

## II

(Comunicaciones)

## COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

## COMISIÓN EUROPEA

## COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

**Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal**

(2023/C 259/01)

## ÍNDICE

|                                                                                                                              | <i>Página</i> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 1. Introducción .....                                                                                                        | 7             |
| 1.1. Objeto y estructura de las presentes Directrices .....                                                                  | 7             |
| 1.2. Aplicabilidad del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal .....                                           | 8             |
| 1.2.1. Introducción .....                                                                                                    | 8             |
| 1.2.2. Marco analítico .....                                                                                                 | 10            |
| 1.2.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....                                                              | 11            |
| 1.2.4. Restricciones de la competencia por el objeto .....                                                                   | 11            |
| 1.2.5. Efectos restrictivos de la competencia .....                                                                          | 12            |
| 1.2.6. Restricciones accesorias .....                                                                                        | 13            |
| 1.2.7. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....                                                              | 14            |
| 1.2.8. Acuerdos de cooperación horizontal generalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 ..... | 14            |
| 1.3. Relación con otras orientaciones, legislación y jurisprudencia .....                                                    | 15            |
| 2. Acuerdos de investigación y desarrollo .....                                                                              | 17            |
| 2.1. Introducción .....                                                                                                      | 17            |
| 2.2. Reglamento de exención por categorías para I+D .....                                                                    | 18            |

|        |                                                                                            |    |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2.1. | Definición de investigación y desarrollo en el REC I+D .....                               | 18 |
| 2.2.2. | Definición de los acuerdos de I+D en el REC I+D .....                                      | 18 |
| 2.2.3. | Condiciones para la exención en virtud del REC I+D .....                                   | 20 |
| 2.2.4. | Restricciones especialmente graves y excluidas .....                                       | 25 |
| 2.2.5. | Plazo pertinente para evaluar el cumplimiento de las condiciones del REC I+D .....         | 27 |
| 2.2.6. | Retirada del beneficio de la exención por categorías .....                                 | 27 |
| 2.2.7. | Período transitorio .....                                                                  | 28 |
| 2.3.   | Evaluación individual de los acuerdos de I+D en virtud del artículo 101, apartado 1 .....  | 28 |
| 2.3.1. | Mercados de referencia .....                                                               | 29 |
| 2.3.2. | Principales problemas de competencia .....                                                 | 29 |
| 2.3.3. | Acuerdos de I+D que generalmente no restringen la competencia .....                        | 30 |
| 2.3.4. | Restricciones de la competencia por el objeto .....                                        | 30 |
| 2.3.5. | Efectos restrictivos de la competencia .....                                               | 30 |
| 2.4.   | Evaluación individual de los acuerdos de I+D con arreglo al artículo 101, apartado 3 ..... | 32 |
| 2.4.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                | 32 |
| 2.4.2. | Carácter indispensable .....                                                               | 32 |
| 2.4.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                      | 32 |
| 2.4.4. | No eliminación de la competencia .....                                                     | 32 |
| 2.5.   | Momento pertinente para la evaluación .....                                                | 33 |
| 2.6.   | Ejemplos .....                                                                             | 33 |
| 3.     | Acuerdos de producción .....                                                               | 36 |
| 3.1.   | Introducción .....                                                                         | 36 |
| 3.2.   | Mercados de referencia .....                                                               | 38 |
| 3.3.   | El REC de especialización .....                                                            | 39 |
| 3.3.1. | Acuerdos de producción cubiertos por el REC de especialización .....                       | 39 |

|        |                                                                                                 |    |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.3.2. | Otras disposiciones cubiertas por el REC de especialización .....                               | 40 |
| 3.3.3. | Distribución según el REC de especialización .....                                              | 40 |
| 3.3.4. | Servicios en el marco del REC de especialización .....                                          | 41 |
| 3.3.5. | Umbral de cuota de mercado y duración de la exención .....                                      | 41 |
| 3.3.6. | Restricciones especialmente graves en el REC de especialización .....                           | 42 |
| 3.3.7. | Retirada del beneficio del REC de especialización .....                                         | 42 |
| 3.3.8. | Período transitorio .....                                                                       | 43 |
| 3.4.   | Evaluación individual de los acuerdos de producción con arreglo al artículo 101, apartado 1 ... | 43 |
| 3.4.1. | Principales problemas de competencia .....                                                      | 43 |
| 3.4.2. | Restricciones de la competencia por el objeto .....                                             | 44 |
| 3.4.3. | Efectos restrictivos de la competencia .....                                                    | 44 |
| 3.5.   | Evaluación individual de los acuerdos de producción con arreglo al artículo 101, apartado 3 ... | 47 |
| 3.5.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                     | 47 |
| 3.5.2. | Carácter indispensable .....                                                                    | 48 |
| 3.5.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                           | 48 |
| 3.5.4. | No eliminación de la competencia .....                                                          | 48 |
| 3.6.   | Acuerdos de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones móviles .....              | 48 |
| 3.7.   | Ejemplos .....                                                                                  | 51 |
| 4.     | Acuerdos de compra .....                                                                        | 55 |
| 4.1.   | Introducción .....                                                                              | 55 |
| 4.2.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....                                        | 56 |
| 4.2.1. | Principales problemas de competencia .....                                                      | 56 |
| 4.2.2. | Restricciones de la competencia por el objeto .....                                             | 56 |
| 4.2.3. | Efectos restrictivos de la competencia .....                                                    | 58 |
| 4.3.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....                                        | 61 |

|        |                                                                                                            |    |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.3.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                                | 61 |
| 4.3.2. | Carácter indispensable .....                                                                               | 61 |
| 4.3.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                                      | 61 |
| 4.3.4. | No eliminación de la competencia .....                                                                     | 62 |
| 4.4.   | Ejemplos .....                                                                                             | 62 |
| 5.     | Acuerdos de comercialización .....                                                                         | 66 |
| 5.1.   | Introducción .....                                                                                         | 66 |
| 5.2.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....                                                   | 67 |
| 5.2.1. | Principales problemas de competencia .....                                                                 | 67 |
| 5.2.2. | Restricciones de la competencia por el objeto .....                                                        | 67 |
| 5.2.3. | Efectos restrictivos de la competencia .....                                                               | 68 |
| 5.3.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....                                                   | 69 |
| 5.3.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                                | 69 |
| 5.3.2. | Carácter indispensable .....                                                                               | 70 |
| 5.3.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                                      | 70 |
| 5.3.4. | No eliminación de la competencia .....                                                                     | 70 |
| 5.4.   | Consortios de licitadores .....                                                                            | 70 |
| 5.5.   | Ejemplos .....                                                                                             | 73 |
| 6.     | Intercambio de información .....                                                                           | 76 |
| 6.1.   | Introducción .....                                                                                         | 76 |
| 6.2.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....                                                   | 77 |
| 6.2.1. | Introducción .....                                                                                         | 77 |
| 6.2.2. | Principales problemas de competencia derivados del intercambio de información comercial confidencial ..... | 78 |
| 6.2.3. | Naturaleza de la información intercambiada .....                                                           | 80 |
| 6.2.4. | Las características del intercambio de información comercial confidencial .....                            | 83 |

|        |                                                                                                               |     |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.2.5. | Características del mercado .....                                                                             | 87  |
| 6.2.6. | Restricción de la competencia por el objeto .....                                                             | 88  |
| 6.2.7. | Restricción de la competencia por el efecto .....                                                             | 90  |
| 6.3.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....                                                      | 91  |
| 6.3.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                                   | 91  |
| 6.3.2. | Carácter indispensable .....                                                                                  | 92  |
| 6.3.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                                         | 92  |
| 6.3.4. | No eliminación de la competencia .....                                                                        | 92  |
| 6.4.   | Ejemplos, pasos de autoevaluación y cuadro orientativo sobre la responsabilidad en diferentes contextos ..... | 92  |
| 7.     | Acuerdos de estandarización .....                                                                             | 96  |
| 7.1.   | Introducción .....                                                                                            | 96  |
| 7.2.   | Mercados de referencia .....                                                                                  | 97  |
| 7.3.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....                                                      | 97  |
| 7.3.1. | Principales problemas de competencia .....                                                                    | 97  |
| 7.3.2. | Restricciones de la competencia por el objeto .....                                                           | 99  |
| 7.3.3. | Efectos restrictivos de la competencia .....                                                                  | 99  |
| 7.4.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....                                                      | 104 |
| 7.4.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                                   | 104 |
| 7.4.2. | Carácter indispensable .....                                                                                  | 104 |
| 7.4.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                                         | 105 |
| 7.4.4. | No eliminación de la competencia .....                                                                        | 105 |
| 7.5.   | Ejemplos .....                                                                                                | 105 |
| 8.     | Cláusulas estándar .....                                                                                      | 107 |
| 8.1.   | Definiciones .....                                                                                            | 107 |
| 8.2.   | Mercados de referencia .....                                                                                  | 107 |

|        |                                                                                             |     |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 8.3.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....                                    | 107 |
| 8.3.1. | Principales problemas de competencia .....                                                  | 107 |
| 8.3.2. | Restricción de la competencia por el objeto .....                                           | 107 |
| 8.3.3. | Efectos restrictivos de la competencia .....                                                | 107 |
| 8.4.   | Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....                                    | 109 |
| 8.4.1. | Eficiencias .....                                                                           | 109 |
| 8.4.2. | Carácter indispensable .....                                                                | 109 |
| 8.4.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                       | 109 |
| 8.4.4. | No eliminación de la competencia .....                                                      | 109 |
| 8.5.   | Ejemplos .....                                                                              | 109 |
| 9.     | Acuerdos de sostenibilidad .....                                                            | 110 |
| 9.1.   | Introducción .....                                                                          | 110 |
| 9.2.   | Acuerdos de sostenibilidad que es poco probable que planteen problemas de competencia ..... | 112 |
| 9.3.   | Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....  | 113 |
| 9.3.1. | Principios generales .....                                                                  | 113 |
| 9.3.2. | Acuerdos de estandarización de la sostenibilidad .....                                      | 114 |
| 9.4.   | Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....  | 117 |
| 9.4.1. | Mejoras de eficiencia .....                                                                 | 117 |
| 9.4.2. | Carácter indispensable .....                                                                | 117 |
| 9.4.3. | Beneficio para los consumidores .....                                                       | 119 |
| 9.4.4. | No eliminación de la competencia .....                                                      | 122 |
| 9.5.   | Participación de las autoridades públicas .....                                             | 122 |
| 9.6.   | Ejemplos .....                                                                              | 122 |

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Objeto y estructura de las presentes Directrices

1. Las presentes Directrices sustituyen a las Directrices de 2011 sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal<sup>(1)</sup>. Tienen por objeto proporcionar seguridad jurídica al ayudar a las empresas a evaluar la compatibilidad de sus acuerdos de cooperación horizontal con las normas de competencia de la Unión y garantizar al mismo tiempo una protección efectiva de la competencia. También tienen por objeto facilitar a las empresas la cooperación en formas económicamente deseables y contribuir así, por ejemplo, a las transiciones ecológica y digital y al fomento de la resiliencia del mercado interior<sup>(2)</sup>.
2. Las Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal y las prácticas concertadas con arreglo al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («artículo 101») y proporcionan un marco analítico para facilitar la autoevaluación de los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales:
  - el primer capítulo contiene una introducción que establece el contexto en el que se aplica el artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal. En dicho capítulo también se explica la relación entre las presentes Directrices y otras orientaciones, actos legislativos y jurisprudencia que afectan a los acuerdos de cooperación horizontal. Las orientaciones de los capítulos 2 a 9 relativas a tipos específicos de acuerdos horizontales complementan las orientaciones más generales que se ofrecen en este capítulo introductorio. Por lo tanto, se recomienda leer siempre este capítulo primero antes de remitirse a esos otros capítulos;
  - el capítulo 2 se refiere a los acuerdos de investigación y desarrollo («I+D»), incluidas las orientaciones sobre la aplicación del Reglamento (UE) n.º 2023/1066 de la Comisión («REC I+D») <sup>(3)</sup>;
  - el capítulo 3 se refiere a los acuerdos de producción, incluidas las orientaciones sobre la aplicación del Reglamento (UE) n.º 2023/1067 de la Comisión («REC de especialización») <sup>(4)</sup>;
  - el capítulo 4 se refiere a los acuerdos de compra;
  - el capítulo 5 se refiere a los acuerdos de comercialización;
  - el capítulo 6 se refiere al intercambio de información;
  - el capítulo 7 se refiere a los acuerdos de estandarización;
  - el capítulo 8 se refiere a las cláusulas estándar.
3. Además, dado que la Comisión se ha comprometido a alcanzar los objetivos del Pacto Verde para la Unión Europea<sup>(5)</sup>, el capítulo 9 ofrece orientaciones sobre cómo se evaluarán los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales con arreglo al artículo 101 cuando persigan objetivos de sostenibilidad.
4. Dada la enorme diversidad de posibles tipos de cooperación horizontal y de sus combinaciones, así como la amplia variedad de condiciones de mercado en las que se pueden desarrollar, es difícil formular orientaciones concretas para cada situación posible. Por lo tanto, las presentes Directrices no constituyen una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente. Cada caso debe evaluarse en función de sus propios hechos.
5. Las orientaciones contenidas en las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación horizontal relativos a bienes, servicios y tecnologías.

<sup>(1)</sup> DO C 11 de 14.1.2011, p. 1.

<sup>(2)</sup> Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa» [COM(2021) 350 final].

<sup>(3)</sup> Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 143 de 2.6.2023, p. 9).

<sup>(4)</sup> Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 143 de 2.6.2023, p. 20).

<sup>(5)</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – El Pacto Verde Europeo [COM(2019) 640 final].

6. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden combinar diferentes etapas de la cooperación, por ejemplo, la I+D y la producción o comercialización de sus resultados. Tales acuerdos de cooperación combinados también están cubiertos por estas Directrices. Al utilizar las presentes Directrices para analizar dichos acuerdos combinados, todos los capítulos correspondientes a las distintas fases de la cooperación serán, por lo general, pertinentes. Sin embargo, para evaluar si una determinada conducta se considera una restricción de la competencia por el objeto o por el efecto, la orientación establecida en el capítulo correspondiente a la parte de la cooperación combinada que pueda considerarse su «centro de gravedad» regirá para toda la cooperación.
7. Dos factores son especialmente pertinentes para determinar el centro de gravedad de tales acuerdos de cooperación combinados: en primer lugar, el punto de partida de la cooperación y, en segundo lugar, el grado de integración de las distintas funciones que se combinan. Si bien no es posible establecer una norma precisa y definitiva que sea válida para todos los casos y todas las combinaciones posibles, es posible considerar que, en general:
  - a) el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que implique tanto la I+D en común como la producción (o distribución) conjunta de los resultados suele ser la I+D en común, a condición de que la producción (o distribución) conjunta solo tenga lugar si la I+D en común tiene éxito. En los casos en que los resultados de la I+D en común sean decisivos para la posterior producción en común (o distribución conjunta), prevalecerán las orientaciones del capítulo sobre acuerdos de I+D. El centro de gravedad de la cooperación sería diferente si las partes se hubieran dedicado a la producción en común (o a la distribución conjunta) en cualquier caso, es decir, con independencia de la I+D en común. En ese caso, la cooperación debe evaluarse como un acuerdo de producción en común (o comercialización conjunta), y prevalecen las orientaciones del capítulo sobre acuerdos de producción (o comercialización conjunta). Si el acuerdo prevé la plena integración de las actividades de las partes en el ámbito de la producción y solo una integración parcial de algunas actividades de I+D, el centro de gravedad de la cooperación sería la producción en común;
  - b) el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que implique tanto la especialización en la producción como la comercialización conjunta de los productos resultantes suele ser la especialización, ya que la comercialización conjunta solo suele tener lugar como consecuencia de la especialización;
  - c) el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que implica la producción en común y la comercialización conjunta de los productos resultantes es generalmente la producción en común, ya que la comercialización conjunta sólo tiene lugar generalmente como consecuencia de la producción en común.
8. La prueba del centro de gravedad solo se aplica a la relación entre los capítulos de estas Directrices, no a la relación entre los Reglamentos de exención por categorías. El alcance de un reglamento de exención por categorías se determina en sus disposiciones (véase el capítulo 2 para el REC I+D y el capítulo 3 para el REC de especialización). Si bien los ejemplos del apartado 7 ofrecen una indicación general de dónde puede situarse el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal combinados, en la práctica es necesario un análisis caso por caso basado en el contexto jurídico y económico específico de cada acuerdo.

## 1.2. Aplicabilidad del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal

### 1.2.1. Introducción

9. El artículo 101 tiene como objetivo asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos de cooperación horizontal para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior en detrimento último de los consumidores.
10. El artículo 101 se aplica a las empresas y asociaciones de empresas. Se entiende por «empresa» cualquier entidad constituida de elementos personales, materiales e inmateriales que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación <sup>(6)</sup>. Se entiende por «asociación de empresas» un organismo a través del cual empresas del mismo tipo en general coordinan su comportamiento en el mercado <sup>(7)</sup>. Las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación horizontal entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas.

<sup>(6)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU: C:2021:238, apartado 72, y la jurisprudencia en ella citada.

<sup>(7)</sup> En el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU: C:2014:2201, apartado 76, y las conclusiones del Abogado General Léger de 10 de julio de 2001, Wouters y otros, C-309/99, EU: C:2001:390, apartado 61.

11. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa <sup>(8)</sup>. Las empresas que forman parte de la misma entidad no se consideran competidoras a efectos de las presentes Directrices, aunque operen en los mismos mercados de productos y geográficos de referencia.
12. A efectos de establecer la responsabilidad por una infracción del artículo 101, el Tribunal de Justicia ha dictaminado que las empresas matrices y su empresa en participación forman una misma unidad económica y, por lo tanto, una única empresa en lo que respecta al Derecho de la competencia y al mercado o mercados de referencia, en la medida en que se demuestre que las empresas matrices de una empresa en participación ejercen una influencia decisiva sobre esta última <sup>(9)</sup>. A la luz de esta jurisprudencia, la Comisión no aplicará, en general, el artículo 101 a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas matrices y su empresa en participación en la medida en que se refieran a comportamientos que se produzcan en el mercado o mercados de referencia en los que la empresa en participación opera y en períodos en los que las empresas matrices ejerzan una influencia decisiva sobre la empresa en participación. No obstante, la Comisión aplicará en general el artículo 101 a las siguientes categorías de acuerdos:
  - a) acuerdos entre empresas matrices para crear una empresa en participación;
  - b) acuerdos entre empresas matrices para modificar el alcance de su empresa en participación;
  - c) acuerdos entre empresas matrices y su empresa en participación sobre productos o zonas geográficas en los que la empresa en participación no opera; y
  - d) acuerdos entre empresas matrices que no impliquen a su empresa en participación, incluso si el acuerdo se refiere a productos o zonas geográficas en los que opera la empresa en participación.
13. El hecho de que una empresa en participación y sus sociedades matrices se consideren parte de una misma empresa en un mercado determinado no obsta para que las sociedades matrices se consideren independientes en otros mercados <sup>(10)</sup>.
14. Para que el artículo 101 se aplique a una cooperación horizontal, debe existir una forma de coordinación entre competidores, a saber, un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada.

