismos principios y con el mismo énfasis respecto a su efecto en el mercado.

2.1. Marca única

- 129) Bajo la denominación de «marca única» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Entre otras, se incluyen en este grupo la cláusula de no competencia y la de imposición de

⁽¹⁾ Véase el apartado 85 de la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, adoptada mediante la Decisión n° 123/04/COL (DO C 208 de 6.9.2007, p. 1, y Suplemento EEE al DO n° 42 de 6.9.2007, p. 1).

⁽²⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia en 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 de Acuerdo EEE 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 la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, apartado 120.

⁽³⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, p. II-309. Véase también el apartado 106 de la Comunicación del Órgano de Vigilancia de la AELC – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, adoptada mediante la Decisión n° 123/04/COL (DO C 208 de 6.9.2007, p. 1, y Suplemento EEE al DO n° 42 de 6.9.2007, p. 1).

cantidades fijas al comprador. Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera más del 80 % de sus necesidades a un solo proveedor. Esto no significa que el comprador solo pueda comprar directamente al proveedor, sino que no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores. La imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor. La imposición de cantidades puede, por ejemplo, adoptar la forma de obligaciones de compras mínimas, obligaciones de almacenamiento o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por fidelidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad). Es previsible que la denominada «cláusula inglesa», que obliga al comprador a informar de cualquier oferta mejor y únicamente le permite aceptar tal oferta cuando el proveedor no pueda hacer una oferta semejante, tenga el mismo efecto que una obligación de marca única, especialmente cuando el comprador debe revelar quién hace la mejor oferta.

- 130) Los posibles riesgos de competencia de la marca única residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, el debilitamiento de la competencia y la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia intermarca dentro de los comercios. Dichos efectos restrictivos tienen consecuencias directas para la competencia intermarca.
- 131) La marca única goza de exención con arreglo a la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no superan ninguna el 30 %, con una limitación a cinco años en caso de obligación de no competencia. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar casos individuales por encima del umbral de cuota de mercado o superado el plazo de cinco años.
- 132) La capacidad de las obligaciones de marca única de un proveedor específico de dar lugar a una exclusión contraria a la competencia surge en especial cuando, sin dichas obligaciones, se ejerce una importante presión competitiva por los competidores que aún no están presentes en el mercado en el momento de concluirse las obligaciones, o que no están en condiciones de competir por la totalidad del suministro de los clientes. Los competidores pueden no estar en condiciones de competir por toda la demanda de un cliente individual porque el proveedor en cuestión sea un socio comercial inevitable por lo menos para parte de la demanda en el mercado, por ejemplo porque su marca es un producto imprescindible por ser preferido por muchos consumidores finales o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda sólo puede ser proporcionada por el proveedor en cuestión ⁽¹⁾. La «posición de mercado del proveedor» es de importancia primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las obligaciones de marca única.
- 133) Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, es improbable en general que las obligaciones de marca única de un proveedor específico obstaculicen la competencia efectiva, a menos que el cambio de proveedor por los clientes resulte difícil debido a la duración y a la cobertura de mercado de las obligaciones de marca única. Cuanto mayor sea su cuota de mercado vinculada, es decir, la parte de su cuota de mercado derivada de la obligación de marca única, más importante será probablemente la exclusión. En general, no se considera que las obligaciones de marca única de duración inferior a un año acordadas por empresas no dominantes den lugar a efectos anticompetitivos apreciables o a efectos negativos netos. Las obligaciones de entre uno y cinco años de duración acordadas entre empresas no dominantes requieren por lo general sopesar cuidadosamente los efectos favorables y los perjudiciales; en cambio, las obligaciones de marca única de duración superior a cinco años, para la mayoría de los tipos de inversiones, no se consideran necesarias para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen. Es más probable que las obligaciones de marca única den lugar a una exclusión contraria a la competencia cuando las realicen empresas dominantes.
- 134) Para evaluar el poder del mercado del proveedor, es importante atender a la posición de mercado de sus competidores. Si éstos son suficientemente numerosos y fuertes, no cabe prever un efecto anticompetitivo significativo. La exclusión de los competidores no es muy probable cuando ocupen posiciones de mercado similares y puedan ofrecer productos de atractivo similar. Sin embargo, en

⁽¹⁾ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-65/98 *Van den Bergh Foods contra Comisión*, Rec. 2003, p. II-4653, apartados 104 y 156.

este caso, la exclusión puede afectar a los operadores potenciales si varios proveedores principales celebran contratos de marca única con un número significativo de compradores en el mercado pertinente (situación de efecto acumulativo). Ésta es también una situación en la que los acuerdos de marca única pueden facilitar la colusión entre proveedores competidores. Si a cada uno de dichos proveedores se les aplica la Exención por Categorías, puede ser necesaria una retirada de la exención por categoría a fin de resolver tal efecto negativo acumulativo. En general, no se considera que una cuota de mercado vinculada inferior al 5 % contribuya significativamente a un efecto de exclusión acumulativo.

- 135) En los casos en los cuales la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30 % y la de los cinco principales proveedores se sitúa por debajo del 50 %, es improbable que se dé una situación de efecto anticompetitivo único o acumulativo. Si un operador potencial no puede penetrar en el mercado en condiciones de rentabilidad, es probable que ello se deba a factores distintos a las obligaciones de marca única, tales como las preferencias del consumidor.
- 136) Las barreras de entrada son importantes a la hora de determinar si existe exclusión contraria a la competencia. Cuando para los proveedores competidores sea relativamente fácil crear nuevos compradores o encontrar compradores alternativos para el producto, es poco probable que la exclusión constituya un problema real. Sin embargo, existen a menudo obstáculos a la entrada, tanto en el nivel de la fabricación como en el de la distribución.
- 137) El poder de compensación es pertinente, ya que no es fácil que compradores importantes se permitan quedar excluidos del suministro de bienes o servicios competidores. En términos más generales, para convencer a los clientes de aceptar la marca única, el proveedor puede tener que compensarlos, total o parcialmente, por la pérdida de competencia resultante de la exclusividad. En los casos en que se dé tal compensación, a un cliente concreto puede interesarle suscribir una obligación de marca única con el proveedor. Pero sería incorrecto concluir automáticamente que todas las obligaciones particulares de marca única, tomadas en su conjunto, son globalmente beneficiosas para los clientes de ese mercado y para los consumidores finales. En particular, es poco probable que los consumidores en conjunto se beneficien si hay muchos clientes y las obligaciones de marca única, consideradas en conjunto, tienen por efecto prevenir la entrada o expansión de empresas competentes.
- 138) Por último, «el nivel de comercio» es pertinente. La exclusión es menos probable en el caso de los productos intermedios. Cuando el proveedor de un producto intermedio no es dominante, los proveedores competidores aún poseen una parte sustancial de la demanda «libre». No obstante, por debajo del nivel de posición dominante puede producirse un efecto de exclusión en caso de efecto acumulativo. Es improbable que se produzca un efecto acumulativo grave cuando esté vinculado menos del 50 % del mercado.
- 139) En caso de que el acuerdo se refiera al suministro de un producto final en el nivel mayorista, la probabilidad de que aparezcan problemas de competencia por debajo del nivel de posición dominante depende en gran medida del tipo de actividad mayorista y de los obstáculos a la entrada en este nivel. No hay un riesgo real de exclusión cuando fabricantes competidores pueden organizar fácilmente sus propias actividades mayoristas. Si los obstáculos a la entrada son o no escasos es cuestión que en parte depende del tipo de actividad mayorista, es decir, de si los mayoristas pueden o no operar con eficiencia únicamente con el producto contemplado en el acuerdo (por ejemplo, helados) o si es más eficaz operar con toda una gama de productos (por ejemplo, alimentos congelados). En este último caso, para el fabricante que vende sólo un producto no es eficiente establecer sus propias actividades mayoristas. En este caso pueden aparecer efectos anticompetitivos. También pueden aparecer problemas de efecto acumulativo si varios proveedores vinculan a la mayoría de los mayoristas disponibles.
- 140) Tratándose de productos finales, por lo general es más probable que se produzca exclusión en el nivel minorista, dados los significativos obstáculos a la entrada que deben afrontar la mayoría de los fabricantes a la hora de crear comercios únicamente para sus productos propios. Además, es en el nivel minorista donde los acuerdos de marca única pueden reducir la competencia intermarca dentro de los comercios. Por estos motivos, y habida cuenta de los demás factores pertinentes, pueden producirse efectos anticompetitivos importantes relacionados con los productos finales en el nivel minorista cuando un proveedor no dominante vincula el 30 % o una cuota superior del mercado de referencia. En el caso de una empresa dominante, es probable que incluso una modesta cuota de mercado vinculada dé lugar a efectos anticompetitivos graves.