*A efectos del artículo 101 y de las presentes Directrices, un acuerdo se refiere a dos o más empresas que han expresado un acuerdo de voluntades para cooperar <sup>(11)</sup>. Una práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que no han celebrado un convenio, pero que sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas <sup>(12)</sup>. El concepto de práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos <sup>(13)</sup>.*

15. La existencia de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas no es indicativa por sí misma de que existe una restricción de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1. Con objeto de facilitar las referencias, a menos que se especifique otra cosa, en las presentes Directrices el término «acuerdo» también abarca las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas.
16. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden celebrarse entre competidores reales o potenciales. Dos empresas se tratan como competidores reales si realizan su actividad en el mismo mercado de producto y geográfico. Se considera que una empresa es competidora potencial de otra si, de no existir el acuerdo, es

<sup>(8)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, Viho/Comisión, C-73/95, EU:C:1996:405, apartado 51. El ejercicio de una influencia decisiva por parte de la empresa matriz sobre el comportamiento de una filial puede presuponerse en el caso de filiales propiedad de esta al cien por cien o cuando la sociedad matriz posee la totalidad de los derechos de voto asociados a las acciones de sus filiales; véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel NV y otros / Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 60 y siguientes; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2021, The Goldman Sachs Group Inc. / Comisión Europea, C-595/18 P, EU:C:2021:73, apartado 36.

<sup>(9)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2013, El du Pont de Nemours and Company / Comisión Europea, C-172/12 P, EU:C:2013:601, apartado 47, y sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, LG Electronics, Inc. y Koninklijke Philips Electronics NV / Comisión Europea, C-588/15 P y C-622/15 P, EU:C:2017:679, apartados 71 y 76.

<sup>(10)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, LG Electronics Inc. and Koninklijke Philips Electronics NV / Comisión, C-588/15 P y C-622/15 P, EU:C:2017:679, apartado 79.

<sup>(11)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2006, Comisión/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, apartado 37.

<sup>(12)</sup> Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 26; sentencia de 31 de marzo de 1993, Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, apartado 63.

<sup>(13)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 126, y la jurisprudencia en ella citada.

probable que la primera empresa realizara en un corto período de tiempo <sup>(14)</sup> las inversiones adicionales necesarias o asumiera los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa. Esta evaluación ha de basarse en datos realistas; no basta la mera posibilidad teórica de introducirse en el mercado <sup>(15)</sup>. Las referencias de las presentes Directrices a los competidores incluyen tanto a los competidores reales como a los potenciales, a menos que se indique lo contrario.

*Para evaluar si una empresa puede considerarse un competidor potencial de otra empresa, pueden ser pertinentes las siguientes consideraciones:*

- a) si la empresa tiene la determinación firme y la capacidad inherente de entrar en el mercado en un corto período de tiempo y no se enfrenta a barreras de entrada insuperables <sup>(16)</sup>;*
- b) si la empresa ha adoptado medidas preparatorias suficientes para poder entrar en el mercado de que se trate;*
- c) las posibilidades reales y concretas de que la empresa aún no activa acceda a dicho mercado y compita con una o varias de las demás empresas (la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado o incluso el mero deseo no son suficientes);*
- d) la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico en el que opera <sup>(17)</sup>;*
- e) la percepción de una empresa establecida en el mercado es un factor pertinente para apreciar la existencia de una relación de competencia entre esa parte y una empresa situada fuera del mercado, ya que, si esta última se percibe como un posible nuevo operador del mercado, puede, por el mero hecho de existir, ejercer una presión competitiva sobre la empresa establecida en dicho mercado.*

#### 1.2.2. Marco analítico

17. La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, consiste en evaluar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales <sup>(18)</sup> restrictivos de la competencia.
18. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios de ese acuerdo y en evaluar si esos beneficios compensan los efectos restrictivos de la competencia <sup>(19)</sup>. La ponderación de estos efectos restrictivos y favorables a la competencia se realiza exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3 <sup>(20)</sup>. Si las ventajas para los consumidores en el mercado de referencia no compensan la restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo es nulo de pleno derecho.
19. El artículo 101 no se aplica cuando el comportamiento contrario a la competencia de las empresas es exigido por una normativa nacional o por un marco jurídico nacional que elimina cualquier posibilidad de actividad

<sup>(14)</sup> Lo que constituye un «corto período de tiempo» depende del contexto jurídico y económico, de las circunstancias de hecho del asunto y, en especial, de si la empresa en cuestión es parte de un acuerdo de cooperación horizontal o un tercero. Cuando aplica el concepto de «corto período de tiempo» a efectos de evaluar si una parte de un acuerdo debe ser considerada un competidor potencial de otra parte, la Comisión considerará normalmente un período más largo que cuando aplica ese concepto a efectos de evaluar la capacidad de un tercero para ejercer una presión competitiva sobre las partes de un acuerdo. Para considerar que un tercero es un competidor potencial, la entrada en el mercado debería realizarse con suficiente rapidez de tal modo que la amenaza de la entrada potencial ejerza una presión sobre el comportamiento de las partes y de otros participantes en el mercado. Por estas razones, tanto el Reglamento de exención de los acuerdos de I+D como el de los acuerdos de especialización, consideran que un período de no más de tres años es un «corto período de tiempo».

<sup>(15)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 37 y 38.

<sup>(16)</sup> La existencia de una patente no puede considerarse, como tal, una barrera insuperable. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, Lundbeck/Comisión, C-591/16 P, EU:C:2021:243, apartados 38, 58 y 59.

<sup>(17)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 36-58.

<sup>(18)</sup> El artículo 101, apartado 1, prohíbe tanto los efectos contrarios a la competencia reales como los potenciales; véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, John Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 77; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 50.

<sup>(19)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services/Comisión, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 95.

<sup>(20)</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, EU:T:2003:281, apartado 107; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001, Métropole télévision (M6) y otros/Comisión, T-112/99, EU:T:2001:215, apartado 74; sentencia de 2 de mayo de 2006, O2/Comisión, T-328/03, EU:C:2006:116, apartados 69 y siguientes. Tener en cuenta los efectos favorables a la competencia permite apreciar la gravedad objetiva de una práctica. No se concibe como una *rule of reason*, en virtud de la cual debería efectuarse una comparación entre los efectos favorables y contrarios a la competencia de un acuerdo con ocasión de su calificación de «restricción de la competencia» con arreglo al artículo 101, apartado 1, véase la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 104.

competitiva por parte de las empresas implicadas <sup>(21)</sup>. En tales situaciones, a las empresas se les imposibilita adoptar comportamientos autónomos que puedan impedir, restringir o falsear la competencia <sup>(22)</sup>. El hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101 <sup>(23)</sup>. Las empresas siguen sujetas al artículo 101 si una ley nacional se limita a incitar o facilitarles comportamientos autónomos contrarios a la competencia, por ejemplo, si las autoridades públicas incitan a las empresas a celebrar acuerdos de cooperación horizontal para alcanzar un objetivo de política pública mediante la autorregulación.

#### 1.2.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

##### 1.2.3.1. Ventajas de la cooperación horizontal

20. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, entre ellos en materia de sostenibilidad, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar innovaciones más rápidamente. Del mismo modo, la cooperación horizontal puede ser un medio para abordar la escasez y las interrupciones de las cadenas de suministro o para reducir la dependencia de determinados productos, servicios y tecnologías.

##### 1.2.3.2. Preocupaciones derivadas de la cooperación horizontal

21. No obstante, los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia en el mercado de referencia de varias maneras. Tales acuerdos pueden, por ejemplo, dar lugar a una colusión entre las partes o a un cierre anticompetitivo del mercado.

Un acuerdo de cooperación horizontal también puede reducir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio. También puede hacer la coordinación más fácil, más estable o más efectiva para partes que ya se coordinaban antes, al reforzar dicha coordinación o permitir a las partes alcanzar precios aún más elevados. La cooperación horizontal puede llevar, por ejemplo, a la divulgación de información comercial confidencial, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación. Además, las partes pueden lograr unos costes comunes considerables (es decir, la proporción de costes variables comunes a las partes), de tal modo que puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción. Una pérdida de competencia también puede tener consecuencias negativas para la calidad o la variedad de productos, para la innovación y para otros parámetros de la competencia.

Algunos acuerdos de cooperación horizontal, por ejemplo, los de producción y estandarización, pueden plantear problemas de exclusión contraria a la competencia. El acuerdo puede impedir o restringir que los competidores de las partes compitan eficazmente, por ejemplo, negándoles el acceso a un insumo importante o bloqueando una ruta importante de acceso al mercado. El intercambio de información comercial confidencial también puede situar a los competidores no participantes en el sistema de intercambio en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que sí participan.

#### 1.2.4. Restricciones de la competencia por el objeto

22. Algunos tipos de cooperación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia <sup>(24)</sup>. En tales casos, cuando se haya demostrado que dicho comportamiento tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado <sup>(25)</sup>.
23. El concepto de restricciones de la competencia «por el objeto» debe interpretarse en sentido estricto y solo puede aplicarse a determinados acuerdos entre empresas que revelen, por sí mismos y teniendo en cuenta

<sup>(21)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom, C-280/08, EU:C:2010:603, apartados 80 y 81. Esta posibilidad se ha interpretado en sentido estricto; véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck, asuntos acumulados 209 a 215 y 218/78, EU:C:1980:248, apartados 130-134; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, Ladbroke Racing, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, EU:C:1997:531, apartados 33 y siguientes.

<sup>(22)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, apartados 54 y siguientes.

<sup>(23)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2006, FNCBV y otros/Comisión (Carnes de vacuno francesas), asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, EU:T:2006:391, apartado 92.

<sup>(24)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartados 49-50.

<sup>(25)</sup> Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 55; la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, apartado 16; la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 29 y siguientes; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 77.

- el contenido de sus disposiciones, sus objetivos y el contexto económico y jurídico en el que se inscriben, un grado de perjuicio para la competencia suficiente para considerar que no es necesario apreciar sus efectos <sup>(26)</sup>.
24. Según la jurisprudencia, las restricciones pueden calificarse de restricciones «por el objeto» sobre la base de una experiencia suficientemente fiable y sólida para considerar que el acuerdo de que se trata es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento de la competencia <sup>(27)</sup>, o sobre la base de las características específicas del acuerdo, de las que se puede deducir su especial carácter perjudicial para la competencia, en su caso a raíz de un análisis detallado del acuerdo, de sus objetivos y de su contexto económico y jurídico <sup>(28)</sup>.
  25. Para establecer una restricción «por su objeto», no es necesario que exista un vínculo directo entre el acuerdo y los precios al consumo <sup>(29)</sup>. El artículo 101 tiene por objeto proteger no solo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal <sup>(30)</sup>.
  26. Para evaluar si un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia <sup>(31)</sup>, se tienen en cuenta los siguientes elementos:
    - a) el contenido del acuerdo,
    - b) los objetivos que pretende alcanzar, y
    - c) el contexto económico y jurídico en el que se inscribe.
  27. A la hora de apreciar dicho contexto jurídico y económico, también es necesario tener en cuenta <sup>(32)</sup>:
    - a) la naturaleza de los bienes o servicios afectados, y
    - b) las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes <sup>(33)</sup>.
  28. Cuando las partes invoquen los posibles efectos favorables a la competencia de un acuerdo, dichos efectos deben tenerse debidamente en cuenta como elementos de contexto para calificar el acuerdo de restricción por el objeto, en la medida en que puedan cuestionar la apreciación global de si el acuerdo es suficientemente perjudicial para la competencia <sup>(34)</sup>. No obstante, a estos efectos, tales efectos favorables a la competencia no solo deben demostrarse y ser pertinentes, sino también estar relacionados específicamente con el acuerdo de que se trate y ser suficientemente significativos <sup>(35)</sup>.
  29. La intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el objeto contrario a la competencia de un acuerdo, pero puede tenerse en cuenta <sup>(36)</sup>.
- 1.2.5. *Efectos restrictivos de la competencia*
30. Aunque un acuerdo de cooperación horizontal no revele por sí mismo un grado suficiente de perjuicio para la competencia, puede seguir teniendo efectos restrictivos de la competencia. Para que un acuerdo de cooperación horizontal tenga efectos restrictivos de la competencia, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la

<sup>(26)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) Limited y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 67 y la jurisprudencia en ella citada.

<sup>(27)</sup> Sentencia de 2 de abril de 2020, Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank Nyrt. y otros, C-228/18, EU:C:2020:265, apartados 76 y 79.

<sup>(28)</sup> Véase la sentencia de 25 de marzo de 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, apartados 130-131, y la sentencia de 25 de marzo de 2021, Sun/Comisión, C-586/16 P, EU:C:2021:241, apartado 86. El hecho de que la Comisión no haya considerado previamente que un acuerdo similar al acuerdo controvertido era restrictivo «por el objeto» no le impide, por sí solo, hacerlo en el futuro.

<sup>(29)</sup> El precio es uno de los parámetros de la competencia, además de parámetros como la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.

<sup>(30)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 38 y 39; sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 125. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023, HSBC/Comisión, C-883/19 P, EU:C:2023:11, apartado 121.

<sup>(31)</sup> La Comisión considera que las restricciones identificadas como restricciones fundamentales en los Reglamentos de exención por categorías, las directrices y las comunicaciones constituyen, en general, restricciones por objeto.

<sup>(32)</sup> Respecto a los acuerdos sobre los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya haya declarado que constituyen infracciones especialmente graves de las normas de competencia, el análisis del contexto jurídico y económico puede limitarse a lo estrictamente necesario para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto; véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 29.

<sup>(33)</sup> Véase la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 53, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 117; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020, Budapest Bank y otros, C-228/18, EU:C:2020:265, apartado 51.

<sup>(34)</sup> Sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 103-107 y sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC/Comisión, C-883/19 P, EU:C:2023:11, apartado 139.

<sup>(35)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 107.

<sup>(36)</sup> Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 37; sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 54; y sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 118.

producción, la calidad de los productos, la variedad de productos o la innovación. Para determinar si tal es el caso, es preciso examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir ese acuerdo <sup>(37)</sup>.

31. El acuerdo puede tener efectos restrictivos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las empresas que son partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes <sup>(38)</sup>, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes, por ejemplo, produciendo un cambio en sus incentivos.
32. Para evaluar si un acuerdo tiene efectos restrictivos, son pertinentes los siguientes elementos:
  - a) la naturaleza y el contenido del acuerdo;
  - b) el marco concreto en el que se inscribe la cooperación, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes <sup>(39)</sup>;
  - c) hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado <sup>(40)</sup> y el acuerdo contribuye a la creación, el mantenimiento o el fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso de este;
  - d) los efectos restrictivos de la competencia pueden ser reales y potenciales, pero, en cualquier caso, deben ser suficientemente apreciables <sup>(41)</sup>.
33. En algunos casos, las empresas celebran acuerdos de cooperación horizontal porque, sobre la base de factores objetivos, no podrían llevar a cabo el proyecto o la actividad cubiertos por la cooperación de forma independiente, por ejemplo, debido a sus limitadas capacidades técnicas. Normalmente, tales acuerdos de cooperación horizontal no producirán efectos restrictivos de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos estrictas <sup>(42)</sup>.

#### 1.2.6. Restricciones accesorias

34. Cuando las empresas lleven a cabo una cooperación a la que no se aplica la prohibición del artículo 101, apartado 1, por tener efectos neutros o positivos sobre la competencia, la restricción de la autonomía comercial de una o varias de las empresas participantes tampoco está comprendida en dicha prohibición, siempre que dicha restricción sea objetivamente necesaria para llevar a cabo la cooperación y sea proporcionada a los objetivos de la cooperación (denominadas «restricciones accesorias») <sup>(43)</sup>. Para determinar si una restricción constituye una restricción accesorio, es necesario examinar si la cooperación sería imposible de llevar a cabo en ausencia de la restricción en cuestión. El hecho de que la cooperación sea simplemente más difícil de llevar a cabo, o menos rentable sin la restricción en cuestión, no hace que dicha restricción sea «objetivamente necesaria» y, por tanto, accesorio <sup>(44)</sup>.

<sup>(37)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 118; sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, Krka/Comisión, T-684/14, EU:T:2018:918, apartado 315; y sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 166.

<sup>(38)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 88; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 51.

<sup>(39)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 116 y la jurisprudencia en ella citada. El contexto real de la cooperación puede incluir factores como la existencia de posibilidades suficientes para que los clientes cambien de proveedor; la probabilidad de que los competidores aumenten la oferta si los precios aumentan; si las características del mercado favorecen la coordinación; si las actividades cubiertas por la cooperación representan una proporción elevada de los costes variables de las partes en el mercado de referencia; etc. También puede ser pertinente evaluar si las partes combinan en gran medida sus actividades cubiertas por la cooperación. Este podría ser el caso, por ejemplo, cuando fabrican o compran conjuntamente un producto intermedio que constituye un insumo importante para su producción de productos transformados, o cuando fabrican o distribuyen conjuntamente una gran proporción de su producción total de un producto final.

<sup>(40)</sup> Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un período de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un período de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia. En principio, el grado de poder de mercado necesario para concluir que hay infracción en virtud del artículo 101, apartado 1, es inferior al grado de poder de mercado necesario para concluir que hay una posición dominante en virtud del artículo 102.

<sup>(41)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 52.

<sup>(42)</sup> Véase, asimismo, el apartado 18 de las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97) («Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101»).

<sup>(43)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89; sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, C-42/84, EU:C:1985:327, apartados 19-20; sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia, C-161/84, EU:C:1986:41, apartados 15-17; sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Gøtttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, apartado 35; y sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros, C-399/93, EU:C:1995:434, apartados 12-15.

<sup>(44)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 91.

1.2.7. *Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3*

35. La evaluación de las restricciones de la competencia por objeto o por efecto con arreglo al artículo 101, apartado 1, tan solo constituye uno de los aspectos del análisis conforme a este artículo. La otra parte es la evaluación de si un acuerdo restrictivo cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3 <sup>(45)</sup>. Cuando se demuestre la presencia de una restricción de la competencia por objeto o por efecto a efectos del artículo 101, apartado 1, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 de dicho artículo. La carga de la prueba con arreglo al artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen el beneficio de dicha disposición <sup>(46)</sup>. En otras palabras, corresponde a la empresa o empresas demostrar que el acuerdo en cuestión puede dar lugar a efectos favorables a la competencia <sup>(47)</sup>.
36. La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:
- a) el acuerdo debe dar lugar a un aumento de la eficacia, es decir, debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o contribuir a promover el progreso técnico o económico;
  - b) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;
  - c) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos se les compensen los efectos restrictivos del acuerdo. Por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo. A efectos de las presentes Directrices, los «consumidores» son los clientes de las partes del acuerdo y los compradores posteriores <sup>(48)</sup>;
  - d) 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.
37. El REC I+D y el REC de especialización parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser una fuente de eficiencias sustanciales en los acuerdos de I+D y de especialización. De forma similar, otros tipos de cooperación horizontal pueden combinar capacidades y activos para producir eficiencias sustanciales. Por consiguiente, el análisis de las eficiencias generadas por un acuerdo de cooperación de conformidad con el artículo 101, apartado 3, trata en gran parte de identificar los conocimientos técnicos y los recursos complementarios que cada una de las partes aporta a la cooperación y de evaluar si las eficiencias resultantes son tales que se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.

*La complementariedad puede surgir de los acuerdos de cooperación horizontal de diferentes maneras. Un acuerdo de I+D puede reunir diferentes capacidades de investigación y combinar habilidades y activos complementarios que pueden dar como resultado el desarrollo y la comercialización de productos y tecnologías nuevos o mejorados que de otro modo no habrían existido. Otros acuerdos de cooperación horizontal pueden permitir a las partes aunar fuerzas para diseñar, producir y comercializar productos o adquirir conjuntamente productos o servicios que necesiten para sus actividades.*

38. Los acuerdos de cooperación horizontal que no implican la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios tienen menos probabilidades de generar mejoras de eficiencia que benefician a los consumidores.
- 1.2.8. *Acuerdos de cooperación horizontal generalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1*
39. Los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros (inexistencia de efecto sobre el comercio) o que no restringen sensiblemente la competencia (acuerdos de menor importancia) quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 <sup>(49)</sup>. La Comisión ha proporcionado orientaciones respecto de la falta de efecto sobre el comercio en las Directrices de la Comisión relativas

<sup>(45)</sup> Las Directrices exponen el enfoque general utilizado a la hora de aplicar el apartado 3 del artículo 101.

<sup>(46)</sup> Véase el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

<sup>(47)</sup> Véanse también los apartados 51-58 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

<sup>(48)</sup> El punto 84 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101, contiene más detalles sobre el concepto de consumidor.

<sup>(49)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartados 16 y 17 y la jurisprudencia en ella citada.

al concepto de efecto sobre el comercio contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado <sup>(50)</sup> (en lo sucesivo, las «Directrices relativas al efecto sobre el comercio»), y sobre los acuerdos de menor importancia en la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea <sup>(51)</sup> (en lo sucesivo, la «Comunicación de minimis»). Tanto las *Directrices relativas al efecto sobre el comercio* como la *Comunicación de minimis* son especialmente pertinentes para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal entre pequeñas y medianas empresas («pymes») <sup>(52)</sup>. Las presentes Directrices no afectan a las Directrices relativas al efecto sobre el comercio y de la Comunicación de minimis, ni a ninguna orientación futura de la Comisión a este respecto.

40. Las Directrices relativas al efecto sobre el comercio establecen los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para interpretar el concepto de «efecto sobre el comercio» e indican cuándo es improbable que los acuerdos puedan afectar significativamente al comercio entre Estados miembros. Incluyen una presunción negativa *iuris tantum* que se aplica a todos los acuerdos en el sentido del artículo 101, apartado 1, independientemente de la naturaleza de las restricciones incluidas en dichos acuerdos, por lo que se aplica también a los acuerdos que contienen restricciones especialmente graves <sup>(53)</sup>. De acuerdo con dicha presunción, los acuerdos de cooperación horizontal no pueden, en principio, afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando:
- a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia de la Unión afectado por el acuerdo no sea superior al 5 %, y
  - b) el volumen de negocios total anual en la Unión de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no sea superior a 40 millones EUR <sup>(54)</sup>. En el caso de los acuerdos relativos a la compra conjunta de productos, el volumen de negocios pertinente será el conjunto de las compras de las partes de los productos cubiertos por el acuerdo.
41. Como se establece en la Comunicación «de minimis», los acuerdos de cooperación horizontal celebrados entre competidores reales o potenciales no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, cuando la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo <sup>(55)</sup>. Esta regla general está sujeta a dos excepciones. En primer lugar, por lo que respecta a las restricciones por el objeto, el artículo 101, apartado 1, se aplica independientemente de las cuotas de mercado de las partes. Esto se debe a que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia puede, por su naturaleza e independientemente de cualquier efecto concreto, constituir una restricción sensible de la competencia <sup>(56)</sup>. En segundo lugar, el umbral de cuota de mercado del 10 % se reduce al 5 % cuando, en un mercado de referencia, la competencia se ve restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos <sup>(57)</sup>.
42. Además, no existe ninguna presunción de que los acuerdos horizontales celebrados por empresas que tengan una cuota de mercado agregada superior al 10 % entren automáticamente en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Tales acuerdos pueden carecer de un efecto sensible en el comercio entre los Estados miembros o pueden no representar una restricción sensible de la competencia <sup>(58)</sup>. Por tanto, deben ser evaluados en su contexto jurídico y económico. Las presentes Directrices comprenden criterios para la evaluación individual de tales acuerdos.

### 1.3. Relación con otras orientaciones, legislación y jurisprudencia

43. Los acuerdos celebrados entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución, es decir, los acuerdos verticales, están generalmente cubiertos por el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión <sup>(59)</sup> («RECAV») y la Comunicación de la Comisión — Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a las restricciones verticales <sup>(60)</sup> («Directrices verticales»). Sin embargo, cuando se celebran acuerdos verticales entre competidores, pueden plantear problemas de competencia similares a los planteados

<sup>(50)</sup> DO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

<sup>(51)</sup> DO C 291 de 30.8.2014, p. 1.

<sup>(52)</sup> Tal como se define en el anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

<sup>(53)</sup> Directrices relativas al efecto sobre el comercio, apartado 50.

<sup>(54)</sup> Directrices relativas al efecto sobre el comercio, apartado 52.

<sup>(55)</sup> Comunicación de minimis, apartado 8.

<sup>(56)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, apartado 37.

<sup>(57)</sup> Comunicación de minimis, apartado 10.

<sup>(58)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Langnese-Iglo/Comisión, T-7/93, EU:T:1995:98, apartado 98.

<sup>(59)</sup> Reglamento (UE) n.º 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 134 de 11.5.2022, p. 4).

<sup>(60)</sup> DO C 248 de 30.6.2022, p. 1.

por los acuerdos horizontales. Por esta razón, los acuerdos verticales entre competidores no pueden, en general, beneficiarse del RECAV <sup>(61)</sup> y deben evaluarse en primer lugar utilizando las presentes Directrices. Cuando esta evaluación lleve a la conclusión de que el acuerdo no plantea problemas horizontales, cualquier restricción vertical del acuerdo debe evaluarse, además, utilizando las Directrices verticales.

44. Cuando estas Directrices se refieran al mercado de referencia, la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia de la Unión <sup>(62)</sup> («Comunicación relativa a la definición de mercado») ofrece orientación sobre las normas, criterios y pruebas que la Comisión utiliza para definir los mercados de referencia. Dicha Comunicación y cualquier orientación futura relativa a la definición de mercados de referencia a efectos del Derecho de la competencia de la Unión deben, por tanto, tenerse en cuenta para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal con arreglo al artículo 101.
45. Aunque estas Directrices contienen referencias a los carteles, no pretenden orientar sobre lo que constituye o no un cartel según la definición de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la práctica decisoria de la Comisión.
46. Las presentes Directrices se aplican a los tipos más comunes de acuerdos de cooperación horizontal, independientemente del nivel de integración que impliquen, a excepción de las operaciones que constituyan una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo <sup>(63)</sup> («Reglamento de concentraciones»). El Reglamento de concentraciones se aplica, por ejemplo, a la creación de empresas en participación que desempeñen de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma («empresas en participación con plenas funciones») <sup>(64)</sup>.
47. Las presentes Directrices no se aplican a los acuerdos, las decisiones de asociaciones y las prácticas concertadas de productores de productos agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios y cuyo objetivo sea aplicar una norma de sostenibilidad superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional, y que estén exentos de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, en virtud del artículo 210 bis del Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(65)</sup>. Las presentes Directrices no afectan a las Directrices que la Comisión puede publicar de conformidad con el artículo 210 bis, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 1308/2013. No obstante, estarán sujetos al artículo 101, apartado 1, los acuerdos, las decisiones de asociaciones y las prácticas concertadas de productores de productos agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios que no cumplan las condiciones del artículo 210 bis del Reglamento (UE) n.º 1308/2013.
48. La evaluación con arreglo al artículo 101 tal como se describe en las presentes Directrices no es óbice para la posible aplicación paralela del artículo 102 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal <sup>(66)</sup>.

<sup>(61)</sup> Como excepción a esta norma, los acuerdos verticales entre competidores pueden beneficiarse del RECAV cuando el acuerdo no es recíproco y bien i) el proveedor opera en una fase anterior como fabricante, importador o mayorista y a nivel descendente como importador, mayorista o minorista de mercancías, mientras que el comprador es un importador, mayorista o minorista a nivel descendente y no una empresa competidora en el nivel anterior en el que compra los bienes contractuales, o ii) el proveedor es un proveedor de servicios en varios niveles comerciales, mientras que el comprador presta sus servicios al nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que adquiere los servicios contractuales (véase el artículo 2, apartado 4, del RECAV).

<sup>(62)</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).

<sup>(63)</sup> Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

<sup>(64)</sup> Véase el artículo 3, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. Al evaluar si existe una empresa en participación con plenas funciones, la Comisión examina si la empresa en participación es autónoma desde el punto de vista operativo. Esto no significa que goce de autonomía con respecto a sus sociedades matrices a la hora de adoptar sus decisiones estratégicas [véase la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 95 de 16.4.2008, p. 1), apartados 91 a 109 (en lo sucesivo, la «Comunicación consolidada sobre cuestiones jurisdiccionales»)]. También cabe recordar que si la creación de una empresa en participación que constituya una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones tiene por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará con arreglo al artículo 101 del Tratado (véase el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones).

<sup>(65)</sup> Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 1037/2001 y (CE) n.º 1234/2007 (DO L 347 de 20.12.2013, p. 671). Véase la organización común de los mercados de la pesca en el artículo 41 del Reglamento (UE) n.º 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 1184/2006 y (CE) n.º 1224/2009 del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) n.º 104/2000 del Consejo (DO L 354 de 28.12.2013, p. 1).

<sup>(66)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak I, T-51/89, EU:T:1990:41, apartados 25 y siguientes.

49. Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda dar a la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal.
50. Las presentes Directrices no se aplican en la medida en que se aplican normas sectoriales, como es el caso de determinados acuerdos en el ámbito de la agricultura <sup>(67)</sup> o el transporte <sup>(68)</sup>. La Comisión continuará controlando el funcionamiento del REC I+D y el REC de especialización, así como las presentes Directrices, basándose en información del mercado facilitada por los interesados y por las autoridades nacionales de competencia, y podrá revisar las Directrices en función de la futura evolución de los acontecimientos y de las perspectivas.

## 2. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

### 2.1. Introducción

51. El presente capítulo ofrece orientaciones sobre la evaluación de la competencia de los acuerdos de investigación y desarrollo relativos a productos, tecnologías o procesos <sup>(69)</sup>.
52. Los acuerdos de I+D pueden variar, tanto en su forma como en su ámbito de aplicación. Entre ellos se incluyen los acuerdos en virtud de los cuales una parte financia la investigación y el desarrollo llevados a cabo por otra parte (I+D «remunerada»); acuerdos relativos a la mejora conjunta de productos y tecnologías existentes y acuerdos relativos al desarrollo de productos y tecnologías que crearían una demanda totalmente nueva. La cooperación en I+D puede adoptar la forma de un acuerdo de cooperación o de una empresa en participación, es decir, una empresa controlada conjuntamente <sup>(70)</sup>. Las empresas también pueden cooperar de formas más laxas, como la cooperación técnica en grupos de trabajo.
53. Los acuerdos de I+D pueden celebrarlos grandes empresas, pymes <sup>(71)</sup>, empresas emergentes, centros académicos o institutos de investigación, o cualquier combinación de ellos.
54. Los acuerdos de cooperación en materia de investigación y desarrollo suelen tener efectos favorables a la competencia, en particular cuando reúnen a empresas con competencias y activos complementarios y les permiten desarrollar y comercializar productos y tecnologías nuevos y mejorados más rápidamente que de otro modo. Sin embargo, los acuerdos de I+D también pueden restringir la competencia de varias maneras. En primer lugar, pueden reducir o ralentizar la innovación, haciendo que lleguen al mercado menos productos o de peor calidad, o haciendo que los nuevos productos lleguen al mercado más tarde de lo que lo harían en otras circunstancias. Esto puede ocurrir incluso cuando la cooperación se refiera al desarrollo de productos o tecnologías que crearían una demanda totalmente nueva o se refieran a esfuerzos tempranos de innovación que no estén estrechamente relacionados con un producto o tecnología específico, sino que se dirijan a una aplicación o uso concretos. En segundo lugar, los acuerdos de investigación y desarrollo pueden dar lugar a una reducción de la competencia entre las partes fuera del ámbito de aplicación del acuerdo de cooperación o, en los casos en que una o varias de las partes tengan poder de mercado, a una exclusión contraria a la competencia de terceros.
55. Este capítulo está estructurado como sigue:
- a) en la sección 2.2 se ofrecen orientaciones sobre la aplicación del REC, incluidas las condiciones para la exención de los acuerdos de investigación y desarrollo, los umbrales y las restricciones especialmente graves y excluidas;
  - b) la sección 2.3 ofrece orientaciones sobre la evaluación individual de los acuerdos de I+D con arreglo al artículo 101, apartado 1;
  - c) la sección 2.4 ofrece orientaciones sobre la evaluación individual de los acuerdos de I+D con arreglo al artículo 101, apartado 3;
  - d) la sección 2.5 ofrece orientaciones sobre el período de tiempo pertinente para la evaluación de los acuerdos de I+D;
  - e) la sección 2.6 ofrece ejemplos de acuerdos de I+D hipotéticos, junto con orientaciones sobre su evaluación de la competencia.

<sup>(67)</sup> Reglamento (CE) n.º 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (DO L 214 de 4.8.2006, p. 7).

<sup>(68)</sup> Reglamento (CE) n.º 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 61 de 5.3.2009, p. 1); y Reglamento (CE) n.º 906/2009 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2009, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (DO L 256 de 29.9.2009, p. 31).

<sup>(69)</sup> En este capítulo, las referencias a las «tecnologías» incluyen las tecnologías y los procesos.

<sup>(70)</sup> Las presentes Directrices se aplican a los tipos más comunes de acuerdos de cooperación horizontal independientemente del nivel de integración que impliquen, a excepción de las operaciones que constituyan una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 139/2004, como la creación de una empresa en participación con plenas funciones. Véase también el apartado 46.

<sup>(71)</sup> Tal como se define en el anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

## 2.2. Reglamento de exención por categorías para I+D

56. El REC I+D <sup>(72)</sup> exige a determinados acuerdos de la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1. La exención prevista en el REC I+D se basa en el supuesto de que, en la medida en que un acuerdo de I+D entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y cumple las condiciones establecidas en el REC, cumplirá en general las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3. En aras de la conveniencia, es posible que las empresas que tengan la intención de celebrar un acuerdo de I+D deseen en primer lugar considerar si su acuerdo puede beneficiarse del REC I+D.

57. Los acuerdos de I+D que cumplen las condiciones del REC son compatibles con el artículo 101 y no es necesaria ninguna otra evaluación <sup>(73)</sup>. Cuando un acuerdo de I+D no cumple las condiciones del REC, es necesario llevar a cabo una evaluación individual con arreglo al artículo 101 para determinar, en primer lugar, si el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(74)</sup>, y, en caso afirmativo, si el acuerdo cumple las cuatro condiciones acumulativas establecidas en el artículo 101, apartado 3.

### 2.2.1. Definición de investigación y desarrollo en el REC I+D

58. En el marco del REC I+D, el concepto de «investigación y desarrollo» se refiere a actividades destinadas a la adquisición de conocimientos técnicos sobre productos, tecnologías o procedimientos nuevos o existentes, la realización de análisis teóricos, de estudios o de experimentos sistemáticos, incluidas la producción experimental y las pruebas técnicas de productos o de procedimientos, la realización de las instalaciones necesarias y la obtención de los derechos de propiedad intelectual correspondientes <sup>(75)</sup>.

### 2.2.2. Definición de los acuerdos de I+D en el REC I+D

59. El REC I+D cubre los acuerdos de I+D suscritos entre dos o más partes que se refieran a las condiciones en las que estas partes persigan <sup>(76)</sup>:

- a) la I+D en común de productos o tecnologías considerados en el contrato que incluya o excluya la explotación en común de los resultados de dicha I+D; o
- b) la I+D remunerada de productos o tecnologías considerados en el contrato que incluya o excluya la explotación en común de los resultados de dicha I+D; o
- c) la explotación en común de los resultados de la I+D de productos o tecnologías considerados en el contrato efectuada en virtud de un acuerdo previamente suscrito entre las mismas partes que persiga la I+D en común [tal como se define en la letra a) anterior]; o
- d) la explotación en común de los resultados de la I+D de productos o tecnologías considerados en el contrato efectuada en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes que persiga la I+D remunerada [tal como se define en la letra b) anterior].