- 141) También puede plantearse un efecto de exclusión acumulativo en el nivel minorista. Cuando todas las empresas poseen cuotas de mercado situadas por debajo del 30 %, es poco probable que se produzca un efecto de exclusión acumulativo si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 40 %, y la retirada de la exención por categoría es por tanto también poco probable. Esta cifra puede ser más alta si se atiende a otros factores, tales como el número de competidores, los obstáculos a la entrada, etc. Cuando no todas las empresas poseen cuotas de mercado por debajo del umbral de la Exención por Categorías, pero ninguna es dominante, es poco probable que aparezca un efecto acumulativo de exclusión si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 30 %.
- 142) En caso de que el comprador realice sus actividades en locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o alquilados por éste a un tercero no vinculado con el comprador, la posibilidad de imponer soluciones efectivas a un posible efecto de exclusión serán limitadas. En este caso, es improbable la intervención del Órgano de Vigilancia de la AELC por debajo del nivel de posición dominante.
- 143) En determinados sectores, la venta de más de una marca a un único establecimiento puede resultar muy difícil, en cuyo caso el problema de exclusión puede solucionarse mejor limitando la duración efectiva de los contratos.
- 144) Cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables se plantea la cuestión de una posible exención con arreglo al artículo 53, apartado 3. Para las obligaciones de no competencia, pueden ser especialmente pertinentes las eficiencias descritas en el apartado 107, letras a) (parasitismo entre proveedores), d), e) (problemas de cautividad) y h) (imperfecciones del mercado de capitales).
- 145) En el caso de una eficiencia como las descritas en el apartado 107, letras a), d) y h), la imposición de cantidades al comprador podría quizás constituir una alternativa menos restrictiva. Una obligación de no competencia puede ser la única manera viable de lograr una eficiencia como las contempladas en el apartado 107, letra e), (problema de cautividad relacionado con la transferencia de conocimientos técnicos).
- 146) En el caso de una inversión del proveedor ligada específicamente a la relación (véase el apartado 107, letra d)), un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades durante el período de depreciación de la inversión cumplirá por lo general las condiciones del artículo 53, apartado 3. En caso de inversiones de importe elevado ligadas específicamente a la relación, una obligación de no competencia que exceda de cinco años podrá estar justificada. Una inversión específicamente ligada a la relación podría ser, por ejemplo, la instalación o adaptación de los equipos por parte del proveedor cuando después dichos equipos sólo puedan ser utilizados para producir componentes destinados a un comprador determinado. En principio, las inversiones genéricas o relativas al mercado en capacidad (adicional) no son inversiones específicamente ligadas a la relación. No obstante, cuando un proveedor crea capacidad nueva ligada específicamente a las actividades de un comprador determinado, por ejemplo una empresa que produce envases metálicos que crea capacidad nueva para producir estos bienes en los locales de un fabricante de alimentos o cerca de las instalaciones de envases de tal fabricante de alimentos, esta capacidad nueva sólo será viable desde el punto de vista económico cuando produzca para este cliente concreto, en cuyo caso la inversión se consideraría específicamente ligada a la relación.
- 147) Cuando el proveedor concede al comprador un préstamo o le proporciona equipos no específicamente ligados a la relación, esta operación en sí misma no será suficiente, en principio, para justificar la exención de un efecto de exclusión en el mercado. En caso de imperfección del mercado de capitales, conceder un préstamo puede ser más eficiente para el proveedor de un producto que para un banco, (véase el apartado 107, letra h)). No obstante, en tal caso, el préstamo debería realizarse de la forma menos restrictiva y no podría impedirse en general al comprador rescindir la obligación y reembolsar el importe pendiente del préstamo en cualquier momento y sin penalización.
- 148) La transferencia de conocimientos técnicos sustanciales (véase el apartado 107, letra e)) justifica generalmente una obligación de no competencia para toda la duración del acuerdo de suministro, como, por ejemplo, en una situación de franquicia.

149) Ejemplo de cláusula de no competencia

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

El resultado es que, en total, el 46 % (36 % + 10 %) del mercado resulta inaccesible para los operadores potenciales y para los operadores existentes que no cuentan con comercios vinculados. Los operadores potenciales encuentran aún más dificultades en las áreas de mayor densidad de población, donde la exclusión es aún mayor pese a ser allí donde preferirían acceder al mercado. Además, debido a la fuerte diferenciación de marcas y productos y a los elevados costes de búsqueda en relación con el precio del producto, la ausencia de competencia intermarcas dentro de los comercios supone una pérdida adicional de bienestar para los consumidores. Las posibles eficiencias de la exclusividad de los comercios, que según el líder del mercado se derivan de los menores costes de transporte, así como el posible problema de cautividad en relación con los arcones de almacenamiento, son limitadas e inferiores a los efectos negativos en la competencia. Las eficiencias son limitadas, ya que los costes de transporte están relacionados con la cantidad, no con la exclusividad, y los arcones de almacenamiento no implican conocimientos técnicos especiales y no son de marca específica. Por lo tanto, no es probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.

150) Ejemplo de imposición de cantidades

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

La cuota de mercado vinculada del productor X es del 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). La cuota de mercado vinculada de los demás productores es de alrededor del 25 %. Por tanto, en total, alrededor del 49 % del mercado es inaccesible para los competidores potenciales y para los operadores que no tienen comercios vinculados por lo menos durante los primeros dos años de vigencia de los contratos de suministro. El mercado muestra que, a menudo, los revendedores tienen dificultades para obtener préstamos de los bancos y, en general, son empresas demasiado pequeñas para obtener financiación por otros medios, por ejemplo, mediante la emisión de acciones. Además, el productor X puede demostrar que una concentración de sus ventas entre un número limitado de revendedores le permite planificar mejor sus ventas y ahorrar en costes de transporte. Habida cuenta, por una parte, de las eficiencias, y por otra parte, del 25 % de libre disposición en los contratos del productor X, la posibilidad real de una rescisión anticipada del contrato, la reciente entrada de nuevos productores y el hecho de que alrededor de la mitad de los revendedores no tiene este tipo de vinculación, la imposición de cantidades hasta el 75 % aplicada por el productor X es probable que cumpla los requisitos del artículo 53, apartado 3.

2.2 Distribución exclusiva

- 151) En un acuerdo de distribución exclusiva, el proveedor acepta vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Al mismo tiempo, suele limitarse la venta activa del distribuidor en otros territorios asignados en exclusiva. Los posibles riesgos de competencia residen principalmente en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Si todos o la mayoría

de los proveedores aplican la distribución exclusiva, esto puede debilitar la competencia y facilitar la colusión, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores. Finalmente, la distribución exclusiva puede llevar a la exclusión de otros distribuidores y reducir así la competencia en ese nivel.

- 152) La distribución exclusiva queda exenta por la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no rebasan ninguna el 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves; por ejemplo, no competencia limitada a cinco años, imposición de cantidades o compra exclusiva. La combinación de la distribución exclusiva con la distribución selectiva sólo queda exenta por la Exención por Categorías si la venta activa en otros territorios no está restringida. A continuación, en esta sección se facilitan orientaciones para evaluar casos concretos de distribución exclusiva por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %.
- 153) La posición de mercado del proveedor y de sus competidores es de importancia primordial, ya que la pérdida de competencia intramarca únicamente puede ser problemática si la competencia intermarca es limitada. Cuanto más fuerte sea la posición del proveedor, tanto más importante será la pérdida de competencia intramarca. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, puede plantearse un riesgo de reducción significativa de la competencia intramarca. Para cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3, la pérdida de competencia intramarca debe compensarse mediante eficiencias reales.
- 154) La posición de los competidores puede tener un doble significado. En general, si los competidores son fuertes, la reducción de la competencia intramarca se ve compensada por una suficiente competencia intermarca. Sin embargo, si el número de competidores se reduce considerablemente y su posición de mercado en términos de cuota de mercado, capacidad y red de distribución es similar a grandes rasgos, existe un riesgo de colusión o de relajación de la competencia. La pérdida de competencia intramarca puede incrementar dicho riesgo, especialmente cuando varios proveedores gestionan sistemas de distribución similares. Los acuerdos múltiples de distribución exclusiva, es decir, cuando varios proveedores designan al mismo distribuidor exclusivo en un determinado territorio, pueden incrementar aún más el riesgo de colusión o de relajación de la competencia. Si se concede a un distribuidor autorizado el derecho exclusivo a distribuir dos o más productos importantes que compiten en el mismo territorio, es probable que la competencia se reduzca entre estas dos marcas. Cuanto mayor sea la cuota de mercado acumulada de las marcas distribuidas por el distribuidor múltiple autorizado, mayor será el riesgo de colusión o relajación de la competencia y más se reducirá la competencia intermarca. Si un minorista es el distribuidor exclusivo de varias marcas, esto puede tener como resultado que, si un productor disminuye el precio al por mayor de su marca, el minorista exclusivo no tendrá prisa alguna en repercutir este recorte de los precios al consumidor final, pues reduciría sus ventas y los beneficios logrados con las otras marcas. Por tanto, en comparación con la situación sin distribución múltiple exclusiva, los productores tendrán menos interés en hacerse la competencia de precios entre sí. Estas situaciones de efectos acumulativos pueden constituir un motivo para retirar el beneficio de la Exención por Categorías aun cuando las cuotas de mercado de los proveedores estén por debajo del umbral establecido en el mismo.
- 155) Las barreras a la entrada, que pueden impedir a los proveedores crear nuevos distribuidores o encontrar distribuidores alternativos, son menos importantes a la hora de evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. La exclusión de otros proveedores no surge en tanto la distribución exclusiva no se combine con una marca única.
- 156) La exclusión de otros distribuidores no constituye problema alguno cuando el proveedor que gestiona el sistema exclusivo de distribución designa a un número elevado de distribuidores exclusivos en el mismo mercado y no se restringe a éstos la venta a otros distribuidores no designados. No obstante, la exclusión de otros distribuidores puede convertirse en un problema en caso de poder de compra y poder de mercado en los niveles inferiores del mercado, en especial, en caso de territorios muy grandes, cuando el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado. Serviría de ejemplo el caso de una cadena de supermercados que se convierte en el único distribuidor de una marca que lidera el mercado en un mercado nacional de alimentación al por menor. La exclusión de otros distribuidores puede verse agravada en caso de acuerdos múltiples de distribución exclusiva.
- 157) Asimismo, el poder de compra puede incrementar el riesgo de colusión por parte de los compradores cuando compradores importantes, posiblemente establecidos en territorios distintos, imponen acuerdos de distribución exclusiva a uno o varios proveedores.