60. A efectos del REC I+D, los términos «productos considerados en el contrato» y «tecnologías consideradas en el contrato» tienen los siguientes significados:

- a) por «producto considerado en el contrato» <sup>(77)</sup> se entiende un producto derivado de las actividades de I+D en común o remuneradas o producido utilizando las tecnologías consideradas en el contrato. «producto»: un bien y/o un servicio, incluyendo tanto los productos o servicios intermedios como los finales <sup>(78)</sup>;
- b) por «tecnología considerada en el contrato» <sup>(79)</sup> se entiende una tecnología o procedimiento derivado de las actividades de I+D en común o remuneradas.

61. Otros tipos de acuerdos de cooperación en materia de investigación y desarrollo no están cubiertos por el REC. Estos acuerdos siempre requieren una evaluación individual con arreglo al artículo 101 (véanse las secciones 2.3 y 2.4).

<sup>(72)</sup> Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 143 de 2.6.2023, p. 9).

<sup>(73)</sup> A menos que la Comisión o una autoridad nacional de competencia (ANC) retire el beneficio de la exención por categorías en un caso concreto (véase la sección 2.2.6).

<sup>(74)</sup> Para la evaluación de los acuerdos de I+D con arreglo al artículo 101, apartado 1, véase la sección 2.3.

<sup>(75)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 3, del REC I+D.

<sup>(76)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 1, del REC I+D.

<sup>(77)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 6, del REC I+D.

<sup>(78)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 4, del REC I+D.

<sup>(79)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 5, del REC I+D.

2.2.2.1. Distinción entre «I+D en común» e «I+D remunerada» y concepto de «especialización en el contexto de la I+D»

62. Se entiende por «I+D en común» la I+D realizada de una de las siguientes maneras <sup>(80)</sup>:

- a) las actividades de I+D las realiza un equipo, una entidad o una empresa común;
- b) las partes confían de manera conjunta a un tercero las actividades de I+D <sup>(81)</sup>; o
- c) las partes se reparten las actividades entre ellas en función de una «especialización en el contexto de la I+D». Esto significa que cada una de las partes interviene en las actividades de I+D y estas se dividen la labor de I+D de la manera que estimen más adecuada. No se incluye aquí la I+D remunerada <sup>(82)</sup>.

63. Por «I+D remunerada» se entiende la I+D que al menos una de las partes lleva a cabo mientras al menos otra parte la financia, pero no realiza propiamente ninguna de las actividades de I+D.

64. La distinción entre la I+D en común y la I+D remunerada es pertinente a efectos de la aplicación del umbral de cuota de mercado que figura en el REC I+D. En el caso de la I+D remunerada, para calcular las cuotas de mercado, las partes también deben tener en cuenta los acuerdos de I+D celebrados por la parte financiadora con terceros relativos a los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato (véase la sección 2.2.3.4).

2.2.2.2. «Explotación conjunta» de los resultados de la I+D y «especialización en el contexto de la explotación en común»

65. El REC I+D cubre los acuerdos que incluyen la explotación en común de los resultados de la I+D. Sin embargo, la exención por categorías de tales acuerdos está sujeta a condiciones específicas (véase la sección 2.2.3.3).

66. El concepto de «explotación de los resultados» es bastante amplio y abarca la fabricación o distribución de los productos considerados en el contrato o la utilización de las tecnologías consideradas en el contrato, la cesión de derechos de propiedad intelectual o la concesión de licencias correspondientes a tales derechos o la comunicación de conocimientos técnicos requeridos para dicha fabricación, distribución o utilización <sup>(83)</sup>.

67. La explotación en común de los resultados de la I+D solo está cubierta por el REC si los resultados:

- a) son indispensables para la fabricación de los productos considerados en el contrato o la utilización de las tecnologías consideradas en el contrato; y
- b) están protegidos por derechos de propiedad intelectual o constituyen conocimientos técnicos <sup>(84)</sup>.

68. La explotación en común de los resultados de la I+D en común o remunerados puede estar prevista en el acuerdo de I+D *original* o puede tener lugar en el contexto de un acuerdo *posterior* que cubra la explotación en común de los resultados de un acuerdo de I+D anterior celebrado entre las mismas partes <sup>(85)</sup>. En este último caso, el acuerdo de I+D previo debe cumplir las condiciones del REC I+D para que el acuerdo de explotación en común posterior pueda acogerse a la exención por categorías.

69. El REC I+D prevé tres maneras distintas de explotar de manera conjunta los resultados de la I+D <sup>(86)</sup>:

- a) las partes pueden llevar a cabo la explotación *conjuntamente* en un equipo, una entidad o una empresa común;
- b) las partes pueden *confiar conjuntamente a un tercero* el trabajo de explotación <sup>(87)</sup>;

<sup>(80)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 10, del REC I+D.

<sup>(81)</sup> Esto puede distinguirse de la I+D remunerada, en virtud de la cual la I+D es llevada a cabo por una o más partes del acuerdo de I+D.

<sup>(82)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 11, del REC I+D.

<sup>(83)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 7, del REC I+D.

<sup>(84)</sup> Véase el artículo 5, apartado 1, del REC I+D. En la sección 2.2.3.3 se describen las condiciones adicionales relacionadas con la explotación en común de los resultados de la I+D.

<sup>(85)</sup> Tal como se contempla en el artículo 1, apartado 1, punto 1, letras c) y d), del REC I+D.

<sup>(86)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 10, del REC I+D.

<sup>(87)</sup> El acuerdo con el tercero requiere una evaluación por separado con arreglo al artículo 101.

c) las partes pueden repartirse las labores entre ellas en función de una *especialización en el contexto de la explotación*, lo que significa que <sup>(88)</sup>:

i) las partes se asignan tareas individuales como la producción o la distribución. Esto incluye una hipótesis en la que una sola parte produzca y distribuya los productos considerados en el contrato o utilice las tecnologías consideradas en el contrato en virtud de la concesión de una licencia exclusiva por las otras partes; o

ii) las partes se imponen mutuamente restricciones relativas a la explotación de los resultados, como restricciones en relación con determinados territorios, clientes o ámbitos de utilización.

70. Cuando las partes acuerden especializarse en el contexto de la explotación, podrán acordar las correspondientes restricciones de acceso a los resultados con fines de explotación. Por ejemplo, pueden acordar restringir los derechos de determinadas partes a explotar los resultados de la I+D en determinados territorios, campos de uso o con respecto a determinados clientes.

#### 2.2.2.3. Cesión y concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual

71. La exención prevista por el REC I+D también se aplica a los acuerdos de I+D que incluyan disposiciones sobre la cesión o concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual a una o varias de las partes o a una entidad establecida por las partes para llevar a cabo la I+D en común, la I+D remunerada o la explotación en común de los resultados de la I+D, siempre que dichas disposiciones no constituyan el objeto principal del acuerdo de I+D, sino que estén directamente relacionadas y sean necesarias para la ejecución de dicho acuerdo <sup>(89)</sup>. En esos casos, las disposiciones sobre la cesión y la concesión de licencias estarán cubiertas por el REC I+D y no por el Reglamento de exención por categorías para acuerdos de transferencia de tecnología <sup>(90)</sup>.

72. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de I+D, las partes también pueden acordar las condiciones para la concesión de licencias de los resultados de la I+D a terceros. Dichos acuerdos de licencia no están cubiertos por el REC I+D, pero pueden acogerse al Reglamento de exención por categorías para acuerdos de transferencia de tecnología si cumplen las condiciones establecidas en él <sup>(91)</sup>.

#### 2.2.3. Condiciones para la exención en virtud del REC I+D

73. El REC I+D establece varias condiciones que deben cumplirse para que un acuerdo de I+D pueda beneficiarse de la exención por categorías.

##### 2.2.3.1. Acceso a los resultados finales

74. La primera condición para que un acuerdo de I+D pueda acogerse a la exención en virtud del REC I+D es que todas las partes tengan pleno acceso a los resultados finales de la I+D en común o remunerada con dos finalidades <sup>(92)</sup>:

a) proseguir la investigación y el desarrollo; y

b) explotar los resultados de la I+D.

75. Esta condición se refiere a los resultados de la I+D que sean definitivos y a los derechos de propiedad intelectual y conocimientos técnicos resultantes <sup>(93)</sup>.

76. El acceso debe concederse tan pronto como estén disponibles los resultados finales de la I+D <sup>(94)</sup>. Este requisito no está necesariamente vinculado al final del proyecto de I+D.

<sup>(88)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 12, del REC I+D.

<sup>(89)</sup> Véase el artículo 2, apartado 3, del REC I+D.

<sup>(90)</sup> Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 93 de 28.3.2014, p. 17). Véanse también las Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología (DO C 89 de 28.3.2014, p. 3), puntos 73 y 74 («Directrices sobre transferencia de tecnología»).

<sup>(91)</sup> Véanse las Directrices sobre transferencia de tecnología, apartado 74.

<sup>(92)</sup> Véase el artículo 3, apartado 2, del REC I+D.

<sup>(93)</sup> Artículo 3, apartado 3, letra a), del REC I+D.

<sup>(94)</sup> Véase el artículo 3, apartado 3, letra b), del REC I+D.

77. El derecho de acceso a los resultados de I+D no puede restringirse con el fin de llevar a cabo nuevas actividades de investigación y desarrollo. No obstante, en el REC I+D se establece que las partes pueden limitar su derecho a explotar los resultados de la investigación conjunta o remunerada en dos casos:
- a) En primer lugar, cuando el acuerdo de I+D se celebra con una o varias de las siguientes categorías de empresas y dichas empresas acuerdan utilizar los resultados de la I+D únicamente para nuevas investigaciones (y no para su explotación). Estas categorías de empresas son:
    - i) institutos de investigación;
    - ii) centros académicos;
    - iii) empresas que ejerzan actividades de I+D como un servicio comercial sin participar normalmente en la explotación de los resultados <sup>(95)</sup>.
  - b) En segundo lugar, las partes pueden acordar restringir su derecho a explotar los resultados de I+D de conformidad con el REC I+D, en particular cuando acepten especializarse en el contexto de la explotación. Por ejemplo, cuando el acuerdo de I+D prevé la especialización en el contexto de la explotación, las partes pueden imponerse restricciones recíprocas en relación con la explotación de los resultados en determinados territorios, ámbitos de uso o con respecto a determinados clientes.
78. Por último, dado que las partes de un acuerdo de I+D pueden realizar contribuciones desiguales a su cooperación en materia de I+D, por ejemplo, debido a las diferencias en cuanto a capacidades, recursos o intereses comerciales, el acuerdo de I+D entre las partes puede prever que una de las partes compense a la otra u otras por conceder acceso a los resultados a efectos de la continuación de las actividades de I+D o con fines de explotación. Sin embargo, en ese caso, el nivel de compensación no debe ser tan elevado como para impedir efectivamente dicho acceso <sup>(96)</sup>.

#### 2.2.3.2. Acceso a conocimientos técnicos preexistentes

79. Una segunda condición se aplica a los acuerdos de I+D que no incluyen la explotación en común de los resultados de la I+D.
80. Para que estos acuerdos de I+D se beneficien de la exención por categorías, el acuerdo debe estipular que se conceda a cada una de las partes acceso a cualquier conocimiento preexistente de las otras partes que sea indispensable para que la parte pueda explotar los resultados de la I+D en común o remunerada <sup>(97)</sup>. Cabe señalar que esta condición no exige que las partes concedan acceso a todos sus conocimientos técnicos preexistentes, sino únicamente a los conocimientos técnicos indispensables para explotar los resultados de la I+D en común o remunerada.
81. Los acuerdos de I+D pueden prever que las partes se compensen mutuamente por dar acceso a sus conocimientos técnicos preexistentes (por ejemplo, en forma de derechos de licencia). No obstante, la compensación no debe ser tan alta que impida en realidad ese acceso <sup>(98)</sup>.
82. Esta segunda condición se aplica además de las condiciones establecidas en el artículo 3 del REC en relación con el acceso a los resultados finales de las actividades de I+D (véase la sección 2.2.3.1). Esto significa que, dependiendo de los hechos del caso, un determinado acuerdo de I+D puede tener que incluir disposiciones tanto en lo que se refiere al acceso a los conocimientos técnicos preexistentes como a los resultados finales de la I+D para poder acogerse a la exención por categorías.

#### 2.2.3.3. Condiciones vinculadas a la explotación en común

83. El REC I+D incluye otras dos condiciones para los acuerdos de I+D que prevén la explotación en común de los resultados de I+D.
84. En primer lugar, tal como se establece en el artículo 5, apartado 1, del REC I+D, toda explotación en común debe limitarse a los resultados de I+D y desarrollo que sean indispensables para la producción de los productos considerados en el contrato o la aplicación de las tecnologías consideradas en el contrato y estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o constituyan conocimientos técnicos.

<sup>(95)</sup> Por ejemplo, podrían tratarse de pymes cuya principal actividad comercial sea la prestación de servicios de I+D a terceros.

<sup>(96)</sup> Véase el artículo 3, apartado 4, del REC I+D.

<sup>(97)</sup> Véase el artículo 4, apartado 2, del REC I+D.

<sup>(98)</sup> Véase el artículo 4, apartado 3, del REC I+D.

85. En segundo lugar, si las partes acuerdan especializarse en el marco de la explotación y se encarga a una o varias partes de la producción de los productos considerados en el contrato, dichas partes deben cumplir los pedidos de suministro de los productos considerados en el contrato de las otras partes <sup>(99)</sup>. No obstante, este requisito no se aplicará cuando i) el acuerdo de I+D prevea la distribución conjunta (por parte de un equipo, organización o empresa en participación o por un tercero designado conjuntamente) o ii) cuando las partes acuerden que solo las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato puedan distribuirlos <sup>(100)</sup>.

#### 2.2.3.4. Umbral de cuota de mercado y duración de la exención

86. La exención prevista por el REC I+D se basa en el supuesto de que, por debajo de un determinado nivel de poder de mercado, los efectos positivos de los acuerdos de I+D superarán, en general, cualquier efecto negativo sobre la competencia <sup>(101)</sup>.

##### a) Acuerdos de I+D que están sujetos a un umbral de cuota de mercado

87. El artículo 6, apartado 1, del REC I+D establece un umbral de cuota de mercado del 25 %. Este umbral de cuota de mercado se aplica a los acuerdos de I+D celebrados entre empresas competidoras. A efectos del REC I+D, se entenderá por «empresas competidoras» los competidores reales o potenciales tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, punto 15, del REC I+D:

a) un «competidor real» es una empresa que suministra un producto, tecnología o proceso susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia;

b) un «competidor potencial» es una empresa que, de no existir el acuerdo de I+D, probablemente realizaría en un período no superior a tres años, sobre una base realista y no como una mera posibilidad teórica, las inversiones adicionales necesarias o pagaría los costes necesarios para suministrar un producto, tecnología o proceso susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia.

88. La competencia potencial debe evaluarse sobre bases realistas. La cuestión decisiva es si cada parte dispone de los medios necesarios en términos de activos, conocimientos técnicos y otros recursos y si es probable que adopte las medidas necesarias para suministrar los productos o tecnologías <sup>(102)</sup> susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos o tecnologías de productos considerados en el contrato con independencia de las demás partes <sup>(103)</sup>. En el apartado 16 se ofrecen más orientaciones sobre la evaluación de la competencia potencial.

89. A estos efectos, se entenderá por *producto o tecnología mejorado o sustitutivo* un producto o tecnología intercambiable con el producto, la tecnología o el proceso existente y que pertenece al mismo mercado de referencia. Por *producto o tecnología de reemplazo* se entiende un producto o tecnología que satisface la misma demanda que un producto o tecnología existente, pero que no pertenece al mismo mercado de referencia, por ejemplo, discos compactos que sustituyen a los discos de vinilo <sup>(104)</sup>.

90. Algunos productos o tecnologías no mejorarán, sustituirán o reemplazarán a los productos o tecnologías existentes, sino que crearán un nuevo mercado de referencia que satisfará una nueva demanda, por ejemplo, una vacuna que proteja contra un virus para el que no existía vacuna anteriormente. Los acuerdos de I+D que se refieren al desarrollo de esta categoría de productos o tecnologías están cubiertos por el artículo 6, apartado 2, del REC I+D y no están sujetos a ningún umbral de cuota de mercado [véase la sección 2.2.3.4, letra b)] <sup>(105)</sup>.

<sup>(99)</sup> Véase el artículo 5, apartado 2, del REC I+D.

<sup>(100)</sup> Véase el artículo 5, apartado 2, del REC I+D.

<sup>(101)</sup> Véase el considerando 5 del REC I+D.

<sup>(102)</sup> En el resto del presente capítulo, las referencias a la tecnología o tecnologías incluyen los procesos, salvo que se indique lo contrario.

<sup>(103)</sup> Véase también el punto 1.2.1.

<sup>(104)</sup> Véase el apartado 44 y la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado* para obtener orientaciones sobre la definición del mercado de referencia. Véase también el punto 2.3.1.