- 158) La madurez del mercado es importante, ya que la pérdida de competencia intramarca y la discriminación de precios pueden representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultar menos grave en un mercado con una demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado en transformación.
- 159) El nivel de comercio es importante, pues los posibles efectos negativos pueden diferir entre el nivel mayorista y el minorista. La distribución exclusiva se aplica principalmente a la distribución de bienes y servicios finales. La pérdida de competencia intramarca es especialmente probable en el nivel minorista si se combina con territorios grandes, ya que los consumidores finales dispondrán de pocas posibilidades de elección entre un distribuidor de precio elevado y servicio de calidad y otro de precio bajo y servicio de menos calidad en una marca importante.
- 160) Un fabricante que elige a un mayorista para que sea su distribuidor exclusivo lo hace por lo general en un territorio mayor, por ejemplo, en todo un Estado miembro de la UE o un Estado de la AELC. En tanto el mayorista pueda vender el producto sin limitaciones a minoristas de los niveles inferiores del mercado, no es probable que haya efectos anticompetitivos apreciables. La posible pérdida de competencia intramarca en el nivel mayorista puede compensarse fácilmente por las eficiencias obtenidas en logística, promoción, etc., sobre todo cuando el fabricante está establecido en un país diferente. Los posibles riesgos de los acuerdos múltiples de distribución exclusiva para la competencia intermarca son, sin embargo, mayores en el nivel mayorista que en el minorista. Si un mayorista se convierte en distribuidor exclusivo de un número significativo de proveedores, esto puede no solamente reducir la competencia entre estas marcas, sino también llevar a la exclusión en el comercio al por mayor.
- 161) Como se ha señalado en el apartado 155, la exclusión de otros proveedores no surge en tanto la distribución exclusiva no se combine con una marca única. Pero incluso cuando la distribución exclusiva se combina con una marca única, es improbable que se produzca una exclusión anticompetitiva de otros proveedores, excepto posiblemente cuando se aplica la marca única a una red densa de distribuidores exclusivos con pequeños territorios o en caso de efecto acumulativo. En tal caso puede ser necesaria la aplicación de los principios sobre la marca única expuestos en la sección 2.1. Sin embargo, cuando la combinación no lleva a una exclusión significativa, la combinación de la distribución exclusiva con la marca única puede favorecer la competencia por aumentar los incentivos para que el distribuidor exclusivo centre sus esfuerzos en una marca en particular. Por lo tanto, en ausencia de tal efecto de exclusión, la combinación de la distribución exclusiva con la no competencia puede muy bien cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3, para toda la duración del acuerdo, y en particular en el nivel mayorista.
- 162) La combinación de la distribución exclusiva con la compra exclusiva incrementa los posibles riesgos de una menor competencia intramarca y de partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. La distribución exclusiva ya limita el arbitraje de los clientes, al limitar el número de distribuidores, y normalmente también restringe la libertad de los distribuidores en lo que respecta a la venta activa. La compra exclusiva, que obliga a los distribuidores exclusivos a comprar sus suministros de una determinada marca directamente al fabricante, elimina además el posible arbitraje de los distribuidores exclusivos, a quienes se impide comprar a otros distribuidores del sistema. Como resultado el proveedor aumenta las posibilidades de limitar la competencia intramarca aplicando al mismo tiempo condiciones de venta desiguales en detrimento de los consumidores, a menos que la combinación permita la creación de eficiencias que den lugar a una reducción de precios para todos los consumidores finales.
- 163) La naturaleza del producto no constituye un aspecto muy importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución exclusiva. Sí lo es, sin embargo, cuando se evalúa la cuestión de las posibles eficiencias, esto es, una vez determinado un efecto anticompetitivo apreciable.
- 164) La distribución exclusiva puede permitir eficiencias, sobre todo cuando se requieran inversiones de los distribuidores para proteger o crear la imagen de marca. En general, se dan más eficiencias en nuevos productos, en productos complejos y en productos cuyas cualidades sean difíciles de determinar antes del consumo (los llamados productos de experiencia) o incluso después del consumo (los llamados productos de confianza). Además, la distribución exclusiva puede permitir ahorros de costes logísticos gracias a economías de escala en el transporte y la distribución.

165) Ejemplo de distribución exclusiva en el nivel mayorista

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

En el mercado al por mayor descrito en el ejemplo, el riesgo de menor competencia intramarca y de discriminación de precios es escaso. No se impide el arbitraje, y la ausencia de competencia intramarca no es excesivamente pertinente en el nivel mayorista. En el nivel minorista no se impide la competencia intramarca ni intermarca. Por otra parte, la competencia intermarca apenas se ve afectada por acuerdos exclusivos en el nivel mayorista. Por consiguiente, si existen efectos anticompetitivos, sea probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.

166) Ejemplo de acuerdos múltiples de distribución exclusiva en un mercado oligopolístico

En el mercado nacional de un producto final, existen cuatro líderes de mercado, cada uno de los cuales posee una cuota de mercado de alrededor del 20 %. Estos cuatro líderes de mercado venden su producto a través de distribuidores exclusivos en el mercado minorista. Se ofrece a los minoristas un territorio exclusivo, que corresponde a la ciudad en que están situados, o a un distrito de la ciudad en el caso de las grandes ciudades. En la mayor parte de los territorios, los cuatro líderes de mercado designan al mismo minorista exclusivo («acuerdo múltiple»), a menudo situado en el centro y preferentemente especializado en el producto. El 20 % del mercado nacional restante está integrado por pequeños productores locales, el mayor de los cuales posee una cuota de mercado del 5 % en el mercado nacional. En general, estos productores locales venden sus productos a través de otros minoristas, en particular debido a que los distribuidores exclusivos de los cuatro mayores proveedores muestran en general poco interés por vender estas marcas menos conocidas y más baratas. Existe una acusada diferenciación de marcas y productos en el mercado. Los cuatro líderes de mercado realizan grandes campañas publicitarias nacionales y poseen sólidas imágenes de marca, mientras que los productores marginales no hacen publicidad de sus productos en el ámbito nacional. El mercado es bastante maduro, con una demanda estable y sin innovaciones importantes en producto ni en tecnología. El producto es relativamente simple.

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

Si bien cada uno de los líderes de mercado posee una cuota de mercado por debajo del umbral, la exención de conformidad con el artículo 53, apartado 3, no puede justificarse, y puede ser necesario retirar la exención por categoría para los acuerdos celebrados con distribuidores cuya cuota de mercado sea inferior al 30 % en el mercado de abastecimiento.

167) Ejemplo de distribución exclusiva combinada con compra exclusiva

El fabricante A es el líder europeo en el mercado de un voluminoso bien de consumo duradero, con una cuota de mercado de entre 40 % y 60 % en la mayor parte de los mercados minoristas nacionales. En los Estados miembros o Estados de la AELC en donde tiene una alta cuota de mercado, tiene menos competidores con cuotas de mercado mucho más pequeñas. Estos competidores únicamente están presentes en uno o dos mercados nacionales. La política a largo plazo de A es vender su producto a través de sus filiales nacionales a distribuidores exclusivos en el mercado minorista, quienes no están autorizados a realizar ventas activas en los territorios de los demás. Se incentiva así a estos distribuidores a promover el producto y a proporcionar servicios preventa. Además, recientemente los minoristas están obligados a adquirir los productos del fabricante A exclusivamente a la filial nacional del fabricante A en su país respectivo. Los minoristas que venden la marca del fabricante A son los principales revendedores de ese tipo de producto en cuestión en su territorio. Gestionan marcas de la competencia, pero con diversos grados de éxito y aceptación. Desde la introducción de la compra exclusiva, A aplica diferencias de precios del 10 % al 15 % entre mercados, con precios más altos en los mercados donde tiene menos competencia. El mercado es relativamente estable en el lado de la demanda y de la oferta, y no se producen cambios tecnológicos de importancia.

En estos mercados de alto precio, la pérdida de competencia intramarca no sólo obedece a la exclusividad territorial en el nivel minorista, sino que además se ve agravada por la obligación de compra exclusiva impuesta a los minoristas. La obligación de compra exclusiva ayuda a mantener la separación de mercados y territorios, haciendo imposible el arbitraje entre los minoristas exclusivos, los principales revendedores de ese tipo de producto. Los minoristas exclusivos no pueden tampoco realizar ventas activas en los territorios de los demás y en la práctica tienden a evitar la distribución en otros territorios. Esto ha hecho posible la discriminación de precios, sin llevar a un aumento significativo de las ventas totales. El arbitraje por consumidores o comerciantes independientes se ve limitado por el volumen del producto.

Mientras que los posibles argumentos de eficiencia para designar distribuidores exclusivos pueden ser convincentes, en especial por el incentivo de los minoristas, es improbable que los posibles argumentos de eficiencia para la combinación de la distribución exclusiva y la compra exclusiva, y en especial los posibles argumentos de eficiencia para la compra exclusiva, relacionados con economías de escala en transporte, compensen el efecto negativo de la discriminación de precios y la menor competencia intramarca. Por tanto, es improbable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.

2.3. *Asignación de cliente exclusivo*

- 168) En un acuerdo de asignación de cliente exclusivo, el proveedor acuerda vender sus productos solamente a un distribuidor para la reventa a un grupo particular de clientes. Al mismo tiempo, el distribuidor se ve generalmente limitado en su venta activa a otros grupos de clientes (asignados en exclusiva). La Exención por Categorías no limita la manera en que puede definirse un grupo de clientes exclusivo; podría ser, por ejemplo, una categoría particular de clientes definida por su ocupación, pero también una lista de clientes específicos seleccionados en base a uno o más criterios objetivos. Los posibles riesgos de competencia residen principalmente en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Cuando todos o la mayoría de los proveedores practican una asignación de cliente exclusivo, esto puede debilitar la competencia y la colusión puede verse facilitada, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores. Finalmente, la asignación de cliente exclusivo puede llevar a la exclusión de otros distribuidores y reducir así la competencia a ese nivel.
- 169) La asignación de cliente exclusivo goza de una exención en la Exención por Categorías cuando tanto la cuota de mercado del proveedor como del comprador no supera el umbral del 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, por ejemplo, con obligaciones de no competencia, imposición de cantidades o compra exclusiva. Por lo general, una combinación de la asignación de cliente exclusivo con la distribución selectiva es una restricción especialmente grave, ya que la venta activa a los usuarios finales por los distribuidores designados habitualmente no es libre. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30 %, la orientación facilitada en los apartados 151 a 167 respecto de la distribución exclusiva se aplica también para evaluar la asignación de cliente exclusivo, sin perjuicio de las observaciones específicas que figuran a continuación.
- 170) La asignación de clientes dificulta por lo general el arbitraje por parte de éstos. Además, como cada distribuidor designado posee su propia categoría de clientes, los distribuidores no designados, no incluidos en esta categoría, pueden sufrir dificultades para obtener el producto. Por consiguiente, el posible arbitraje por los distribuidores no designados quedará reducido.

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

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

173) Ejemplo de asignación de cliente exclusivo

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

Dado que la exclusividad es de duración limitada y permite garantizar que los distribuidores puedan recuperar sus inversiones y concentrar primero sus esfuerzos de venta en una determinada categoría de clientes a fin de aprender a desenvolverse en este sector, y dado que los posibles efectos anticompetitivos resultan limitados por tratarse de un mercado dinámico, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.

2.4. *Distribución selectiva*

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

175) Los posibles riesgos residen en una menor competencia intramarca y, sobre todo en caso de efecto acumulativo, la exclusión de un determinado tipo o tipos de distribuidores y la debilitación de la competencia y mayor facilidad de la colusión entre proveedores o compradores. A la hora de evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva con arreglo al artículo 53, apartado 1, debe trazarse una distinción entre la distribución selectiva puramente cualitativa y la distribución selectiva cuantitativa. En la distribución selectiva puramente cualitativa se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en virtud de criterios objetivos necesarios por la naturaleza del producto, tales como la formación del personal de venta, el servicio prestado en el punto de venta, la venta de una determinada gama de productos, etc. ⁽¹⁾. La aplicación de estos criterios no limita directamente el número de distribuidores autorizados. En general, se considera que la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del artículo 53, apartado 1, por ausencia de efectos anticompetitivos, siempre y

⁽¹⁾ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el Asunto T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc contra Comisión*, Rec. 1996, p. II-1961.

cuando se cumplan tres condiciones. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate debe necesitar un sistema de distribución selectiva, en el sentido de que tal sistema debe constituir una necesidad legítima, habida cuenta de la naturaleza del producto, para preservar su calidad y garantizar un uso correcto. En segundo lugar, los revendedores deben ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme y puestos a disposición de todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario ⁽¹⁾. La distribución selectiva cuantitativa añade otro tipo de criterios de selección que limitan de forma más directa el número potencial de distribuidores autorizados, por ejemplo, al exigir ventas mínimas o máximas, fijar el número de distribuidores autorizados, etc.

- 176) La distribución selectiva cualitativa y cuantitativa puede beneficiarse de la Exención por Categorías mientras la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no excedan ninguna de ellas del 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, como, por ejemplo, la no competencia o la distribución exclusiva, siempre y cuando no se restrinjan las ventas activas de los distribuidores entre sí o de éstos a los usuarios finales. La Exención por Categorías exime la distribución selectiva con independencia de la naturaleza del producto de que se trate y del criterio de selección. No obstante, si las características del producto ⁽²⁾ no exigen el uso de la distribución selectiva o no exigen el uso de los criterios aplicados, como por ejemplo el requisito de que los distribuidores dispongan de uno o más establecimientos físicos, un sistema de este tipo no aporta, por lo general, suficientes efectos de eficiencia para contrarrestar una reducción significativa de la competencia intramarca. Si se producen efectos de eficiencia apreciables, es probable que se retire el beneficio de la Exención por Categorías. Además, en esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar la distribución selectiva en casos individuales que no queden cubiertos por la Exención por Categorías o en caso de efecto acumulativo derivado de la existencia de redes paralelas de distribución selectiva.
- 177) La «posición de mercado del proveedor y de sus competidores» es de importancia primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos, pues la pérdida de competencia intramarca únicamente puede ser problemática si la competencia intermarca es limitada. La pérdida de competencia intramarca resulta tanto más problemática cuanto más fuerte es la posición del proveedor. Otro factor importante es el número de redes de distribución selectiva presentes en el mismo mercado. Cuando únicamente la aplica un proveedor no dominante, la distribución selectiva cuantitativa no crea, en general, efectos negativos netos, siempre y cuando los bienes objeto del contrato, habida cuenta de su naturaleza, exijan el uso de un sistema de distribución selectiva y a condición de que los criterios de selección aplicados sean necesarios para garantizar una distribución eficiente de los bienes de que se trate. Sin embargo, de hecho se observa que, a menudo, la distribución selectiva se aplica por una serie de proveedores en un mercado dado.
- 178) La posición de los competidores puede tener un doble significado, y su importancia es especialmente grande en caso de efecto acumulativo. En general, si los competidores son fuertes, la reducción de la competencia intramarca se ve ampliamente compensada por una suficiente competencia intermarca. Sin embargo, si la mayoría de los principales proveedores hace uso de una distribución selectiva, se producirá una pérdida significativa de competencia intramarca y una posible exclusión de ciertos tipos de distribuidores, así como un mayor riesgo de colusión entre dichos proveedores principales. La distribución selectiva siempre ha planteado un riesgo mayor de exclusión de distribuidores más eficientes que la distribución exclusiva, debido a la restricción de las ventas a los distribuidores no designados que se produce en el primer tipo de distribución. Así se pretende dotar a los sistemas de distribución selectiva de un carácter cerrado, que hace imposible que los distribuidores no designados obtengan suministros. Por consiguiente, es un sistema particularmente idóneo para evitar la presión a la baja sobre los márgenes del fabricante por parte de los almacenes de descuento (ya sea de distribuidores que venden en un establecimiento físico o de los que venden exclusivamente por Internet) así como sobre los márgenes de los distribuidores no designados. La exclusión de tales formatos de distribución, ya sean resultantes de la aplicación acumulativa de la distribución selectiva o de la aplicación por un proveedor único con una cuota de mercado superior al 30 %, reduce las posibilidades de los consumidores de aprovechar los beneficios específicos que ofrecen estos formatos, como los bajos precios, la mayor transparencia y el mayor acceso.

⁽¹⁾ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos 31/80, *L'Oréal contra PVBA*, Rec. 1980, p. 3775, apartados 15 y 16; 26/76, *Metro I*, Rec. 1977, p. 1875, apartados 20 y 21; 107/82, *AEG*, Rec. 1983, p. 3151, apartado 35; y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-19/91 *Vichy contra Comisión*, Rec. 1992, p. II-415, apartado 65.

⁽²⁾ Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc contra Comisión* Rec. 1996, p. II-1851, apartados 112 a 123; asunto T-88/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc contra Comisión*, Rec. 1996, p. II-1961, apartados 106 a 117, y la jurisprudencia mencionada en la nota anterior.

- 179) Cuando la Exención por Categorías se aplica a redes individuales de distribución selectiva, puede plantearse la retirada de la exención por categorías o la no aplicación de la Exención por Categorías en caso de efectos acumulativos. No obstante, es poco probable que surja un problema de efecto acumulativo cuando la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva sea inferior al 50 %. Tampoco es probable que se plantee un problema cuando el índice de cobertura sea superior al 50 %, pero la cuota de mercado combinada de los cinco mayores proveedores sea inferior al 50 %. Cuando tanto el índice de cobertura de esos cinco proveedores como la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva excedan del 50 %, la evaluación variará en función de si los cinco mayores proveedores aplican o no la distribución selectiva. Cuanto más fuerte sea la posición de los competidores que no aplican la distribución selectiva, tanto menos probable será la exclusión de otros distribuidores. Si los cinco mayores proveedores aplican la distribución selectiva, pueden surgir problemas de competencia, en particular, con respecto a los acuerdos que aplican criterios de selección cuantitativos que limitan directamente el número de distribuidores designados o que aplican criterios cualitativos, como el requisito de tener uno o más establecimientos físicos o de prestar servicios específicos, que excluye ciertos formatos de distribución. En general, es improbable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3, si los sistemas de distribución selectiva en cuestión impiden que accedan al mercado nuevos distribuidores con capacidad para vender adecuadamente los productos de que se trate, especialmente almacenes de descuento o distribuidores exclusivos por internet que ofrecen bajos precios a los consumidores, limitando de este modo la distribución en beneficio de determinadas cadenas y en perjuicio de los consumidores finales. Otras formas más indirectas de distribución selectiva cuantitativa, derivadas por ejemplo de la combinación de criterios de selección puramente cualitativos con la imposición a los distribuidores de un volumen mínimo de adquisiciones anuales, tienen menos probabilidades de producir efectos negativos netos si tal volumen no representa una proporción significativa del volumen de negocios total del distribuidor obtenido con el tipo de productos de que se trate y no excede de lo necesario para que el proveedor pueda recuperar la inversión específicamente ligada a la relación o realizar economías de escala en la distribución. En cuanto a las contribuciones individuales, por lo general no se considera que un proveedor con una cuota de mercado inferior al 5 % contribuya de forma significativa a un efecto acumulativo.
- 180) Los obstáculos a la entrada son de interés principalmente en el caso de la exclusión del mercado de los distribuidores no autorizados. En general, los obstáculos a la entrada son considerables, pues generalmente aplican la distribución selectiva los fabricantes de productos de marca. Los minoristas excluidos necesitan por lo general tiempo y una inversión considerable para lanzar marcas propias u obtener suministros competitivos de otra manera.
- 181) El poder de compra puede aumentar el riesgo de colusión entre distribuidores autorizados y de este modo alterar sensiblemente el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de la distribución selectiva. La exclusión del mercado de minoristas más eficientes puede agravarse aún más en caso de que una sólida organización entre los distribuidores autorizados imponga al proveedor criterios de selección cuyo objetivo sea limitar la distribución en beneficio de sus miembros.
- 182) El artículo 5, apartado 1, letra c), de la Exención por Categorías establece que el proveedor no podrá imponer una obligación que impida a los distribuidores autorizados, directa o indirectamente, vender las marcas de proveedores competidores concretos. Dicha condición tiene como objetivo específico evitar la colusión horizontal para excluir determinadas marcas mediante la creación de un club selecto de marcas por parte de los proveedores que encabezan el mercado. Es improbable que esta clase de obligación pueda gozar de exención cuando el índice de cobertura de los cinco mayores proveedores sea igual o superior al 50 %, a menos que ninguno de los proveedores que impongan dicha obligación figure entre los cinco mayores proveedores del mercado.
- 183) La exclusión de otros proveedores no constituye, por lo general, un problema en tanto otros proveedores puedan utilizar los mismos distribuidores, esto es, en tanto el sistema de distribución selectiva no se combine con una marca única. En caso de que exista una densa red de distribuidores autorizados o en caso de efecto acumulativo, la combinación de la distribución selectiva con una cláusula de no competencia puede plantear un riesgo de exclusión de otros proveedores. En este caso se aplican los principios expuestos en la sección 2.1. sobre la marca única. Cuando la distribución selectiva no se combina con la no competencia, la exclusión de proveedores competidores del mercado puede seguir siendo un problema si los principales proveedores no sólo aplican criterios de selección puramente cualitativos, sino que imponen a sus distribuidores determinadas obligaciones adicionales, como la obligación de reservar a sus productos un espacio mínimo en las estanterías o de garantizar que las ventas de sus productos por parte del distribuidor representen un porcentaje mínimo del volumen de negocios total del distribuidor. Es poco probable que se plantee este problema cuando el índice de cobertura, es decir, la parte del mercado cubierta por la distribución selectiva, sea inferior al 50 % o cuando se rebase este índice de cobertura pero la cuota de mercado de los cinco principales proveedores se sitúe por debajo del 50 %.