<sup>(105)</sup> Véase el apartado 44 y la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado* para obtener orientaciones sobre la definición del mercado de referencia. Véase también el punto 2.3.1.

a.1) *Umbral de cuota de mercado*

91. Si dos o más de las partes del acuerdo de I+D son empresas competidoras en el sentido del artículo 1, apartado 1, punto 15, del REC I+D <sup>(106)</sup>, el acuerdo de I+D solo podrá beneficiarse de la exención por categorías si la cuota de mercado conjunta de las partes no supera el 25 % en los mercados de productos y tecnologías de referencia en el momento de la celebración del acuerdo de I+D. El umbral de cuota de mercado se aplica de la siguiente manera <sup>(107)</sup>:
- a) en el caso de los acuerdos de I+D que impliquen *I+D en común*, la cuota de mercado combinada de las partes del acuerdo no excederá del 25 % en los mercados de producto y tecnológico de referencia <sup>(108)</sup>;
  - b) para los acuerdos de I+D que impliquen *I+D remunerada*, se aplica el mismo umbral de cuota de mercado del 25 %, pero la cuota de mercado combinada debe tener en cuenta la cuota de mercado de la parte financiadora y las cuotas de mercado de todas las empresas con las que la parte financiadora haya celebrado acuerdos de I+D relativos a los mismos productos contractuales o tecnologías contractuales <sup>(109)</sup>.

a.2) *Cálculo de las cuotas de mercado*

92. En el momento de la firma del acuerdo de I+D, el punto de referencia es el mercado de los productos o tecnologías existentes susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos o tecnologías considerados en el contrato <sup>(110)</sup>.
93. Si el acuerdo de I+D tiene por objeto *mejorar, sustituir o reemplazar* productos o tecnologías existentes, las cuotas de mercado se calculan únicamente con referencia a los productos o tecnologías existentes que vayan a ser mejorados, sustituidos o reemplazados. Esto se aplica incluso si el producto o la tecnología de reemplazo difiere significativamente del producto o tecnología existente.
94. El REC I+D establece que las cuotas de mercado de las partes deben calcularse sobre la base de los datos sobre el *valor de las ventas en el mercado*. Si no se dispone de datos sobre el valor de las ventas en el mercado, las partes podrán utilizar datos sobre los *volúmenes de ventas en el mercado* y, si no se dispone de tales datos, las partes podrán utilizar otra información de mercado fiable para calcular sus cuotas de mercado, incluidos los gastos de I+D o las capacidades de I+D <sup>(111)</sup>.
95. En general, las cuotas de mercado deben calcularse utilizando los datos de ventas relativos al año natural anterior <sup>(112)</sup>. No obstante, en los casos en que los datos de ventas relativos al año natural precedente no sean representativos de la posición de las partes en el mercado o mercados de referencia, las cuotas de mercado se calcularán como media de las cuotas de mercado de las partes correspondientes a los tres años naturales precedentes <sup>(113)</sup>. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, en los mercados de licitación en los que las cuotas de mercado varían significativamente de un año a otro, dependiendo de si las empresas tienen éxito en los procesos de licitación. También puede ser relevante en mercados caracterizados por grandes pedidos masivos, por ejemplo, en los que los datos de ventas del año natural anterior no son representativos porque en ese año no se realizaron grandes pedidos. Del mismo modo, puede ser necesario calcular las cuotas de mercado sobre la base de una media de los tres años naturales anteriores en los casos en que se produzca una perturbación de la oferta o la demanda en el año natural anterior al acuerdo de cooperación.
96. En el caso de los mercados tecnológicos, la cuota de mercado de un licenciante de tecnología se calcula sobre la base de las ventas del licenciante y de todos sus licenciarios de productos que incorporan la tecnología licenciada, como porcentaje de todas las ventas de productos competidores, independientemente de si los productos competidores se fabrican utilizando la tecnología licenciada. Esta metodología se utiliza debido a la dificultad general de obtener datos fiables sobre los ingresos procedentes de cánones y porque los cálculos basados en los ingresos reales por cánones pueden subestimar la posición de una tecnología en el mercado <sup>(114)</sup>.

<sup>(106)</sup> Véanse los apartados 87 y 88.

<sup>(107)</sup> Véase en la sección 2.2.2.1 la distinción entre I+D en común e I+D remunerada. Véase asimismo el artículo 1, apartado 1, punto 1, del REC I+D.

<sup>(108)</sup> Véase el artículo 6, apartado 1, letra a), del REC I+D.

<sup>(109)</sup> Véase el artículo 6, apartado 1, letra b), del REC I+D. No es necesario que todos los acuerdos de I+D de la parte financiadora relativos a los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato entren en el ámbito de aplicación del REC I+D.

<sup>(110)</sup> Véase el apartado 44 y la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado* para obtener orientaciones sobre la definición del mercado de referencia. Véase también el punto 2.3.1.

<sup>(111)</sup> Véase el artículo 7, apartado 2, del REC I+D.

<sup>(112)</sup> Véase el artículo 7, apartado 3, del REC I+D.

<sup>(113)</sup> Véase el artículo 7, apartado 3, del REC I+D.

<sup>(114)</sup> Véanse también el artículo 8, letra d), del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología y las Directrices sobre transferencia de tecnología, apartados 25 y 86 a 88.

b) *Acuerdos de I+D que no están sujetos a un umbral de cuota de mercado*

97. Cuando las partes en el acuerdo de I+D no son empresas competidoras en el sentido del artículo 1, apartado 1, punto 15 del REC I+D <sup>(115)</sup>, el artículo 6, apartado 2, de dicho REC establece que la exención por categorías se aplica mientras dure la I+D en común o remunerada y la exención no está sujeta a un umbral de cuota de mercado.
98. El artículo 6, apartado 2, del REC I+D se aplica, en particular, en las siguientes situaciones <sup>(116)</sup>:
- a) cuando solo una parte se ajuste a la definición de competidor real o potencial establecida en el artículo 1, apartado 1, punto (15), del REC I+D;
  - b) cuando el acuerdo de I+D se refiera al desarrollo de productos o tecnologías que no mejoren, sustituyan o reemplacen a productos o tecnologías existentes, sino que creen una demanda completamente nueva, por ejemplo, una vacuna para proteger contra un virus para el que no existía anteriormente ninguna vacuna;
  - c) cuando el acuerdo de I+D se refiera a esfuerzos de innovación que, en el momento en que se celebre el acuerdo de I+D, aún no estén estrechamente relacionados con un producto o tecnología específico.
99. En las situaciones descritas en el apartado 98, letras b) y c), no es posible identificar un producto o tecnología que vaya a mejorarse, sustituirse o reemplazarse por los productos o tecnologías considerados en el contrato. En ese caso, el acuerdo de I+D puede beneficiarse de la exención por categorías durante el período de vigencia de la exención conjunta o remunerada de I+D y no se aplica ningún umbral de cuota de mercado <sup>(117)</sup>. Las disposiciones del REC I+D relativas al mercado de referencia y a los umbrales de cuota de mercado se entienden sin perjuicio de la evaluación desde el punto de vista de la competencia de los acuerdos de I+D que no se benefician de la exención prevista en el REC, incluidos los acuerdos de I+D respecto de los cuales se ha retirado el beneficio de la exención por categorías. Por ejemplo, las empresas que no son competidoras reales o potenciales en el sentido del REC I+D pueden, no obstante, competir en innovación.

c) *Duración*

100. Si los resultados de la I+D en común o remunerada *no se explotan de manera conjunta*, la exención en virtud del REC I+D se aplicará mientras se realice la I+D.
101. Cuando se *exploten conjuntamente* los resultados de la I+D en común o remunerada y dicho acuerdo entre dentro de las definiciones del artículo 1, apartado 1, letras a) o b), del REC I+D (acuerdos por los que se realiza la I+D en común o remunerada), dicho acuerdo seguirá beneficiándose de la exención durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercialicen por primera vez en el mercado interior si no se superó el umbral de cuota de mercado pertinente en el momento en que se celebró el acuerdo.
102. Cuando los resultados de la I+D en común o remunerada se *exploten conjuntamente* y el acuerdo de I+D se ajuste a las definiciones del artículo 1, apartado 1, letras c) o d), del REC I+D (acuerdos que persiguen la explotación en común de los resultados de la I+D realizada en virtud de un acuerdo previo de I+D en común o remunerada entre las mismas partes), el acuerdo de I+D seguirá beneficiándose de la exención durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías contractuales se comercialicen por primera vez en el mercado interior si no se superó el umbral de cuota de mercado pertinente en el momento en que se celebró dicho acuerdo previo <sup>(118)</sup>.
103. Cuando un acuerdo de I+D dé lugar a la comercialización en el mercado interior de más de un producto o tecnología considerados en el contrato y cada producto o tecnología de este tipo pertenezca a un mercado de productos distinto, el período de exención de siete años se aplicará por separado para cada producto o tecnología considerados en el contrato, a partir del momento en que el producto o la tecnología se comercialicen por primera vez en el mercado interior.

<sup>(115)</sup> Véanse los apartados 87 y 88.

<sup>(116)</sup> El artículo 6, apartado 2, no se aplicará si dos o más de las partes son competidores reales o potenciales en un mercado de productos o tecnologías existentes que puedan mejorarse, sustituirse o reemplazarse por los productos o tecnologías considerados en el contrato; en ese caso, se aplica el artículo 6, apartado 1, (umbral de cuota de mercado).

<sup>(117)</sup> Esto se entiende sin perjuicio de la facultad de la Comisión o de las ANC de retirar el beneficio de la exención por categorías en casos concretos. Véase la sección 2.2.6.

<sup>(118)</sup> Como se menciona en el apartado 68, el acuerdo previo de I+D en común o remunerada también debe cumplir las condiciones del REC I+D.

104. Una vez finalizado el período de siete años contemplado en el artículo 6, apartado 3, del REC I+D, la exención continúa aplicándose mientras la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 25 % en los mercados a los que pertenecen los productos o tecnologías considerados en el contrato. Si, tras la expiración del período de siete años, la cuota de mercado conjunta de las partes se eleva por encima del 25 %, el acuerdo de I+D seguirá beneficiándose del REC I+D durante dos años naturales consecutivos a partir del año en que se supere por primera vez el umbral <sup>(119)</sup>.

#### 2.2.4. Restricciones especialmente graves y excluidas

##### 2.2.4.1. Restricciones especialmente graves

105. El artículo 8 del REC I+D contiene una lista de restricciones especialmente graves. Las restricciones especialmente graves son restricciones serias de la competencia que, en general, causarán perjuicios al mercado y a los consumidores. Cuando un acuerdo de I+D incluya una o varias de estas restricciones, todo el acuerdo quedará excluido de la exención prevista en el REC I+D.
106. Las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 8 del REC I+D pueden agruparse en las siguientes categorías: restricciones de la libertad de las partes para realizar otros esfuerzos de I+D, ii) limitaciones de la producción o las ventas y fijación de los precios, iii) restricciones de las ventas activas y pasivas, y iv) otras restricciones especialmente graves.
- a) *Restricción de la libertad de las partes para realizar otros esfuerzos de I+D*
107. El artículo 8, letra a), del REC I+D establece que es una restricción especialmente grave restringir la libertad de las partes para llevar a cabo I+D de forma independiente o en cooperación con terceros, en cualquiera de los siguientes casos:
- i) en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de I+D;
- ii) en el campo al que se refiere el acuerdo de I+D o en un campo relacionado tras la finalización de la I+D en común o remunerada.
- b) *Limitación de la producción o las ventas y fijación de precios*
108. *Limitación de la producción o las ventas.* El artículo 8, letra b), del REC I+D establece que las *limitaciones de la producción o de las ventas* son restricciones especialmente graves. Sin embargo, esto está sujeto a cuatro excepciones:
- i) el establecimiento de objetivos de producción cuando el acuerdo de I+D prevea la explotación en común de los resultados de I+D y la explotación en común incluya la producción en común de los productos considerados en el contrato <sup>(120)</sup>;
- ii) la fijación de objetivos de ventas cuando la explotación en común de los resultados de I+D 1) incluya la distribución conjunta de los productos contractuales o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías contractuales, y 2) sea llevada a cabo por un equipo, organización o empresa en participación o se encomiende conjuntamente a un tercero <sup>(121)</sup>;
- iii) las prácticas constitutivas de *especialización en el contexto de la explotación*, como las restricciones impuestas a las partes en relación con la explotación de los resultados de I+D en relación con determinados territorios, clientes o campos de uso <sup>(122)</sup>;
- iv) ciertas *obligaciones de no competencia* <sup>(123)</sup>, a saber, la restricción de la libertad de las partes para producir, vender, ceder o licenciar productos o tecnologías que compitan con los productos o tecnologías considerados en el contrato durante el periodo en el que las partes hayan acordado explotar conjuntamente los resultados.
109. *Fijación de precio.* El artículo 8, letra c), del REC I+D establece que la *fijación de precios* al vender los productos contractuales o la fijación de derechos de licencia al conceder licencias de las tecnologías contractuales a terceros constituye una restricción especialmente grave.

<sup>(119)</sup> Véase el artículo 6, apartado 5, del REC I+D.

<sup>(120)</sup> Véase el artículo 8, letra b), inciso i), del REC I+D.

<sup>(121)</sup> Véase el artículo 8, letra b), inciso ii), del Reglamento sobre I+D.

<sup>(122)</sup> Véase el artículo 8, letra b), inciso iii), del Reglamento sobre I+D.

<sup>(123)</sup> Véase el artículo 8, letra b), inciso iv), del REC I+D.

110. No obstante, el REC I+D establece excepciones a esta restricción especialmente grave para la fijación de precios cobrados a clientes inmediatos y la fijación de derechos de licencia cobrados a licenciarios inmediatos cuando el acuerdo de I+D prevea la explotación en común de los resultados de I+D y la explotación en común i) incluya la distribución conjunta de los productos contractuales o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías contractuales, y ii) sea llevada a cabo por un equipo, organización o empresa en participación o sea confiada conjuntamente a un tercero <sup>(124)</sup>.

c) *Restricciones de las ventas activas y pasivas*

111. El artículo 8, letras d) y e), del REC I+D se refiere a las restricciones de las ventas activas y pasivas. El REC I+D define:

i) *ventas pasivas* <sup>(125)</sup> como las ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de productos al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos, e incluyendo las ventas resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación;

ii) *ventas activas* <sup>(126)</sup> como todas las formas de venta distintas de las ventas pasivas. Por ejemplo, dirigirse activamente a clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa o a través de publicidad y promoción personalizadas, fuera de línea o en línea, por ejemplo mediante medios de comunicación impresos o digitales, incluidos los medios en línea, servicios de comparación de precios o publicidad en motores de búsqueda dirigidos a clientes de determinados territorios o grupos de clientes, operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos, u ofrecer en un sitio web lenguas de uso común en determinados territorios, cuando dichas lenguas sean diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que esté establecido el comprador.

112. El artículo 8, letra d), del REC I+D establece que las restricciones a las *ventas pasivas* son restricciones especialmente graves. Esto abarca cualquier restricción del territorio o de los clientes a los que las partes pueden vender pasivamente los productos contractuales o licenciar las tecnologías contractuales. Sin embargo, el artículo 8, letra d), establece una excepción para los requisitos de licencia exclusiva de los resultados de I+D a otra parte del acuerdo. La razón de esta excepción es que el REC I+D prevé la posibilidad de que las partes se especialicen en el contexto de la explotación, lo que incluye una situación en la que solo una parte produce y distribuye los productos contractuales sobre la base de una licencia exclusiva concedida por las otras partes.

113. El artículo 8, letra e), del REC I+D establece que determinadas restricciones de *ventas activas* son restricciones especialmente graves. Esto se aplica a cualquier restricción de las ventas activas de los productos contractuales o de las tecnologías contractuales en territorios o a clientes que no hayan sido asignados en exclusiva a una de las partes por medio de la especialización en el contexto de la explotación.

d) *Otras restricciones especialmente graves*

114. El artículo 8, letra f), del REC I+D establece que constituye una restricción especialmente grave exigir a una parte que se niegue a satisfacer la demanda de los clientes de su territorio, o de los clientes asignados de otro modo entre las partes mediante especialización en el contexto de la explotación, cuando dichos clientes deseen comercializar los productos considerados en el contrato en otros territorios del mercado interior.

115. Por último, el artículo 8, letra g), del REC I+D califica de restricción especialmente grave cualquier requisito impuesto a una parte para dificultar a los usuarios o revendedores la obtención de los productos contractuales de otros revendedores en el mercado interior <sup>(127)</sup>. Esto podría incluir, por ejemplo, la imposición de la obligación de supeditar la prestación de servicios de garantía al cliente a la adquisición del producto considerado en el contrato en un Estado miembro concreto.

<sup>(124)</sup> Véase el artículo 8, letra c), del REC I+D.

<sup>(125)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 19, del REC I+D.

<sup>(126)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 18, del REC I+D.

<sup>(127)</sup> Véase el artículo 8, letra g), del REC I+D.

#### 2.2.4.2. Restricciones excluidas

116. El artículo 9 del REC I+D excluye de la exención por categorías determinadas obligaciones que figuran en los acuerdos de I+D. Se trata de obligaciones para las que no se puede suponer que cumplan en general las condiciones del artículo 101, apartado 3. A diferencia de las restricciones especialmente graves contempladas en el artículo 8 del REC I+D, las restricciones excluidas no impiden que la totalidad del acuerdo de I+D se beneficie de la exención por categorías. Si la restricción excluida puede separarse del resto del acuerdo, el acuerdo restante sigue beneficiándose de la exención por categorías, siempre que cumpla las condiciones del REC I+D.
117. Las restricciones excluidas están sujetas a una evaluación individual con arreglo al artículo 101. No puede presumirse que dichas restricciones entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, o que no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.
118. La primera restricción excluida es la obligación de no impugnar:
- a) tras la finalización de la I+D, la validez de los derechos de propiedad intelectual que las partes posean en el mercado interior y que sean relevantes para la I+D <sup>(128)</sup>; o
  - b) tras la expiración del acuerdo de I+D, la validez de los derechos de propiedad intelectual que las partes posean en el mercado interior y que protejan los resultados de la I+D <sup>(129)</sup>.
119. La razón para excluir dichas obligaciones de la exención por categorías es que no se debe impedir que las partes que dispongan de información relevante para la identificación de derechos de propiedad intelectual que hayan sido concedidos por error impugnen la validez de dichos derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, las disposiciones que permiten poner término al acuerdo de I+D si una de las partes cuestiona la validez de los derechos de propiedad intelectual que son relevantes para la I+D en común o remunerada o que protegen los resultados de la I+D no son restricciones excluidas.
120. La segunda restricción excluida es la obligación de no conceder licencias a terceros para producir los productos considerados en el contrato o para utilizar las tecnologías consideradas en el contrato. Esto significa que, en principio, las partes deben tener libertad para conceder licencias a terceros. Se aplicará una excepción cuando los acuerdos de I+D prevean la explotación de los resultados de la I+D en común o remunerada por al menos una de las partes y esa explotación se produzca en el mercado interior respecto a terceros.

#### 2.2.5. Plazo pertinente para evaluar el cumplimiento de las condiciones del REC I+D

121. A efectos de la aplicación del umbral de cuota de mercado establecido en el artículo 6 del REC I+D, el momento pertinente para la evaluación es la fecha en que las partes celebran el acuerdo de I+D en común o remunerada. Al final del periodo de siete años mencionado en el artículo 6, apartado 4, del REC I+D, las partes deben evaluar a qué mercado o mercados pertenecen el producto contractual o las tecnologías contractuales y si su cuota de mercado combinada supera el 25 %. El cumplimiento de las demás condiciones del REC I+D debe evaluarse en el momento en que se celebra el acuerdo de I+D y este debe seguir cumpliendo dichas condiciones durante toda su duración, incluido, si procede, el periodo de explotación de los resultados de I+D.