- 184) La «madurez del mercado» es importante, ya que la pérdida de competencia intramarca y la posible exclusión de proveedores o distribuidores pueden representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultan menos graves en un mercado con una demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado que cambian.
- 185) La distribución selectiva puede ser eficiente cuando permite ahorros de costes logísticos debidos a economías de escala en el transporte, lo que puede suceder con independencia de la naturaleza del producto (apartado 107, letra g)). Sin embargo, dicha eficiencia es generalmente sólo una eficiencia marginal de los sistemas de distribución selectiva. Para solucionar un problema de parasitismo entre los distribuidores (apartado 107, letra a)) o ayudar a la creación de una imagen de marca [apartado 107, letra i)], la naturaleza del producto es muy pertinente. En general, la exención es más probable en nuevos productos, productos complejos o productos cuya calidad sea difícil de determinar antes del consumo (los llamados «productos de experiencia») o incluso después del consumo (los llamados «productos de confianza»). La combinación de la distribución selectiva con una cláusula de situación, que proteja a un distribuidor designado frente a otros distribuidores designados que abran un comercio en las proximidades, puede en especial cumplir las condiciones del artículo 53, apartado 3, si la combinación es imprescindible para proteger inversiones considerables y específicas para determinadas relaciones realizadas por el distribuidor autorizado [apartado 107, letra d)].
- 186) Para garantizar que se opta por la restricción menos anticompetitiva, es conveniente determinar si pueden obtenerse las mismas eficiencias a un coste comparable mediante, por ejemplo, solamente requisitos de servicio.
- 187) Ejemplo de distribución selectiva cuantitativa

En un mercado de bienes de consumo duraderos, el líder de mercado (marca A), con una cuota de mercado del 35 %, vende su producto a los consumidores finales a través de una red de distribución selectiva. Existen varios criterios de admisión a la red: el establecimiento debe emplear a personal formado y prestar servicios de preventa, en el establecimiento debe haber una parte dedicada a la venta del producto y de productos similares de alta tecnología, y el establecimiento debe vender una amplia gama de modelos del proveedor y presentarlos de manera atractiva. Por otra parte, el número de minoristas admisibles a la red se limita directamente a través del establecimiento de un número máximo de minoristas por número de habitantes en cada provincia o zona urbana. El fabricante A tiene 6 competidores en este mercado. Sus mayores competidores, B, C y D, poseen cuotas de mercado del 25 %, 15 % y 10 %, respectivamente, mientras que los demás productores tienen cuotas de mercado más pequeñas. A es el único fabricante que practica la distribución selectiva. Los distribuidores selectivos de la marca A siempre gestionan algunas marcas de la competencia. Sin embargo, las marcas de la competencia también se venden ampliamente en los establecimientos que no participan en la red de distribución selectiva de A. Los canales de distribución son diversos: por ejemplo, las marcas B y C se venden en la mayoría de las tiendas seleccionadas de A, pero también en otras tiendas que ofrecen un servicio de elevada calidad y en hipermercados. La marca D se vende principalmente en tiendas de servicios especializados. La tecnología evoluciona en este mercado con gran rapidez, y los principales proveedores mantienen una sólida imagen de calidad de sus productos a través de la publicidad.

En este mercado, el índice de cobertura de la distribución selectiva es del 35 %. La competencia intermarca no se ve directamente afectada por el sistema de distribución selectiva de A. La competencia intramarca A puede reducirse, pero los consumidores tienen acceso a minoristas de menor calidad de servicio y menor precio en las marcas B y C, que poseen una imagen de calidad comparable a la de la marca A. Por otra parte, no se excluye el acceso de otras marcas a minoristas con un servicio de alta calidad, ya que no existe limitación alguna a la capacidad de los distribuidores seleccionados de vender marcas de la competencia, y la limitación cuantitativa al número de minoristas para la marca A deja libertad a otros minoristas que ofrecen un servicio de alta calidad para distribuir marcas de la competencia. En este caso, teniendo en cuenta los requisitos de servicio y las eficiencias que es probable que éstos permitan, así como el efecto limitado en la competencia intramarca, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3.

- 188) Ejemplo de distribución selectiva con efectos acumulativos

En el mercado de un determinado artículo deportivo, existen siete fabricantes cuyas cuotas de mercado respectivas son: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % y 7 %. Los cinco mayores fabricantes distribuyen sus productos mediante un sistema de distribución selectiva cuantitativa, mientras que los dos más pequeños emplean otros tipos de sistemas de distribución, lo que permite un índice de cobertura de la distribución selectiva del 85 %. Los criterios de acceso a las redes de distribución selectiva son extraordinariamente uniformes entre los fabricantes: los distribuidores deben tener uno o más establecimientos físicos, estos establecimientos deben contar con personal formado y prestar servicios de

preventa, en el establecimiento debe haber una parte, cuyas dimensiones mínimas se especifican, dedicada a la venta del artículo. El establecimiento debe vender una amplia gama de esta marca y presentar el artículo de manera atractiva; la tienda debe estar situada en una calle comercial y este tipo de artículo debe representar al menos el 30 % del volumen de ventas total de la tienda. Generalmente el mismo distribuidor es designado distribuidor selectivo para las cinco marcas. Las dos marcas que no practican distribución selectiva venden generalmente a través de minoristas menos especializados, con niveles de servicio inferiores. El mercado es estable, tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda, y existe una fuerte diferenciación de imagen de marca y producto. Los cinco líderes del mercado poseen sólidas imágenes de marca, logradas mediante la publicidad y el patrocinio, mientras que los dos fabricantes más pequeños poseen una estrategia de productos más baratos, sin una imagen de marca fuerte.

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

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

2.5. Franquicia

- 189) Los acuerdos de franquicia contienen licencias de derechos de propiedad intelectual relativos, en particular, a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o servicios. Además de la licencia de DPI, el franquiciador generalmente facilita asistencia comercial o técnica al franquiciado durante la vigencia del contrato. La licencia y la asistencia son partes integrantes del método comercial objeto de franquicia. Por lo general, el franquiciador recibe del franquiciado un canon por el uso de un método comercial concreto. La franquicia puede permitir al franquiciador establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos. Además de facilitar un método comercial, habitualmente los acuerdos de franquicia contienen una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se distribuyen, en especial mediante distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva, o formas más débiles de estas prácticas.
- 190) La cobertura por la Exención por Categorías de las licencias de derechos de propiedad industrial que contienen los acuerdos de franquicia se ha tratado en los apartados 24 a 46. En cuanto a las restricciones verticales a la compra, venta y reventa de bienes y servicios recogidas en un acuerdo de franquicia, tales como la distribución selectiva, la cláusula de no competencia o la distribución exclusiva, el Reglamento de Exención por Categorías se aplica hasta el umbral de cuota de mercado del 30 % ⁽¹⁾. Las orientaciones facilitadas anteriormente en relación con estos tipos de restricciones sirven igualmente para la franquicia, sin perjuicio de las dos observaciones específicas siguientes:
- a) Cuanto más importante es la transferencia de conocimientos técnicos, más probable es que las restricciones creen eficiencias o sean imprescindibles para proteger los conocimientos técnicos, y que las restricciones verticales cumplan las condiciones del artículo 53, apartado 3;

⁽¹⁾ Véanse también los apartados 86 a 95, en especial el 92.

- b) Las obligaciones de no competencia en los bienes o servicios adquiridos por el franquiciado quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. En estos casos tampoco es pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo al artículo 53, apartado 1, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

191) Ejemplo de franquicia:

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

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

La mayoría de las obligaciones recogidas en los acuerdos de franquicia pueden considerarse necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial o para mantener la identidad y reputación comunes de la red de franquicias, y quedan fuera del artículo 53, apartado 1. Las restricciones a la venta (territorio contractual y distribución selectiva) ofrecen a los franquiciados incentivos para invertir en la máquina de colorante y en el concepto de licencia y, si bien no son necesarias, al menos ayudan a mantener la identidad común, lo que compensa la pérdida de competencia intramarca. La cláusula de no competencia que excluye a otras marcas de golosinas de las tiendas durante el período completo de duración de los acuerdos permite al franquiciador mantener la uniformidad de los comercios e impide que los competidores se beneficien de su denominación comercial. No ocasiona ninguna exclusión grave, dado el gran número de comercios potencialmente disponibles para otros productores de golosinas. Es probable que los acuerdos de franquicia de este franquiciador cumplan las condiciones para obtener una exención conforme al artículo 53, apartado 3, por cuanto las obligaciones contenidas en los mismos se contemplan en el artículo 53, apartado 1.

2.6 Suministro exclusivo

- 192) Bajo el título de suministro exclusivo se incluyen las restricciones que tienen como elemento principal el hecho de que el proveedor se ve obligado o inducido a vender los productos objeto del contrato única o principalmente a un comprador, en general o para un uso particular. Dichas restricciones pueden adoptar la forma de una obligación de suministro exclusivo, limitando al proveedor a que venda solamente a un comprador a efectos de reventa o para un uso particular, pero por ejemplo también puede adoptar la forma de obligación del proveedor de venta de una cantidad fija, acordándose los incentivos entre el proveedor y el comprador, lo que hace que el primero concentre sus ventas principalmente con un comprador. En el caso de los bienes o servicios intermedios, el suministro exclusivo se denomina a menudo suministro industrial.

- 193) El suministro exclusivo queda exento por la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no rebasa el 30 %, aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves; por ejemplo, no competencia. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar casos concretos de suministro exclusivo por encima del umbral de cuota de mercado.
- 194) Desde el punto de vista de las normas de competencia, el principal riesgo del suministro exclusivo reside en la exclusión de otros compradores. Hay una semejanza con los posibles efectos de la distribución exclusiva, en especial cuando el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado (véase la sección 2.2, en especial el apartado 156). La cuota de mercado del comprador en el nivel superior del mercado es sin duda importante para evaluar su capacidad para imponer el suministro exclusivo, que excluye el acceso de otros compradores a los suministros. La importancia del comprador en el nivel inferior del mercado es, sin embargo, el factor que determina si puede plantearse un problema de competencia. Si el comprador no posee ningún poder de mercado en el nivel inferior, no cabe esperar ningún efecto negativo apreciable para los consumidores. No obstante, es previsible que se produzcan efectos negativos cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior del mercado de suministro así como en el nivel superior del mercado de compra supera el 30 %. Cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel superior no excede del 30 %, pueden seguir produciéndose importantes efectos de exclusión, especialmente cuando la cuota de mercado del comprador en el nivel inferior excede del 30 % y el suministro exclusivo se refiere a un uso particular de los productos objeto del contrato. Si una empresa ocupa una posición dominante en el nivel inferior del mercado, cualquier obligación para suministrar los productos exclusiva o principalmente al comprador dominante es fácil que surta efectos anticompetitivos graves.
- 195) No sólo es de importancia la posición de mercado del comprador en los niveles superior e inferior del mercado, sino también en qué medida y por cuánto tiempo existe una obligación de suministro exclusivo. Cuanto mayor sea el porcentaje de suministro vinculado y la duración del suministro exclusivo, más importante será previsiblemente la exclusión. Los acuerdos de suministro exclusivo de duración inferior a cinco años suscritos por empresas no dominantes requieren por lo general sopesar los efectos favorables y los anticompetitivos; en cambio, los acuerdos de duración superior a cinco años no se consideran, en la mayoría de los tipos de inversiones, necesarios para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión de tales acuerdos de suministro exclusivo a largo plazo.
- 196) La posición de mercado de los compradores competidores en el nivel superior del mercado es importante, pues es probable que se excluya a los compradores competidores por motivos anticompetitivos, es decir, para aumentar sus costes, si son claramente más pequeños que el comprador que practica la exclusión. La exclusión de compradores competidores ya establecidos no es muy probable si éstos poseen un poder de compra similar y pueden ofrecer a los proveedores posibilidades de venta similares. En ese caso, sólo puede excluirse a operadores potenciales, que pueden no estar en condiciones de garantizar suministros cuando toda una serie de compradores principales suscribe contratos de suministro exclusivo con la mayoría de los proveedores del mercado. Este efecto acumulativo puede llevar a la retirada del beneficio de la Exención por Categorías.
- 197) Los obstáculos a la entrada al nivel del proveedor son pertinentes para establecer si existe una exclusión real. En la medida en que para los compradores competidores sea eficiente suministrar por sí mismos este bien o servicio mediante una integración vertical ascendente, es poco probable que la exclusión constituya un problema real. Sin embargo, existen a menudo importantes obstáculos a la entrada.
- 198) El poder de compensación de los proveedores es pertinente, ya que no es fácil que proveedores importantes permitan que se les impida el acceso a compradores alternativos. La exclusión supone por tanto un riesgo principalmente en caso de proveedores débiles y compradores fuertes. En caso de proveedores fuertes, el suministro exclusivo puede combinarse con la cláusula de no competencia. La combinación con la cláusula de no competencia hace aplicables las normas en materia de marca única. Cuando existan inversiones ligadas específicamente a la relación por ambos lados (problema de «cautividad»), la combinación de la cláusula de suministro exclusivo y de la cláusula de no competencia, es decir, la exclusividad recíproca en acuerdos de suministro industriales, está generalmente justificada debajo del nivel de posición dominante.

- 199) Por último, el nivel de comercio y la naturaleza del producto son pertinentes para determinar la exclusión anticompetitiva. La exclusión es menos probable en el caso de un producto intermedio o cuando el producto es homogéneo. En primer lugar, un fabricante excluido que usa ciertos insumos posee generalmente más flexibilidad para atender a la demanda de sus clientes que el mayorista o minorista para atender a la demanda del consumidor final, para el cual las marcas pueden desempeñar un papel importante. En segundo, la pérdida de una posible fuente de suministro es menos grave para los compradores excluidos en caso de productos homogéneos que en el caso de un producto heterogéneo de grados y calidades diversos. Cuando se trata de productos finales de marca o de productos intermedios diferenciados donde existen obstáculos de acceso, el suministro exclusivo puede tener graves efectos anticompetitivos si los compradores competidores son relativamente pequeños en comparación con el comprador, aun cuando éste no sea dominante en el nivel inferior del mercado.
- 200) Cabe prever que existan eficiencias en caso de problema de cautividad (apartado 107, letras d) y e)), y dichas eficiencias son más probables en productos intermedios que en productos finales. Otras eficiencias son menos probables. No parece previsible que las posibles economías de escala en la distribución (apartado 107, letra g)) justifiquen el suministro exclusivo.
- 201) En caso de problema de cautividad, y aún más en caso de economías de escala en la distribución, la imposición de cantidades al proveedor, tales como los requisitos mínimos de suministro, bien podría constituir una alternativa menos restrictiva.
- 202) Ejemplo de suministro exclusivo:

En el mercado de un determinado tipo de componentes (mercado de producto intermedio) el proveedor A acuerda con el comprador B desarrollar, con sus propios conocimientos técnicos, mediante una inversión considerable en nuevas máquinas y con ayuda de las especificaciones suministradas por el comprador B, una versión diferente del componente. B deberá hacer inversiones considerables para incorporar el nuevo componente. Se acuerda que A sólo suministre el nuevo producto al comprador B durante un período de 5 años a partir de la fecha de la primera entrada en el mercado. B estará obligado a comprar exclusivamente a A el nuevo producto durante el mismo período de 5 años. Tanto A como B pueden seguir respectivamente vendiendo y comprando otras versiones del componente. La cuota de mercado del comprador B en el nivel superior del mercado del componente y en el nivel inferior del mercado de los bienes finales es de un 40 %. La cuota de mercado del proveedor del componente es de un 35 %. Existen otros dos proveedores de componentes con cuotas de mercado de alrededor del 20-25 %, así como una serie de pequeños proveedores.

El acuerdo, dadas las considerables inversiones, es probable que cumpla las condiciones del artículo 53, apartado 3, habida cuenta de las eficiencias y de lo limitado del efecto de exclusión. Se excluye a otros compradores de una versión concreta de un producto de un proveedor que posee una cuota de mercado del 35 %, y existen otros proveedores de componentes que pueden desarrollar nuevos productos del mismo tipo. La exclusión de parte de la demanda del comprador B a otros proveedores se limita a un máximo del 40 % del mercado.

2.7. Pagos de acceso inicial

- 203) Los pagos de acceso inicial son cánones fijos que los proveedores pagan a los distribuidores en el marco de una relación vertical al principio de un período, para obtener acceso a su red de distribución y remunerar servicios proporcionados a los proveedores por los minoristas. Esta categoría incluye diversas prácticas tales como tasas por asignación de espacio ⁽¹⁾, las llamadas «tasas de mantenimiento» ⁽²⁾, los pagos para tener acceso a las campañas de promoción de un distribuidor, etc. Los pagos de acceso inicial se benefician de una exención en virtud de la Exención por Categorías cuando las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no exceden del 30 %. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para la evaluación de los pagos de acceso inicial en casos concretos por encima del umbral de la cuota de mercado.

⁽¹⁾ Cánones fijos que los fabricantes pagan a los minoristas para obtener acceso a su espacio de estantería.

⁽²⁾ Pagos globales realizados para garantizar la presencia continua de un producto existente en estantería durante otro período.

- 204) Los pagos de acceso inicial pueden a veces dar lugar a una exclusión anticompetitiva de otros distribuidores, si tales pagos inducen al proveedor a canalizar sus productos solamente a través de un distribuidor o un número limitado de distribuidores. Un canon elevado puede hacer que un proveedor desee canalizar un volumen considerable de sus ventas a través de su distribuidor a fin de cubrir los costes del canon. En este caso, los pagos de acceso inicial pueden tener el mismo efecto de exclusión en sentido descendente que una obligación de suministro exclusivo. La evaluación de este efecto negativo se hace por analogía con la evaluación de obligaciones de suministro exclusivo (véanse, en particular, los apartados 194-199).
- 205) Excepcionalmente, los pagos de acceso inicial pueden también dar lugar a una exclusión anticompetitiva de otros proveedores si el uso extendido de los mismos aumenta las barreras a la entrada a los pequeños entrantes. La evaluación de este posible efecto negativo se hace por analogía con la evaluación de las obligaciones de marca única (véanse, en especial, los apartados 132-141).
- 206) Además de los posibles efectos de exclusión, los pagos de acceso inicial pueden debilitar la competencia y facilitar la colusión entre distribuidores. Es probable que los pagos de acceso inicial aumenten el precio cobrado por el proveedor por los productos objeto del contrato, puesto que el proveedor debe cubrir esos pagos. Unos precios de suministro más elevados pueden reducir el incentivo de los minoristas a competir en precio en el mercado en sentido descendente, mientras que los beneficios de los distribuidores aumentan a consecuencia de los pagos de acceso. Tal reducción de la competencia entre distribuidores a través del uso acumulativo de pagos de acceso inicial requiere normalmente una gran concentración del mercado de la distribución.
- 207) Sin embargo, el uso de pagos de acceso inicial puede en muchos casos contribuir a una asignación eficaz del espacio en las estanterías para los nuevos productos. Los distribuidores tienen a menudo menos información que los proveedores sobre el potencial de éxito de los nuevos productos que se introducen en el mercado y, como consecuencia de ello, la cantidad de productos que se almacenan puede ser inferior a la óptima. Los pagos de acceso inicial pueden utilizarse para reducir esta asimetría en la información entre proveedores y distribuidores, permitiendo explícitamente a los proveedores competir por el espacio de las estanterías. El distribuidor puede recibir así una señal sobre qué productos pueden tener éxito, puesto que un proveedor aceptaría normalmente efectuar unos pagos de acceso inicial si estima que hay pocas probabilidades de fracaso con la introducción del producto.
- 208) Además, debido a la asimetría de la información mencionada en el apartado 207, los proveedores pueden tener incentivos para aprovecharse de los esfuerzos promocionales de los distribuidores para introducir productos subóptimos. Si un producto no tiene éxito, los distribuidores pagarán parte de los costes del fracaso del producto. El uso de pagos de acceso inicial puede impedir este aprovechamiento, trasladando el riesgo de fracaso del producto de nuevo a los proveedores, contribuyendo así a un índice óptimo de introducción de productos.