#### 2.2.6. Retirada del beneficio de la exención por categorías

122. Los artículos 10 y 11 del REC I+D establecen que la Comisión y las ANC pueden retirar el beneficio de la exención por categorías de conformidad con el artículo 29, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, respectivamente, cuando comprueben, en un caso concreto, que un acuerdo de I+D que está cubierto por la exención por categorías tiene, no obstante, efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3.
123. El artículo 10, apartado 2, del Reglamento de I+D establece una lista no exhaustiva de situaciones en las que la Comisión puede considerar el uso de esta facultad, a saber, cuando:
- a) la existencia de un acuerdo de I+D restrinja sustancialmente la posibilidad de que terceras partes lleven a cabo actividades de I+D en los ámbitos de los productos o tecnologías considerados en el contrato; esto podría deberse, por ejemplo, a la limitada capacidad de investigación disponible;

<sup>(128)</sup> Véase el artículo 9, apartado 1, letra a), inciso i), del REC I+D.

<sup>(129)</sup> Véase el artículo 9, apartado 1, letra a), inciso ii), del Reglamento sobre I+D.

- b) la existencia del acuerdo de I+D restringe sustancialmente el acceso de terceros al mercado de referencia de los productos o tecnologías considerados en el contrato, por ejemplo, como consecuencia de la concesión de una licencia exclusiva a una de las partes para producir y distribuir los productos o tecnologías objeto del contrato;
  - c) las partes no exploten los resultados de la I+D en común o remunerada frente a terceros sin ninguna razón objetivamente válida, por ejemplo, negándose a conceder licencias sobre los resultados de la I+D;
  - d) los productos o tecnologías resultantes del acuerdo de I+D no estén sujetos en la totalidad o en una parte sustancial del mercado interior a una competencia efectiva;
  - e) la existencia del acuerdo de I+D restringiría sustancialmente la competencia en innovación o la competencia en investigación y desarrollo en un campo concreto. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en los casos en los que los productos o tecnologías considerados en el contrato crearían una demanda totalmente nueva y en los que en el momento de la firma del acuerdo existe un número reducido de proyectos independientes comparables de investigación y desarrollo en el mismo campo.
124. De conformidad con el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, la Comisión puede retirar el beneficio de la exención por categorías por iniciativa propia o por previa solicitud. Cuando la Comisión o una ANC desee retirar el beneficio de la exención por categorías con respecto a un acuerdo de I+D, deberá establecer, en primer lugar, que el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, y, en segundo lugar, que el acuerdo incumple al menos una de las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3 <sup>(130)</sup>. La decisión de retirar el beneficio del REC I+D puede combinarse con la constatación de una infracción del artículo 101 y la exigencia de poner fin a la infracción. También pueden imponerse remedios estructurales o de comportamiento <sup>(131)</sup>.
125. Cualquier decisión de retirar el beneficio de la exención por categoría solo produce efectos *ex nunc*, es decir, el estatus exento del acuerdo de I+D no se ve afectado durante el periodo anterior a la fecha en la que la retirada se hace efectiva. Cuando una ANC tenga la intención de retirar el beneficio de la exención por categorías de conformidad con el artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, deberá tener en cuenta sus obligaciones en virtud del artículo 11, apartado 4, de dicho Reglamento, en particular su obligación de facilitar a la Comisión cualquier decisión pertinente prevista.
- 2.2.7. *Período transitorio*
126. El REC I+D establece un período transitorio de dos años (del 1 de julio de 2023 al 30 de junio de 2025), durante el cual la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, no se aplica a los acuerdos de investigación y desarrollo que ya estén en vigor el 30 de junio de 2023 y que no cumplan las condiciones para la exención establecidas en el REC I+D, pero sí las condiciones de exención establecidas en el Reglamento (CE) n.º 1217/2010.

### 2.3. Evaluación individual de los acuerdos de I+D en virtud del artículo 101, apartado 1

127. Cuando un acuerdo de I+D no se beneficie de la exención prevista en el REC I+D, es necesario llevar a cabo una evaluación individual con arreglo al artículo 101. El primer paso de la evaluación consiste en determinar si el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(132)</sup>. Si el acuerdo restringe la competencia en el sentido de dicha disposición, el segundo paso consiste en determinar si el acuerdo cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3.

<sup>(130)</sup> Con arreglo al artículo 41, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las personas que puedan verse afectadas negativamente por una decisión individual que aplique el Derecho de la Unión tienen derecho a ser oídas antes de que se adopte la decisión.

<sup>(131)</sup> De conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003. La Comisión hizo uso de su facultad de retirar el beneficio de la exención por categorías en su decisión de 25 de marzo de 1992 (medidas provisionales) relativa a un procedimiento en virtud del artículo 85 del Tratado CEE en el asunto IV/34.072 - Mars/Langnese y Schöller, confirmada por la sentencia de 1 de octubre de 1998, Langnese-Iglo/Comisión, C-279/95 P, EU:C:1998:447; y en su Decisión de 4 de diciembre de 1991 (medidas provisionales) relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE en el asunto IV/33.157 — Eco System/Peugeot.

<sup>(132)</sup> De no ser así, el artículo 101 no es aplicable y no se requiere ninguna otra evaluación.

### 2.3.1. Mercados de referencia

128. La *Comunicación sobre la definición de mercado* establece los principales criterios y pruebas utilizados por la Comisión para definir los mercados de referencia cuando aplica el Derecho de competencia de la Unión (véase también el apartado 44). Para la evaluación individual con arreglo al artículo 101 de los acuerdos de I+D que no estén cubiertos por el REC I+D <sup>(133)</sup>, pueden ser pertinentes las siguientes consideraciones.

#### 2.3.1.1. Mercados de producto

129. Si el acuerdo de cooperación en materia de I+D se refiere al desarrollo de productos que *mejoren o sustituyan* a los productos existentes, el mercado o mercados de dichos productos o tecnologías existentes son pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101.
130. Los mercados de productos existentes también pueden ser pertinentes para la evaluación cuando el acuerdo de I+D se refiera a productos que *sustituirán* a productos existentes (es decir, cuando el producto resultante de la I+D satisfaga la misma demanda que el producto existente, pero pertenezca a un mercado de referencia separado). Este puede ser el caso, en particular, cuando la sustitución de los productos existentes sea imperfecta o a largo plazo. Los denominados «productos en proyecto» <sup>(134)</sup> pueden considerarse, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, productos que mejorarán o sustituirán a los productos existentes o que sustituirán a los productos existentes <sup>(135)</sup>.
131. Cuando la I+D se refiera a un *componente importante de un producto final*, tanto el mercado del componente como el mercado del producto final pueden ser pertinentes para la evaluación del artículo 101. Sin embargo, el mercado del producto final solo será relevante si el componente al que se refiere la I+D es técnica o económicamente un componente clave del producto final y al menos una de las partes del acuerdo de I+D opera en el mercado de los productos finales y tiene poder de mercado en dicho mercado.

#### 2.3.1.2. Mercados de tecnologías

132. Los acuerdos de I+D pueden referirse no solo a los productos, sino también a la tecnología. Cuando los derechos de propiedad intelectual se comercialicen por separado de los productos a los que se refieren, los mercados tecnológicos serán pertinentes para la evaluación con arreglo al artículo 101. El mercado tecnológico de referencia consiste en la tecnología (propiedad intelectual) vendida o licenciada y las tecnologías consideradas sustituibles por los licenciarios <sup>(136)</sup>. Cuando un acuerdo de I+D se refiera al desarrollo de tecnologías que mejoren, sustituyan o reemplacen tecnologías existentes, los mercados de dichas tecnologías existentes son mercados de referencia para la evaluación del artículo 101.

#### 2.3.1.3. Esfuerzos tempranos en materia de innovación

133. En algunos casos, las empresas pueden cooperar en materia de investigación y desarrollo que no estén estrechamente relacionadas con un producto o tecnología específicos. Los resultados de estos primeros esfuerzos de innovación pueden, en última instancia, servir a múltiples fines y, a largo plazo, contribuir a diversos productos o tecnologías.
134. Cuando un acuerdo de I+D se refiere a los primeros esfuerzos de innovación, para evaluar la posición competitiva de las partes a efectos de la aplicación del artículo 101, puede ser necesario tener en cuenta factores como la naturaleza y el alcance de los esfuerzos de innovación, los objetivos de las distintas líneas de investigación, la especialización de los distintos equipos implicados o los resultados de los esfuerzos de innovación anteriores de las empresas afectadas. Esto puede requerir el uso de métricas específicas, por ejemplo, el nivel de gasto en I+D, o el número de patentes o de citas de patentes.

### 2.3.2. Principales problemas de competencia

135. La cooperación en I+D puede suscitar diversos problemas de competencia, en particular puede limitar directamente la competencia entre las partes, conducir a un resultado colusorio en el mercado o a una exclusión anticompetitiva de terceros.

<sup>(133)</sup> El REC I+D contiene definiciones específicas que son pertinentes para la aplicación del umbral de cuota de mercado en dicho REC. Véase el apartado 2.2.3.4.

<sup>(134)</sup> Este término se utiliza en determinados sectores para referirse a productos que aún no se han comercializado, pero para los que existe suficiente visibilidad en el proceso de investigación y desarrollo para determinar a qué mercado probablemente pertenecerán los productos, si el proceso de investigación y desarrollo tiene éxito.

<sup>(135)</sup> Algunos acuerdos de I+D se refieren al desarrollo de productos que no mejorarán, sustituirán o reemplazarán a los productos existentes, sino que satisfarán una demanda completamente nueva. Los productos en proyecto también pueden pertenecer a esta categoría de productos.

<sup>(136)</sup> Véanse también las Directrices sobre transferencia de tecnología, puntos 19-26.

136. Cuando la cooperación en I+D *limita o restringe directamente la competencia* entre las partes o *facilita un resultado colusorio* en el mercado, puede dar lugar a precios más elevados, a menos posibilidades de elección para los consumidores o a una calidad más baja de los productos o las tecnologías. Esto también podría traducirse en una reducción o ralentización de la innovación y, por tanto, en la llegada al mercado de menos productos o tecnologías o de peor calidad.

137. Los acuerdos de I+D pueden dar lugar a la *exclusión anticompetitiva* de terceras partes cuando una o varias partes del acuerdo tienen poder de mercado en un mercado de productos o tecnología relevante y el acuerdo contiene disposiciones de exclusividad o de no competencia.

#### 2.3.3. *Acuerdos de I+D que generalmente no restringen la competencia*

138. En ausencia de poder de mercado, los acuerdos de I+D suscritos por no competidores no suelen restringir la competencia. Este puede ser el caso cuando los activos, las tecnologías o los conocimientos técnicos de las partes son complementarios y no serían capaces de llevar a cabo la I+D por sí solas en un corto periodo de tiempo <sup>(137)</sup>. La relación de competencia entre las partes debe evaluarse en función de factores objetivos. Por ejemplo, una empresa puede no ser capaz de llevar a cabo I+D de forma independiente si tiene capacidades técnicas limitadas o un acceso limitado a financiación, trabajadores cualificados, tecnologías u otros recursos.

139. La subcontratación de I+D previamente cautiva a entidades que no se dedican a la explotación de los resultados de I+D, como institutos de investigación, organismos académicos u otras empresas especializadas, es un ejemplo de acuerdo de I+D que puede reunir activos, tecnologías y conocimientos técnicos complementarios. Por lo general, estos acuerdos prevén una transferencia de conocimientos técnicos y/o una obligación de suministro exclusivo de los resultados de I+D.

140. La cooperación en I+D relacionada con la investigación básica no suele restringir la competencia. En este contexto, por investigación básica se entiende el trabajo experimental o teórico emprendido principalmente para adquirir nuevos conocimientos sobre los fundamentos subyacentes de los fenómenos y los hechos observables.

#### 2.3.4. *Restricciones de la competencia por el objeto*

141. Los acuerdos de I+D pueden restringir la competencia por su objeto si su finalidad principal no es la realización de I+D, sino servir de instrumento para participar en un cartel, es decir, si las partes se dedican a fijar precios, limitar la producción, repartirse el mercado o restringir el desarrollo técnico <sup>(138)</sup>.

142. Por ejemplo, las empresas pueden utilizar un acuerdo de I+D para i) impedir o retrasar la entrada en el mercado de productos o tecnologías; ii) coordinar las características de productos o tecnologías que no estén cubiertos por el acuerdo de I+D, o iii) limitar la mejora de un producto o tecnología desarrollado conjuntamente.

#### 2.3.5. *Efectos restrictivos de la competencia*

143. Para evaluar si un acuerdo de cooperación en I+D tiene el efecto de restringir la competencia, es necesario tener en cuenta los parámetros relevantes de la competencia en el caso concreto. Estos parámetros pueden incluir el precio del producto, pero también su nivel de innovación, su calidad en diversos aspectos, así como su disponibilidad, incluso en términos de plazo de entrega, resistencia de las cadenas de suministro, fiabilidad del suministro y costes de transporte.

144. Los acuerdos de I+D que no incluyen la explotación en común de los resultados de la I+D mediante la concesión de licencias, la producción o la comercialización rara vez dan lugar a efectos restrictivos sobre la competencia. Tales acuerdos solo pueden tener efectos anticompetitivos cuando restringen la competencia en innovación.

##### 2.3.5.1. *Poder de mercado*

145. En general, los acuerdos de I+D sólo pueden producir efectos restrictivos sobre la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, cuando una o varias de las partes del acuerdo tienen poder de mercado en un mercado de productos o tecnologías de referencia existente o cuando el acuerdo da lugar a una reducción apreciable de la competencia en innovación.

<sup>(137)</sup> Véase también el apartado 16 relativo a la competencia potencial.

<sup>(138)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2021, *Car Emissions* (asunto AT.40178), que se refería a un cartel que se concertó entre cinco fabricantes de automóviles en el contexto de una asociación de empresas. El objetivo aparente de la cooperación era desarrollar componentes para un nuevo sistema de limpieza de emisiones. Sin embargo, en el contexto de esa cooperación, los fabricantes de automóviles también acordaron no mejorar la eficacia del sistema más allá de lo legalmente exigido, restringiendo así el desarrollo técnico de la tecnología de limpieza de emisiones.

146. No existe un umbral absoluto a partir del cual pueda suponerse que un acuerdo de I+D crea o mantiene poder de mercado y, por tanto, es capaz de dar lugar a efectos restrictivos sobre la competencia. Sin embargo, cuanto más fuerte sea la posición conjunta de las partes en los mercados de referencia, incluida su posición en relación con la innovación, más probable será que el acuerdo de I+D produzca efectos restrictivos <sup>(139)</sup>.

#### 2.3.5.2. I+D relacionada con productos o tecnologías existentes

147. Si la I+D se destina a *mejorar o perfeccionar productos o tecnologías existentes*, los posibles efectos derivados se refieren al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. Sin embargo, los efectos sobre los precios, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos o el desarrollo técnico en los mercados existentes sólo son probables si las partes tienen conjuntamente una posición fuerte, la entrada es difícil y si los terceros competidores no son capaces de limitar el comportamiento de las partes, por ejemplo, debido a su número limitado o a la inferioridad de sus recursos o competencias. Además, si la I+D se refiere a un insumo relativamente menor de un producto final, es probable que cualquier efecto sobre la competencia en el mercado o mercados de referencia de ese producto final sea limitado.
148. Si la I+D se destina a *sustituir o reemplazar un producto o tecnología existente*, los posibles efectos derivados pueden referirse, por ejemplo, a la ralentización del desarrollo del producto o la tecnología de sustitución. Este es el caso, en particular, si las partes tienen poder de mercado en el mercado de producto o tecnológico existente y son además las únicas involucradas en la I+D destinada a desarrollar un sustituto de ese producto o tecnología existente. Es posible que se registre un efecto similar si una de las principales empresas de un mercado existente coopera con un competidor mucho más pequeño o con un competidor potencial que está a punto de hacer su aparición en el mercado con un producto o una tecnología que puede amenazar la posición de la empresa ya existente.
149. Los acuerdos de I+D que prevén la explotación en común de los resultados de la I+D (por ejemplo, la producción o distribución conjunta) tienen mayor potencial para restringir la competencia que los acuerdos que prevén que cada parte explote los resultados de la I+D de forma independiente. En caso de explotación en común, los efectos restrictivos en forma de aumento de los precios o reducción de la producción en los mercados existentes son más probables cuando una o más de las partes tiene poder de mercado. Por otro lado, si la explotación en común se lleva a cabo únicamente mediante la concesión de licencias a terceros, es poco probable que se produzcan efectos restrictivos como la exclusión.

#### 2.3.5.3. Innovación relativa a productos totalmente nuevos y primeros esfuerzos de innovación

150. Por lo que se refiere a los acuerdos de I+D relacionados con i) el desarrollo de productos o tecnologías que crearían una demanda totalmente nueva o con ii) los primeros esfuerzos de innovación, los efectos sobre el precio y la producción en los mercados existentes son, por lo general, improbables. En tales casos, la evaluación se centrará en las posibles restricciones de la competencia en innovación relativas, por ejemplo, a la calidad y variedad de los posibles productos o tecnologías futuros o a la velocidad o el nivel de innovación. La evaluación debe tener en cuenta que el resultado de la I+D es por naturaleza incierto y que los resultados serán, en general, menos seguros en el caso de los primeros esfuerzos de innovación que en el de los esfuerzos de I+D que se aproximan al lanzamiento al mercado de los productos o tecnologías resultantes del acuerdo de I+D.
151. Por lo general, es poco probable que se produzcan efectos restrictivos si un número suficiente de terceros tiene proyectos de I+D en competencia. Sin embargo, los efectos negativos son más probables cuando el acuerdo de I+D aún a esfuerzos de I+D independientes que se encuentran en una fase próxima al lanzamiento del nuevo producto o tecnología. Los efectos restrictivos pueden resultar directamente de la coordinación de los esfuerzos de I+D de las partes, independientemente de si el acuerdo de I+D contiene restricciones sobre la capacidad de las partes para llevar a cabo I+D de forma independiente o con terceros. Por ejemplo, el acuerdo de I+D puede llevar a una o varias de las partes a abandonar su proyecto de I+D y aunar sus capacidades con las de las otras partes.