2.8. Acuerdos de gestión por categoría

- 209) Los acuerdos de gestión por categoría son acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo en general no sólo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores. El capitán de categoría puede tener así una influencia sobre, por ejemplo, la ubicación del producto y su promoción en el establecimiento y la selección de productos para el establecimiento. Los acuerdos de gestión por categoría se benefician de una exención en virtud de la Exención por Categorías cuando las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no exceden del 30 %. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar casos concretos de acuerdos de gestión por categoría por encima del umbral de cuota de mercado.
- 210) Mientras que en la mayoría de los casos los acuerdos de gestión por categoría no son problemáticos, a veces pueden distorsionar la competencia entre los proveedores y dar lugar finalmente a una exclusión anticompetitiva de otros proveedores, si el capitán de categoría puede, debido a su influencia sobre las decisiones de comercialización del distribuidor, limitar o perjudicar la distribución de los productos de

proveedores competidores. Mientras que en la mayoría de los casos el distribuidor no tiene probablemente interés en limitar su elección de productos, cuando el distribuidor también vende productos competidores bajo su propia marca (marcas de distribuidor), el distribuidor puede también tener incentivos para excluir a ciertos proveedores, en especial de productos de gama intermedia. La evaluación de dicho efecto de exclusión en el mercado ascendente se hace por analogía con la evaluación de las obligaciones de marca única (véanse, en particular, los apartados 132-141) abordando cuestiones como la cobertura de mercado de estos acuerdos, la posición de mercado de los proveedores competidores y el posible uso acumulativo de tales acuerdos.

- 211) Además, los acuerdos de gestión por categoría pueden facilitar la colusión entre distribuidores cuando el mismo proveedor actúa de capitán de categoría para todos o la mayoría de los distribuidores competidores de un mercado y proporciona a estos distribuidores un punto de referencia común para sus decisiones de comercialización.
- 212) La gestión por categoría también puede facilitar la colusión entre proveedores debido a las mayores oportunidades de intercambiar información sensible del mercado a través de los minoristas, como por ejemplo información relacionada con los precios futuros, planes promocionales o campañas publicitarias⁽¹⁾.
- 213) Sin embargo, el uso de acuerdos de gestión por categoría también puede dar lugar a eficiencias. Los acuerdos de gestión por categoría pueden permitir a los distribuidores acceder a los conocimientos de mercadotecnia del proveedor para un determinado grupo de productos y lograr economías de escala en la medida en que se aseguran de que la cantidad óptima de productos se presente puntual y directamente en las estanterías. Como la gestión por categoría se basa en los hábitos de los clientes, los acuerdos de gestión por categoría pueden dar lugar a una mayor satisfacción de los clientes en la medida en que ayudan a cubrir mejor las expectativas de la demanda. En general, cuanto mayor es la competencia intermarca y menor el coste de cambio de los consumidores, mayores serán los beneficios económicos que se logren a través de la gestión por categoría.

2.9 Vinculación

- 214) La vinculación hace referencia a las situaciones en las que se obliga a los clientes que compran un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto del fabricante (el producto vinculado). La vinculación puede constituir un abuso en el sentido del artículo 54⁽²⁾. Asimismo, la vinculación puede constituir una restricción vertical contemplada en el artículo 53 si redundando en una obligación de marca única (véase los apartados 129 a 150) en lo que respecta al producto vinculado. Sólo esta última situación se aborda en las presentes Directrices.
- 215) Que los productos se consideren distintos o no depende de la demanda de los consumidores. Dos productos son distintos si, no existiendo una vinculación, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado⁽³⁾. Las pruebas de que dos productos son distintos pueden consistir en pruebas directas de que, pudiendo elegir, los clientes compran por separado el producto vinculante y el vinculado a fuentes de suministro distintas, o en pruebas indirectas tales como la presencia en el mercado de empresas especializadas en la fabricación o venta del producto vinculado sin el producto vinculante⁽⁴⁾, o en pruebas que indiquen que las empresas con poco poder de mercado, especialmente en mercados competitivos, tienden a no vincular o vender por paquetes estos productos. Por ejemplo, habida cuenta de que los clientes desean comprar zapatos con cordones y no es viable que los distribuidores aten los nuevos zapatos con los cordones que elijan los clientes, se ha convertido en práctica comercial que los fabricantes de zapatos suministren zapatos con cordones. Por tanto, la venta de zapatos con cordones no representa una práctica de vinculación.

⁽¹⁾ El intercambio directo de información entre competidores no está cubierto por la Exención por Categorías, véase el artículo 2, apartado 4, de dicho acto y los apartados 27-28 de estas Directrices.

⁽²⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-333/94, P *Tetrapak contra Comisión*, Rec. 1996, p. I-5951, apartado 37. Véase también la Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO C 45 de 24.2.2009, p. 7.

⁽³⁾ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-201/04 *Microsoft contra Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601, apartados 917, 921 y 922.

⁽⁴⁾ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-30/89, *Hilti contra Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, apartado 67.

- 216) La vinculación puede dar lugar a efectos de exclusión anticompetitiva en el mercado vinculado, el mercado vinculante, o ambos a la vez. El efecto de exclusión depende del porcentaje vinculado sobre el total de las ventas en el mercado del bien vinculado. Para determinar qué puede calificarse de exclusión considerable con arreglo al apartado 1 del artículo 53 puede aplicarse el análisis de la marca única. Existe vinculación cuando se da por lo menos una forma de imposición de cantidades al comprador en lo que respecta al bien vinculado. Cuando, además, se acuerda una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculado, se acentúa el posible efecto de exclusión en el mercado de dicho producto. La vinculación puede suponer una menor competencia para los clientes interesados en comprar el producto vinculado, pero no el producto vinculante. Si no hay un número suficiente de clientes que vayan a comprar sólo el producto vinculado que permita sostener a los competidores de la empresa dominante en el mercado vinculado, la vinculación puede dar lugar a que dichos clientes tengan que pagar unos precios más elevados. Si el producto vinculado es un producto complementario importante para los consumidores del producto vinculante, una disminución de los proveedores alternativos del producto vinculado, y por lo tanto una menor disponibilidad de este producto, puede hacer que sea más difícil entrar únicamente en el mercado vinculante.
- 217) La vinculación también puede llevar a precios superiores al precio competitivo, especialmente en tres tipos de situaciones. En primer lugar, si el producto vinculante y el vinculado pueden utilizarse en proporciones variables como insumos de un proceso de producción, los clientes pueden reaccionar ante un aumento del precio del producto vinculante aumentando su demanda del producto vinculado y disminuyendo al mismo tiempo su demanda del producto vinculante. La vinculación de los dos productos por la empresa dominante puede intentar evitar esta sustitución y en consecuencia poder subir sus precios. En segundo lugar, cuando la vinculación permite que se produzcan discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del bien vinculante; por ejemplo, cuando se vincula la venta de cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopiadoras (*metering*). En tercer lugar, cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un bien de equipo original con un plazo largo de sustitución, resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación.
- 218) La vinculación se beneficia de la exención en virtud de la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado del proveedor, tanto en el mercado del producto vinculado como en el mercado del producto vinculante, y la cuota de mercado del comprador, en los mercados ascendentes pertinentes, no exceden del 30 %. Esto puede combinarse con otras restricciones verticales, que en virtud de dicho acto no son restricciones verticales especialmente graves, como la cláusula de no competencia, la imposición de cantidades con respecto al bien vinculante o la adquisición exclusiva. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para la evaluación de la vinculación en casos concretos por encima del umbral de cuota de mercado.
- 219) Lógicamente, la posición del proveedor en el mercado del producto vinculante reviste una importancia crucial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos. En general, es el proveedor quien impone este tipo de acuerdo. La posición del proveedor en el mercado del bien vinculante es la razón principal de que a un comprador le pueda resultar difícil rechazar una obligación de vinculación.
- 220) Para valorar el poder de mercado del proveedor es importante la posición de sus competidores en el mercado del producto vinculante. En tanto sus competidores sean lo suficientemente numerosos y pujantes no cabe esperar efectos anticompetitivos, pues los compradores contarán con alternativas suficientes para adquirir el producto vinculante sin el producto vinculado, salvo en el supuesto de que otros proveedores estén aplicando sistemas de vinculación similares. Además, resultan pertinentes para determinar la posición del proveedor en el mercado los obstáculos de acceso al mercado del producto vinculante. Cuando la vinculación se combina con una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculante, el proveedor fortalece considerablemente su posición.
- 221) El poder de compra es un factor pertinente, pues los clientes importantes no se verán fácilmente forzados a aceptar la vinculación sin obtener por lo menos una parte de las posibles eficiencias. Por tanto, la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone fundamentalmente un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo.
- 222) Cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables se plantea la cuestión de una posible exención con arreglo al artículo 53, apartado 3. Las obligaciones de vinculación pueden contribuir a producir eficiencias derivadas de la producción o distribución conjuntas. En caso de que el proveedor no produzca el producto vinculado también pueden generarse eficiencias si éste adquiere grandes cantidades del producto vinculado. Para que la vinculación cumpla las

condiciones del artículo 53, apartado 3, debe demostrarse, no obstante, que por lo menos una parte de estas reducciones de costes se transmiten al consumidor, lo que no sucede normalmente cuando el minorista tiene capacidad para obtener de forma regular suministros de los mismos productos o de productos similares en condiciones mejores que las que ofrece el proveedor que aplica la vinculación. Puede existir otro tipo de eficiencia si la vinculación contribuye a garantizar una determinada uniformidad y normalización [apartado 107, letra i)]. No obstante, es necesario demostrar que los efectos positivos no pueden alcanzarse con el mismo grado de eficiencia exigiendo al comprador utilizar o revender productos que satisfagan niveles mínimos de calidad sin exigirle adquirirlos al proveedor o a un tercero designado por éste. Los requisitos relativos a los niveles mínimos de calidad quedarían, en principio, fuera del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1. En caso de que el proveedor del producto vinculante imponga al comprador los proveedores a los que debe comprar el producto vinculado, por ejemplo porque resulta imposible formular niveles mínimos de calidad, esta práctica también podría quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, especialmente cuando el proveedor del producto vinculante no obtiene un beneficio (financiero) directo de la designación de los proveedores del producto vinculado.