#### 2.3.5.4. Intercambios de información

152. La aplicación de un acuerdo de I+D puede requerir el intercambio de información comercial confidencial. Si el acuerdo de I+D en sí mismo no entra dentro de la prohibición del artículo 101, apartado 1, porque tiene efectos neutros o positivos sobre la competencia, un intercambio de información accesorio a dicho acuerdo tampoco entra dentro de dicha prohibición <sup>(140)</sup>. Este es el caso si el intercambio de información es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de I+D y es proporcional a los objetivos del mismo <sup>(141)</sup>.

<sup>(139)</sup> Sin perjuicio del análisis de las posibles mejoras de eficiencia, incluidas aquellas que existen normalmente en la I+D cofinanciada con fondos públicos. Véase la sección 2.4.1.

<sup>(140)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89.

<sup>(141)</sup> Véase también la sección 1.2.6 y el apartado 369.

153. Cuando el intercambio de información vaya más allá de lo que es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de I+D o no sea proporcional a sus objetivos, debe evaluarse utilizando las orientaciones facilitadas en el capítulo 6 <sup>(142)</sup>. Si el intercambio de información está comprendido en el artículo 101, apartado 1, aún puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.
- 2.4. **Evaluación individual de los acuerdos de I+D con arreglo al artículo 101, apartado 3**
154. Cuando un acuerdo de I+D restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, cumplirá no obstante con el artículo 101 si cumple las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3 (véase la sección 1.2.7).
- 2.4.1. *Mejoras de eficiencia*
155. Los acuerdos de I+D, con o sin explotación en común de los resultados de la I+D, suelen generar mejoras de la eficiencia:
- a) combinando conocimientos y activos complementarios de las partes, dando así lugar a un desarrollo y una comercialización de productos y tecnologías mejorados o nuevos más rápidos que sin la cooperación;
  - b) dando lugar a una mayor difusión del conocimiento, que puede generar una mayor innovación;
  - c) permitiendo la reducción de costes o de las dependencias en el caso de productos o tecnologías para los que existe un número limitado de proveedores.
156. Estas mejoras de la eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.
157. Solo pueden tenerse en cuenta las ventajas objetivas a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3 <sup>(143)</sup>. Por ejemplo, un acuerdo de I+D puede dar lugar a que una o varias de las partes abandonen toda o parte de su I+D. Esto puede reducir los costes (fijos) para las partes interesadas, pero es poco probable que se traduzca en beneficios para los consumidores, a menos que las partes puedan demostrar que la reducción del número de esfuerzos de I+D probablemente se verá compensada por unos productos que llegarán al mercado más rápidamente o por una mayor probabilidad de que la I+D tenga éxito.
- 2.4.2. *Carácter indispensable*
158. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de I+D no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. En particular, las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 8 del REC I+D <sup>(144)</sup> tienen menos probabilidades de cumplir el criterio del carácter indispensable en una evaluación individual.
- 2.4.3. *Beneficio para los consumidores*
159. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de I+D. Por ejemplo, la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados debe compensar cualesquiera incrementos de precios u otros efectos restrictivos de la competencia.
160. En general, es más probable que un acuerdo de I+D produzca ganancias de eficiencia que permitan a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante cuando las partes combinan conocimientos técnicos o activos complementarios, como capacidades de investigación desarrolladas en diferentes sectores o diferentes campos de investigación.
161. Cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable será que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.
- 2.4.4. *No eliminación de la competencia*
162. Las condiciones del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si el acuerdo de I+D ofrece a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o tecnologías en cuestión. Al aplicar esta condición, debe tenerse en cuenta el impacto del acuerdo en la competencia en materia de innovación.

<sup>(142)</sup> Véase también el apartado 6.

<sup>(143)</sup> Véase el apartado 49 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

<sup>(144)</sup> Véase la sección 2.2.4.1.

## 2.5. Momento pertinente para la evaluación

163. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el artículo 101 se efectúa en el contexto real en el que se producen y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de modificaciones fundamentales de los hechos <sup>(145)</sup>. La excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se aplica siempre que se cumplan las cuatro condiciones acumulativas previstas en esta disposición y deja de aplicarse cuando ya no sea así.
164. Al aplicar el artículo 101, apartado 3, es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 101 no puede aplicarse sin tener debidamente en cuenta esas inversiones anteriores. Así, el riesgo a que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo pueden llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del artículo 101, apartado 1, o a que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, durante el período de tiempo necesario para recuperar la inversión. Cuando la inversión da lugar a una invención y las partes obtienen derechos exclusivos sobre dicha invención en virtud de las normas de propiedad intelectual, es poco probable que el periodo de recuperación de la inversión supere, por lo general, el periodo de exclusividad concedido por dichas normas.
165. En algunos casos, los efectos de un acuerdo restrictivo pueden ser irreversibles. Una vez aplicado el acuerdo, no puede restablecerse la situación anterior. En tales casos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo.
166. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de I+D relativo a un producto totalmente nuevo que no mejora, sustituye o reemplaza a un producto existente, por el que cada parte acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la(s) otra(s) parte(s), puede resultar técnica y económicamente imposible reactivar los proyectos abandonados. Si el acuerdo es compatible con el artículo 101 en el momento en que se celebra, por ejemplo, porque un número suficiente de terceros tienen proyectos de I+D en competencia, el acuerdo de las partes de abandonar sus proyectos individuales sigue siendo compatible con el artículo 101, incluso si en un momento posterior los proyectos de los terceros fracasan.
167. No obstante, la prohibición del artículo 101, apartado 1, puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la I+D en común, el acuerdo contempla la explotación en común, el artículo 101 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si este, debido a la posterior evolución del mercado, produce efectos restrictivos de la competencia y (ya) no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad.

## 2.6. Ejemplos

168. Acuerdos de I+D relativos a productos que crean una demanda totalmente nueva

### Ejemplo 1

*Situación:* Las empresas A y B han realizado, cada una, importantes inversiones en I+D para desarrollar un nuevo componente electrónico miniaturizado. Se prevé que el nuevo componente no mejorará ni sustituirá a los existentes, sino que creará una demanda totalmente nueva. Las empresas A y B han desarrollado sendos prototipos y esperan poder introducirlos en el mercado en aproximadamente 18 meses. Además, las empresas A y B esperan que solo el primer componente que llegue al mercado sea un éxito de ventas en términos de ingresos y la segunda empresa que saque su producto al mercado no podrá recuperar las considerables inversiones en I+D realizadas, mientras que, si ambas empresas empiezan a vender el producto en el mercado simultáneamente, las empresas A y B esperan poder obtener un beneficio considerable. Así, acuerdan combinar sus esfuerzos de I+D en una empresa en participación que desarrollará el prototipo de la empresa A y, a continuación, producirá el nuevo componente y lo suministrará a ambas empresas, que lo comercializarán de forma independiente. Como resultado del acuerdo de empresa en participación, la empresa B abandonará el desarrollo de su propio prototipo. Al aunar sus esfuerzos en I+D, las partes esperan poder sacar el nuevo componente al mercado en menos de un año. Ninguna otra empresa está desarrollando un componente sustituible.

<sup>(145)</sup> Véase el apartado 44 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101. En cuanto al momento pertinente para evaluar la aplicabilidad del REC I+D, véase la sección 2.2.5.

*Análisis:*

*Aplicabilidad del REC I+D:* El componente electrónico miniaturizado al que se refiere el acuerdo de I+D crearía una demanda totalmente nueva. No mejoraría, sustituiría ni reemplazaría un producto existente. Las empresas A y B son competidoras a nivel de innovación; Sin embargo, no entran en la definición de competidores reales o potenciales establecida en el REC I+D <sup>(146)</sup>, por lo que su acuerdo no estaría sujeto al umbral de cuota de mercado establecido en el apartado 1 del artículo 6 del REC I+D. En cambio, el acuerdo de I+D entre las empresas A y B estará cubierto por el artículo 6, apartado 2, del REC I+D y, por lo tanto, el acuerdo estará exento mientras dure la I+D, siempre y cuando el acuerdo cumpla todas las demás condiciones de exención incluidas en el REC I+D (por ejemplo, las condiciones relativas al acceso a los resultados de la I+D, la ausencia de restricciones especialmente graves, etc.).

*Probabilidad de retirada del beneficio de la exención por categorías:*

i) *Restricción de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1:* El acuerdo de I+D tendría como consecuencia que la empresa B abandonara el desarrollo de su componente prototipo, que de otro modo habría podido sacar al mercado en aproximadamente 18 meses. En el momento en que las empresas A y B suscriben el acuerdo de I+D, son las únicas empresas dedicadas a la I+D en relación con el componente electrónico miniaturizado, y ninguna otra empresa está desarrollando un componente sustituible. Además, las empresas se encuentran en una fase avanzada del proceso de I+D (esperan sacar el componente al mercado en unos 18 meses) y mediante el acuerdo ambas empresas podrían evitar una carrera por ser la primera en llegar al mercado, reduciendo el riesgo de no poder recuperar toda o parte de la inversión que ya han realizado. Por lo tanto, parece probable que el acuerdo de I+D restrinja la competencia en innovación en el sentido del artículo 101, apartado 1. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que cada parte comercializará el nuevo componente de forma independiente.

ii) *Incumplimiento de las condiciones del artículo 101, apartado 3:* La empresa en participación permitirá a las partes introducir el nuevo componente en el mercado con mayor rapidez, lo que supone una eficacia objetiva capaz de beneficiar a los consumidores. Sin embargo, es poco probable que este ahorro de tiempo compense la reducción de la competencia en innovación y de la variedad de productos resultante del abandono del prototipo de la empresa B, dado que es probable que, de otro modo, el producto de B se hubiera introducido en el mercado antes, o como muy tarde, en un plazo breve después del producto de A y las partes no se enfrentan a ninguna otra limitación competitiva a nivel de innovación. Por lo tanto, parece que el acuerdo de I+D no cumple al menos una de las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3, a saber, la participación equitativa para los consumidores. En ese caso, es probable que se retire el beneficio de la exención por categorías, tal y como establece el artículo 10 del REC I+D, y que se prohíba el acuerdo por infringir el artículo 101.

## 169. Acuerdos de I+D con centros académicos/institutos de investigación

**Ejemplo 2**

*Situación:* La empresa A es un importante productor de plaguicidas agrícolas. Opera en un mercado ascendente de ingredientes plaguicidas, con su ingrediente X, y en un mercado posterior de plaguicidas con su plaguicida Y. El ingrediente X es un insumo clave para la producción del plaguicida Y.

La empresa A tiene previsto financiar un proyecto de investigación destinado a mejorar el ingrediente X, de modo que los clientes que utilizan plaguicidas Y puedan obtener el mismo rendimiento de los cultivos utilizando cantidades menores de plaguicidas. A tal efecto, la empresa A suscribe un acuerdo de investigación y desarrollo con la Universidad B, que tiene importantes capacidades de I+D en materia de ingredientes de plaguicidas. La universidad B no produce ni vende plaguicidas o ingredientes de plaguicidas.

El acuerdo de I+D establece que la empresa A financiará, pero no llevará a cabo, las actividades de investigación y desarrollo, que serán llevadas a cabo por la universidad B. El acuerdo de I+D no permite a la universidad B explotar los resultados de I+D. El acuerdo de I+D se reserva el derecho de explotar los resultados de la I+D remunerada exclusivamente a la empresa A. La universidad B solo tiene derecho a utilizar los resultados de I+D para los fines de otras actividades de I+D.

<sup>(146)</sup> Véase el artículo 1, apartado 1, punto 15, del REC I+D.

**Análisis:**

*Aplicabilidad del REC I+D:* La empresa A y la universidad B no son empresas competidoras en el sentido del REC I+D. De conformidad con el artículo 6, apartado 2, del REC I+D, no es necesario alcanzar el umbral de cuota de mercado.

El artículo 3 del REC I+D establece, como condición general para la exención por categorías, que todas las partes en el acuerdo de I+D deben tener pleno acceso a los resultados de la I+D remunerada con el fin de llevar a cabo nuevas actividades de I+D y para su explotación. El acuerdo de I+D no cumple esta condición. Sin embargo, el acuerdo de I+D entra en el ámbito de aplicación de la excepción especial prevista en el artículo 3, apartado 5, del REC I+D, según el cual los acuerdos de I+D que restringen el uso de los resultados de I+D por parte de los centros académicos únicamente a otras actividades de I+D (es decir, el acuerdo excluye la explotación de los resultados) pueden beneficiarse de la exención por categorías.

Por lo tanto, siempre que se cumplan las demás condiciones del REC I+D, el acuerdo de I+D entre la empresa A y la universidad B se beneficia de la exención por categorías y no es necesaria ninguna otra evaluación.

## 170. Impacto de la cooperación en I+D y medio ambiente

**Ejemplo 3**

*Situación:* Dos empresas de ingeniería que fabrican componentes para vehículos acuerdan crear una empresa en participación para combinar sus actuales esfuerzos en I+D con el objetivo de mejorar el rendimiento de un componente ya existente. Si la I+D en común tiene éxito, el componente mejorado tendrá un impacto positivo en el medio ambiente: los vehículos que incorporen el componente consumirán menos combustible y, por lo tanto, emitirán menos CO<sub>2</sub>. Las empresas esperan que la combinación de sus esfuerzos de I+D acelere el desarrollo del producto mejorado. El acuerdo de empresa en participación establece que cada empresa seguirá fabricando y vendiendo los componentes (existentes y mejorados) de forma independiente. En el mercado de la Unión para el suministro del componente existente, las dos empresas tienen cuotas de mercado del 15 y el 20 %, respectivamente. Hay otros tres fabricantes importantes de componentes que compiten entre sí. Por lo general, el ciclo de vida del producto para este componente es de tres a cinco años. En cada uno de los tres últimos años, uno de los principales fabricantes de componentes ha introducido una nueva versión o actualización.

**Análisis:**

*Aplicabilidad del REC I+D:* Con arreglo al REC I+D, el «mercado de productos de referencia» es el mercado de los productos susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos considerados en el contrato. En el caso que nos ocupa, este es el mercado del componente del vehículo que pretende mejorar el proyecto de I+D. Las partes tienen una cuota conjunta del 35 % en el mercado de productos de referencia. Dado que esto supera el umbral de cuota de mercado del 25 % establecido en el REC I+D, la empresa en participación no puede beneficiarse de la exención por categorías.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* Al combinar los esfuerzos anteriormente independientes de las partes en materia de I+D, la empresa en participación conduce a una reducción del número de esfuerzos de investigación y desarrollo relacionados con la mejora del componente. Si esto crea una restricción sensible de la competencia en el mercado de productos de referencia o una restricción apreciable de la competencia en materia de innovación requiere una evaluación completa del contexto jurídico y económico. A tal fin, los factores pertinentes incluyen la presencia de otros tres fabricantes significativos en el mercado de productos de referencia; el historial de dichos fabricantes en términos de innovación; el ciclo de vida relativamente corto del componente y el hecho de que las partes seguirán produciendo y vendiendo los componentes existentes y mejorados de forma independiente. En conjunto, parece poco probable que la empresa en participación dé lugar a una restricción sensible de la competencia.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 3:* Una evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3, solo es necesaria si se considera que la empresa en participación restringe la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1. Acelerar el desarrollo de una versión mejorada del componente que reducirá el consumo de combustible es una eficiencia objetiva. Aunque las partes tienen una cuota de mercado combinada significativa en el mercado de componentes de referencia, la presencia de otros competidores significativos con un buen historial de innovación, el ciclo de vida corto del componente

y el hecho de que las partes seguirán fabricando y vendiendo el componente de forma independiente hacen probable que la eficiencia se transmita a los consumidores y hacen poco probable que la empresa en participación elimine la competencia en el mercado de componentes de referencia o elimine la competencia pertinente en materia de innovación. La afirmación de las partes de que la combinación de sus esfuerzos de I+D es indispensable para acelerar el desarrollo del componente mejorado parece verosímil. Por lo tanto, es probable que la empresa en participación de I+D cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 171. Asociación de investigación

##### **Ejemplo 4**

*Situación:* Las empresas A, B y C son importantes agentes en el ámbito de las tecnologías de energías renovables. Crearon una asociación para la investigación, que define un programa de I+D que establece una visión común a largo plazo para el desarrollo de nuevas tecnologías de energías renovables y la mejora de las existentes. Este programa se aplicará a través de una serie de acuerdos posteriores independientes que abarcarán proyectos individuales de I+D en común o remunerada.

Este programa se formalizará en un memorando de entendimiento, que establecerá un marco para la cooperación de las partes, incluidos los objetivos, las condiciones, las normas de gobernanza y las disposiciones de seguimiento. El memorando de entendimiento establece, en particular, un mecanismo de compensación para los casos en que una parte desee explotar los resultados de la investigación y desarrollo llevados a cabo por las otras partes.

*Análisis:*

*Aplicabilidad del REC I+D:* Dado que el memorando de entendimiento no se refiere a proyectos específicos de I+D (se limita a establecer condiciones generales para la ejecución de los proyectos de I+D que serán objeto de acuerdos separados y posteriores), dicho memorando no constituye en sí mismo un acuerdo de I+D en el sentido del REC I+D. Por lo tanto, la exención por categorías no es aplicable.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1, y al artículo 101, apartado 3:* Todas las partes del memorando de entendimiento operan en el ámbito de las tecnologías de energías renovables, pero el memorando es un acuerdo marco de alto nivel que no se refiere a los proyectos específicos de I+D. Por lo tanto, no es posible determinar si las partes son competidores reales o potenciales a efectos de dicho acuerdo. Solo será posible evaluar su relación de competencia cuando suscriban los posteriores acuerdos de ejecución de I+D. De este modo, el memorando puede restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

### **3. ACUERDOS DE PRODUCCIÓN**

#### **3.1. Introducción**

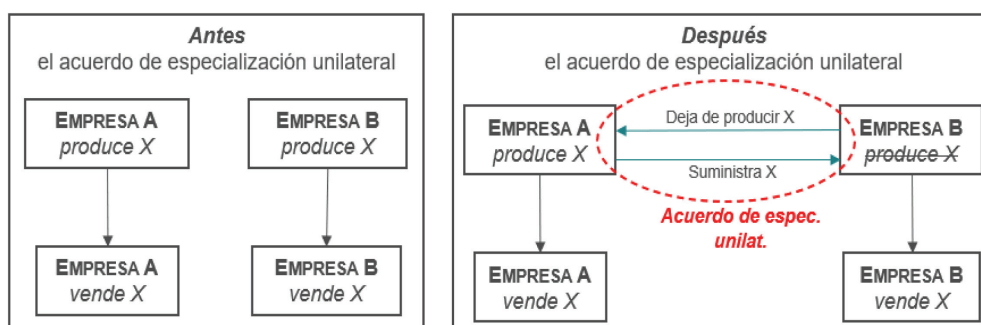
172. El presente capítulo ofrece orientaciones sobre la evaluación de los acuerdos de producción horizontales. A efectos del presente capítulo, se entenderá por producción la fabricación de bienes y la preparación de servicios <sup>(147)</sup>.
173. Los acuerdos de producción pueden variar en forma y alcance:
- a) podrán disponer que la producción se lleve a cabo conjuntamente, por ejemplo, mediante una empresa en participación, un equipo conjunto o una organización conjunta; o
  - b) podrán disponer que la producción sea realizada por una sola parte o por dos o más partes, mediante formas de cooperación más laxas, como los acuerdos de subcontratación.
174. Los acuerdos de producción en común son acuerdos en virtud de los cuales dos o más empresas acuerdan producir conjuntamente determinados productos. La producción en común puede adoptar diversas formas, por ejemplo: i) una empresa en participación, es decir, una empresa controlada conjuntamente que explote una o varias instalaciones de producción <sup>(148)</sup>, o ii) un equipo conjunto u organización conjunta compuesta por un número igual o desigual de representantes de las partes.