2.10 *Restricciones de los precios de reventa*

- 223) Según lo explicado en la sección III.3, el mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador, se tratan como restricciones especialmente graves. La inclusión del MPR en un acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo restringe la competencia y entra por tanto en el ámbito del artículo 53, apartado 1. También da lugar a la presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 53, apartado 3, razón por la cual no se aplica la exención por categorías. Sin embargo, las empresas tienen la posibilidad de alegar, en determinados casos, razones de eficiencia de conformidad con el artículo 53, apartado 3. Corresponde a las partes justificar que pueden obtenerse eficiencias de la inclusión del MPR en su acuerdo y demostrar que se cumplen todas las condiciones del artículo 53, apartado 3. Entonces corresponde al Órgano de Vigilancia de la AELC evaluar efectivamente los probables efectos negativos en la competencia y en los consumidores antes de decidir si se cumplen las condiciones del artículo 53, apartado 3.
- 224) El MPR puede restringir la competencia de varias maneras. En primer lugar, puede facilitar la colusión entre los proveedores aumentando la transparencia de los precios en el mercado, haciendo así más fácil detectar si un proveedor se desvía del equilibrio de colusión recortando su precio. El MPR también socava el incentivo para que el proveedor recorte su precio a sus distribuidores, pues el precio de reventa fijo impedirá que se beneficie de las mayores ventas. Dicho efecto negativo es en especial plausible si el mercado es propenso a la colusión, por ejemplo si los fabricantes forman un oligopolio estrecho, y una parte significativa del mercado está cubierta por acuerdos MPR. En segundo lugar, al eliminar la competencia de precios intramarca, el MPR puede también facilitar la colusión entre los compradores, es decir, al nivel de distribución. Los distribuidores fuertes o bien organizados pueden forzar o convencer a uno o más proveedores de que fijen su precio de reventa por encima del nivel competitivo y ayudarles así a alcanzar o estabilizar un equilibrio colusorio. Esta pérdida de competencia de precios parece especialmente problemática cuando el MPR está inspirado por los compradores, cuyos intereses horizontales colectivos se puede esperar que resulten negativos para los consumidores. En tercer lugar, el MPR puede, en términos más generales, relajar la competencia entre fabricantes o minoristas, en especial cuando los fabricantes utilizan a los mismos distribuidores para distribuir sus productos y el MPR es aplicado por todos o por muchos de ellos. En cuarto lugar, el efecto inmediato del MPR será que todos los distribuidores, o algunos de ellos, se vean impedidos de bajar su precio de venta de esa marca concreta. En otras palabras, el efecto directo del MPR es un incremento de los precios. En quinto lugar, el MPR puede reducir la presión sobre el margen del fabricante, en especial cuando el fabricante tiene un problema de compromiso, es decir, cuando tiene un interés en bajar el precio cobrado a los distribuidores posteriores. En esta situación, el fabricante puede preferir aceptar el MPR, a fin de permitirle comprometerse a no bajar el precio a los otros distribuidores y reducir la presión sobre su propio margen. En sexto lugar, un fabricante con poder de mercado para excluir a rivales más pequeños podrá aplicar el MPR. El mayor margen que el MPR pueda ofrecer a los distribuidores podrá animarlos a favorecer la marca concreta en detrimento de marcas rivales al aconsejar a los clientes, incluso cuando este consejo no vaya en interés de dichos clientes, o a no vender las marcas rivales. Por último, el MPR puede reducir el dinamismo y la innovación al nivel de la distribución. Al impedir la competencia de precios entre los distintos distribuidores, el MPR puede impedir que los minoristas más eficientes se incorporen al mercado o adquieran suficiente escala con precios bajos. También puede impedir u obstaculizar la entrada y la expansión de formas de distribución basadas en precios bajos, como los almacenes de descuento.
- 225) Sin embargo, el MPR puede no solamente restringir la competencia, sino también dar lugar a eficiencias, en particular cuando está orientado por el proveedor, que se evaluarán de conformidad con el artículo 53, apartado 3. En particular, cuando un fabricante introduce un nuevo producto, el MPR puede ser útil durante el período introductorio de expansión de la demanda para inducir a los

distribuidores a tener más en cuenta el interés del fabricante de promover el producto. El MPR puede proporcionar a los distribuidores medios para aumentar los esfuerzos de ventas, y si los distribuidores en este mercado están bajo una presión competitiva, esto puede inducirles a ampliar la demanda global del producto y a hacer del lanzamiento del producto un éxito, también en beneficio de los consumidores ⁽¹⁾. Del mismo modo, los precios de reventa fijos, y no sólo los precios de reventa máximos, pueden ser necesarios para organizar en un sistema de franquicia o en un sistema de distribución similar, que aplique un formato de distribución uniforme, una campaña coordinada de precios bajos a corto plazo (2 a 6 semanas en la mayoría de los casos) que beneficie también a los consumidores. En algunas situaciones, el margen extra proporcionado por el MPR puede permitir a los minoristas proporcionar servicios preventa (adicionales), en particular en caso de productos nuevos o productos complejos. Si suficientes clientes aprovechan tales servicios para realizar su elección pero luego compran a precio más bajo a minoristas que no proporcionen tales servicios (y por tanto sin incurrir en estos costes), los minoristas que proporcionan más servicios podrán reducir o suprimir estos servicios que elevan la demanda del producto del proveedor. El MPR podrá ayudar a impedir este parasitismo al nivel de la distribución. Las partes tendrán que demostrar de forma convincente que del acuerdo MPR puede esperarse no sólo que proporcione los medios, sino también el incentivo para superar el posible parasitismo entre minoristas en estos servicios, y que los servicios preventa benefician globalmente a los consumidores, como parte de la demostración de que se cumplen todas las condiciones del artículo 53, apartado 3.

- 226) La práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor o de exigirle que respete un precio máximo de reventa está cubierta por la Exención por Categorías cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no excede del umbral del 30 %, siempre que no suponga un precio de venta mínimo o fijo a resultas de la presión o de los incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes. En esta sección, a continuación, se facilitan orientaciones para evaluar los casos de precios máximos o precios recomendados y los casos de retirada de la exención por categorías.
- 227) El posible riesgo que representan para la competencia los precios máximos y recomendados es que actuarán como punto de referencia para los revendedores y podría ser aplicado por la mayoría o la totalidad de ellos, y que los precios máximos o recomendados pueden debilitar la competencia o facilitar la colusión entre proveedores.
- 228) Un factor importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la posición de mercado del proveedor. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del proveedor, mayor será el riesgo de que un precio de reventa máximo o recomendado lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que éstos podrían utilizarlo como punto de referencia. Los revendedores podrían tener dificultades para desviarse de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado.
- 229) Cuando se establecen efectos anticompetitivos apreciables para los precios máximos o recomendados de reventa, surge la cuestión de una posible exención de conformidad con el artículo 53, apartado 3. Para los precios máximos de reventa, la eficiencia descrita en el apartado 107, letra f) (evitar la doble marginalización), puede ser especialmente pertinente. Un precio de reventa máximo puede ayudar también a que la marca en cuestión compita más fuertemente con otras marcas, incluidos los productos de marca propia, distribuidos por el mismo distribuidor.

⁽¹⁾ Esto presupone que no es práctico para el proveedor imponer a todos los compradores por contrato unos requisitos de promoción, véase también el apartado 107, letra a).

Precio de suscripción 2012 (sin IVA, gastos de envío ordinario incluidos)

Diario Oficial de la UE, series L + C, solo edición impresa	22 lenguas oficiales de la UE	1 200 EUR al año
Diario Oficial de la UE, series L + C, edición impresa + DVD anual	22 lenguas oficiales de la UE	1 310 EUR al año
Diario Oficial de la UE, serie L, solo edición impresa	22 lenguas oficiales de la UE	840 EUR al año
Diario Oficial de la UE, series L + C, DVD mensual (acumulativo)	22 lenguas oficiales de la UE	100 EUR al año
Suplemento del Diario Oficial (serie S: Anuncios de contratos públicos), DVD semanal	Plurilingüe: 23 lenguas oficiales de la UE	200 EUR al año
Diario Oficial de la UE, serie C: Oposiciones	Lengua(s) en función de la oposición	50 EUR al año

La suscripción al *Diario Oficial de la Unión Europea*, que se publica en las lenguas oficiales de la Unión Europea, está disponible en 22 versiones lingüísticas. Incluye las series L (Legislación) y C (Comunicaciones e informaciones).

Cada versión lingüística es objeto de una suscripción aparte.

Con arreglo al Reglamento (CE) n° 920/2005 del Consejo, publicado en el Diario Oficial L 156 de 18 de junio de 2005, que establece que las instituciones de la Unión Europea no estarán temporalmente vinculadas por la obligación de redactar todos los actos en irlandés y de publicarlos en esta lengua, los Diarios Oficiales publicados en lengua irlandesa se comercializan aparte.

La suscripción al Suplemento del Diario Oficial (serie S: Anuncios de contratos públicos) reagrupa las 23 versiones lingüísticas oficiales en un solo DVD plurilingüe.

Previa petición, las personas suscritas al *Diario Oficial de la Unión Europea* podrán recibir los anexos del Diario Oficial. La publicación de estos anexos se comunica mediante una «Nota al lector» insertada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Venta y suscripciones

Las suscripciones a diversas publicaciones periódicas de pago, como la suscripción al *Diario Oficial de la Unión Europea*, están disponibles en nuestra red de distribuidores comerciales, cuya relación figura en la dirección siguiente de Internet:

http://publications.europa.eu/others/agents/index_es.htm

EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu>) ofrece acceso directo y gratuito a la legislación de la Unión Europea. Desde este sitio puede consultarse el *Diario Oficial de la Unión Europea*, así como los Tratados, la legislación, la jurisprudencia y la legislación en preparación.

Para más información acerca de la Unión Europea, consulte: <http://europa.eu>