<sup>(147)</sup> Por lo que se refiere a la preparación de los servicios, véase, en particular, el apartado 200.

<sup>(148)</sup> Véanse los apartados 12 y 46. Las presentes Directrices no cubren las operaciones que constituyen una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento sobre concentraciones; esto incluye la creación de una empresa en participación con plenas funciones.

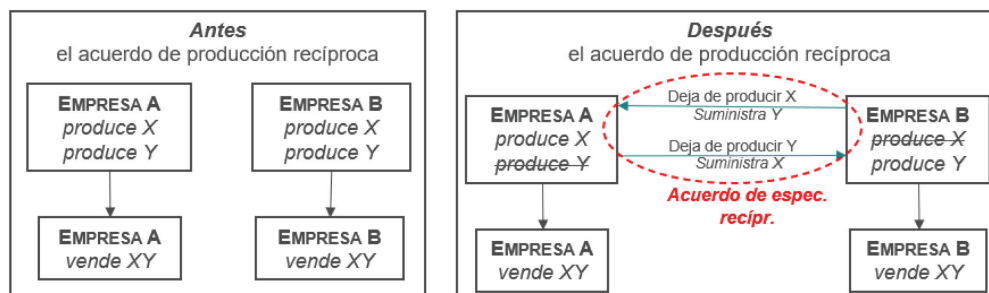
175. Los acuerdos de subcontratación son acuerdos en virtud de los cuales una parte (el «contratista») confía la producción de un producto a otra parte (el «subcontratista»). En este capítulo, los acuerdos de subcontratación horizontales son acuerdos de subcontratación entre empresas que operan en el mismo mercado de productos, pero no necesariamente en el mismo mercado geográfico, por lo que son o no competidores. Los acuerdos de subcontratación horizontal incluyen los acuerdos de especialización unilateral y recíproca, así como otros tipos de acuerdos de subcontratación.
176. Los *acuerdos de especialización unilateral* son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo mercado de producto, en virtud de los cuales una o varias partes acuerdan interrumpir total o parcialmente la producción de determinados bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte o partes, que aceptan producir y suministrar esos productos a la parte o partes que hayan interrumpido la producción o se hayan abstenido de producirlos.

*Ejemplo de acuerdo de especialización unilateral*



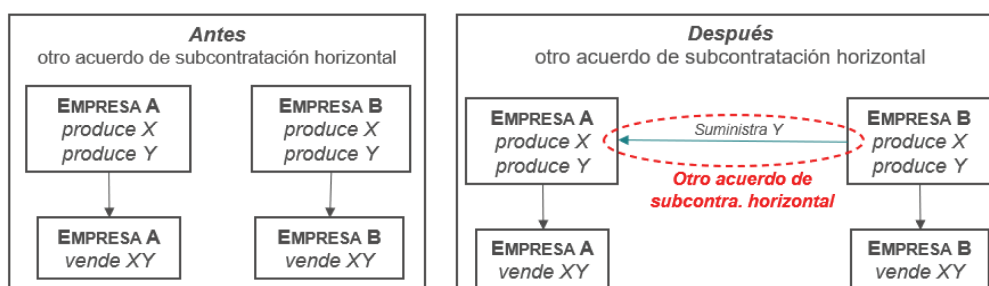
177. Los *acuerdos de especialización recíproca* son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo mercado de producto, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a interrumpir o abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a producir y suministrar dichos productos a la otra parte o partes que hayan interrumpido la producción o se hayan abstenido de producirlos.

*Ejemplo de acuerdo de especialización recíproca*



178. Las orientaciones facilitadas en el presente capítulo se aplican también a *otros tipos de acuerdos horizontales de subcontratación*. Esto incluye los acuerdos de subcontratación con miras a ampliar la producción, por los que el contratista no interrumpe ni limita al mismo tiempo su propia fabricación del producto.

*Ejemplo de acuerdo de especialización destinado a ampliar la producción*



179. Las presentes Directrices se aplican a todas las formas de acuerdos de producción en común y a los acuerdos horizontales de subcontratación <sup>(149)</sup>.
180. En aras de la conveniencia, es posible que las empresas que tengan la intención de celebrar acuerdos horizontales de producción deseen en primer lugar considerar si su acuerdo puede beneficiarse del REC de especialización <sup>(150)</sup>. La exención prevista por el REC de especialización se basa en la presunción de que —en la medida en que un acuerdo de producción entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y cumpla las condiciones establecidas en el REC de especialización—, cumplirá en general las condiciones del artículo 101, apartado 3. Cuando un acuerdo horizontal de producción cumple las condiciones del REC de especialización, es compatible con el artículo 101 y no es necesaria ninguna otra evaluación <sup>(151)</sup>. Cuando un acuerdo de producción no está cubierto por el REC de especialización o no cumple las condiciones de dicho Reglamento, es necesario llevar a cabo una evaluación individual con arreglo al artículo 101 para determinar, en primer lugar, si el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, y, en caso afirmativo, si el acuerdo cumple las cuatro condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3.
181. Este capítulo está estructurado como sigue:
- a) La sección 3.2 ofrece orientación sobre la identificación de los mercados de referencia para la evaluación de los acuerdos de producción;
  - b) La sección 3.3 ofrece orientación sobre la aplicación del REC de especialización, incluidas las condiciones para eximir los acuerdos de especialización, el umbral de cuota de mercado y las restricciones especialmente graves y excluidas;
  - c) La sección 3.4 ofrece orientaciones para la evaluación individual de los acuerdos de producción en virtud del artículo 101, apartado 1;
  - d) La sección 3.5 ofrece orientaciones para la evaluación individual de los acuerdos de producción en virtud del artículo 101, apartado 3;
  - e) La sección 3.6 ofrece orientaciones específicas para la evaluación de los acuerdos de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones móviles con arreglo al artículo 101, apartado 1, y al artículo 101, apartado 3.

### 3.2. Mercados de referencia

182. La *Comunicación sobre la definición de mercado* establece los principales criterios y pruebas utilizados por la Comisión para definir los mercados de referencia cuando aplica el Derecho de competencia de la Unión (véase también el apartado 44). Estos criterios son aplicables para la evaluación de los acuerdos de producción con arreglo al artículo 101.
183. Los acuerdos de producción afectarán a los mercados a los que incumbe directamente la cooperación, es decir, los mercados a los que pertenezcan los productos fabricados con arreglo al acuerdo de producción. Los acuerdos de producción también pueden tener efectos indirectos en los mercados ascendentes, descendentes o adyacentes al mercado directamente afectado por la cooperación (en lo sucesivo, los «mercados afectados indirectamente») <sup>(152)</sup>. Es probable que los mercados afectados indirectamente sean mercados de referencia si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en el mercado afectado indirectamente.
184. A efectos del REC de especialización, se entenderá por «mercado de referencia» el mercado de productos y el mercado geográfico al que pertenezcan los productos fabricados en el marco del acuerdo de especialización y, además, cuando dichos productos sean productos intermedios que una o varias de las partes utilizan total o parcialmente de forma cautiva como insumos para productos transformados, los mercados de productos y geográficos a los que pertenecen dichos productos transformados.

<sup>(149)</sup> Los acuerdos verticales de subcontratación no están cubiertos por las presentes Directrices. Los acuerdos verticales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución. Estos acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales y, en ciertas condiciones, pueden beneficiarse del RECAV. Además, estos acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación de la Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DO C 1 de 3.1.1979, p. 2) (en lo sucesivo, la «Comunicación sobre la subcontratación»).

<sup>(150)</sup> Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 143 de 2.6.2023, p. 20).

<sup>(151)</sup> A menos que la Comisión o una autoridad nacional de competencia (ANC) retire el beneficio de la exención por categorías en un caso concreto (véase la sección 3.3.7).

<sup>(152)</sup> Véase el artículo 2, apartado 5, primer párrafo, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo.

### 3.3. El REC de especialización

185. El REC de especialización exige a determinados acuerdos de producción de la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1 <sup>(153)</sup>. La exención prevista por el REC de especialización se basa en la hipótesis de que —en la medida en que un acuerdo de producción entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y cumpla las condiciones establecidas en el REC de especialización—, cumplirá en general las condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3. En aras de la conveniencia, es posible que las empresas que tengan la intención de celebrar un acuerdo de producción deseen en primer lugar considerar si su acuerdo puede beneficiarse del REC de especialización.
186. Los acuerdos de producción que cumplen las condiciones del REC de especialización son compatibles con el artículo 101 y no es necesaria ninguna otra evaluación <sup>(154)</sup>. Cuando un acuerdo de producción no cumple las condiciones del REC de especialización, es necesario llevar a cabo una evaluación individual con arreglo al artículo 101 para determinar, en primer lugar, si el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(155)</sup>, y, en caso afirmativo, si el acuerdo cumple las cuatro condiciones acumulativas establecidas en el artículo 101, apartado 3.
- 3.3.1. *Acuerdos de producción cubiertos por el REC de especialización*
187. El REC de especialización cubre los siguientes tipos de acuerdos de producción horizontales: a) acuerdos de especialización unilateral, b) acuerdos de especialización recíproca y c) acuerdos de producción en común. El REC de especialización utiliza el término «acuerdo de especialización» para referirse a los tres tipos de acuerdos de producción horizontales. En cada caso, el acuerdo podrá referirse a la fabricación de bienes o a la preparación de servicios <sup>(156)</sup>.
188. El artículo 1, apartado 1, punto 1, letra a, del REC de especialización define los *acuerdos de especialización unilateral* como sigue:
- a) el acuerdo implica a dos o más partes;
  - b) las partes en los acuerdos ya operan en el mismo mercado de productos;
  - c) una o varias partes acuerdan cesar total o parcialmente o abstenerse de producir determinados productos y comprarlos a la otra parte o partes; y
  - d) una o varias partes diferentes acuerdan producir y suministrar dichos productos a la otra parte o partes que cesen o se abstengan de producirlos.
189. La definición de acuerdos de especialización unilateral no requiere que: i) las partes operen en el mismo mercado geográfico o ii) la parte o partes cesen o se abstengan de producir determinados productos para reducir su capacidad (por ejemplo, vender fábricas o cerrar líneas de producción). Basta con que estas partes reduzcan su volumen de producción.
190. El artículo 1, apartado 1, punto 1, letra b), del REC de especialización define los *acuerdos de especialización recíproca* como sigue:
- a) el acuerdo implica a dos o más partes;
  - b) las partes en los acuerdos ya operan en el mismo mercado de productos;
  - c) dos o más partes, sobre una base de reciprocidad, acuerdan total o parcialmente cesar o abstenerse de producir productos determinados y diferentes, y comprarlos a la otra parte o partes; y
  - d) una o más de estas otras partes acuerdan producir y suministrar los productos a las partes que cesen o se abstengan de producirlos.
191. La definición de acuerdos de especialización recíproca no requiere que: i) las partes operen en el mismo mercado geográfico o ii) las partes que cesen de producir o se abstengan de hacerlo deban reducir su capacidad (por ejemplo, vender fábricas o cerrar líneas de producción). Basta con que estas partes reduzcan su volumen de producción.

<sup>(153)</sup> El Reglamento (CEE) n.º 2821/71 faculta a la Comisión, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, para eximir por categorías, mediante reglamento, los acuerdos que tengan por objeto la especialización, incluidos los acuerdos necesarios para su consecución.

<sup>(154)</sup> A menos que la Comisión o una autoridad nacional de competencia (ANC) retire el beneficio de la exención por categorías en un caso concreto (véase la sección 3.3.7).

<sup>(155)</sup> Para la evaluación de los acuerdos de especialización con arreglo al artículo 101, apartado 1, véase la sección 3.4.

<sup>(156)</sup> Véase el considerando 6 y el artículo 1, apartado 1, punto 5, del REC de especialización.

192. El artículo 1, apartado 1, punto 1, letra c), del REC de especialización define los *acuerdos de la producción en común* como sigue:
- a) el acuerdo implica a dos o más partes; y
  - b) las partes se comprometen a producir conjuntamente determinados productos.
193. El REC de especialización no define el término «conjunta» en el ámbito de la producción. A efectos del REC de especialización, la producción en común puede adoptar cualquier forma (por ejemplo, empresa común, organización común, equipo conjunto). Además, en el caso de los acuerdos de producción en común, no se exige que una o varias partes cesen o se abstengan de producir ningún producto.
- 3.3.2. *Otras disposiciones cubiertas por el REC de especialización*
194. La exención prevista en el REC de especialización también se aplica a determinadas disposiciones que se utilizan habitualmente en los acuerdos de producción.
195. *Disposiciones sobre la cesión o concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual a una o varias de las partes.* El artículo 2, apartado 3, del REC de especialización establece que la exención por categorías también se aplica a los acuerdos de especialización que incluyan disposiciones sobre la cesión o concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual a una o varias de las partes, siempre que dichas disposiciones cumplan dos condiciones acumulativas:
- a) que estén directamente relacionadas con la aplicación de dicho acuerdo y sean necesarios para esta; y
  - b) que no constituyan el objeto principal del acuerdo.
196. *Disposiciones sobre obligaciones de suministro o de compra.* El artículo 2, apartado 4, letra a), del REC de especialización establece que la exención por categorías también se aplica a los acuerdos de especialización en virtud de los cuales las partes aceptan obligaciones de suministro exclusivo y de compra exclusiva <sup>(157)</sup>, que se definen del siguiente modo:
- a) Una *obligación de suministro exclusivo* implica la obligación de no suministrar los productos de la especialización a una empresa competidora que no sea parte en el acuerdo (véase el artículo 1, apartado 1, punto 10, del REC de especialización). Por productos de especialización se entenderán los productos producidos en el marco de un acuerdo de especialización (véase el artículo 1, apartado 1, punto 6, del REC de especialización).
  - b) Una *obligación de compra exclusiva* implica la obligación de comprar los productos de la especialización exclusivamente a una o varias de las partes en el acuerdo (véase el artículo 1, apartado 1, punto 11 del REC de especialización).
- 3.3.3. *Distribución según el REC de especialización*
197. El artículo 2, apartado 4, letra b), del REC de especialización establece que la exención por categorías también se aplica a los acuerdos de especialización que prevén la distribución conjunta de los productos de especialización. Evidentemente, las partes siguen siendo libres de vender también los productos de especialización de forma independiente.
198. El artículo 1, apartado 1, punto 13, del REC de especialización define «distribución» como la venta y el suministro de los productos de la especialización a los clientes, incluida la comercialización de esos productos.
199. El artículo 1, apartado 1, punto 12, del REC de especialización define «conjunta» en el contexto de la distribución como:
- a) la distribución que se realiza mediante un equipo, una entidad o una empresa común, o
  - b) la distribución que lleva a cabo un distribuidor tercero que cumple dos condiciones acumulativas:
    - a) el distribuidor es designado conjuntamente por las partes del acuerdo de especialización (sobre una base exclusiva o no exclusiva); y
    - b) el distribuidor no es un competidor real o potencial de las partes en el acuerdo de especialización.

<sup>(157)</sup> Cabe señalar que los acuerdos de especialización unilateral y recíproca deben incluir obligaciones de suministro y compra para que entren en las definiciones de dichos acuerdos establecidas en el artículo 1 del REC de especialización (véanse los apartados 188 y 190).

### 3.3.4. Servicios en el marco del REC de especialización

200. El REC de especialización se aplica a los acuerdos de especialización relativos a la preparación de servicios. La preparación de servicios se refiere a las actividades previas a la prestación de servicios a los clientes (artículo 1, apartado 1, punto 5, del REC de especialización). Entre los ejemplos de preparación de servicios cabe citar la creación o explotación de una plataforma a través de la cual se prestarán los servicios.
201. Sin embargo, como se explica en el considerando 6 del REC de especialización, la prestación de servicios a los clientes queda fuera del ámbito de aplicación del REC de especialización, excepto cuando las partes acuerdan prestar conjuntamente servicios preparados en el marco del acuerdo de especialización.

### 3.3.5. Umbral de cuota de mercado y duración de la exención

#### 3.3.5.1. Umbral de cuota de mercado

202. Los acuerdos de especialización pueden beneficiarse de la exención por categorías si se cumplen los siguientes umbrales de cuota de mercado, establecidos en el artículo 3 del REC de especialización:
- a) La cuota de mercado combinada de las partes no excede del 20 % en el mercado o mercados de referencia a los que pertenece el producto o productos de la especialización.
  - b) Cuando los productos de la especialización sean productos intermedios utilizados total o parcialmente de forma cautiva por una o varias de las partes como insumos para la producción de productos transformados, que también venden, la exención prevista en el REC de especialización está condicionada a que:
    - a) la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia a los que pertenece el producto o productos de la especialización; y
    - b) la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia a los que pertenecen los productos transformados. Con arreglo al REC de especialización, un «producto transformado» se define como un producto en cuya fabricación una o varias de las partes utilizan un producto de la especialización como insumo y que esas partes venden en el mercado (artículo 1, apartado 1, punto 7, del REC de especialización).

#### 3.3.5.2. Cálculo de las cuotas de mercado

203. El REC de especialización especifica que las cuotas de mercado de las partes deben calcularse sobre la base de los datos del valor de las ventas en el mercado [artículo 4, letra a), del REC de especialización]. Si no se dispone de datos sobre el valor de las ventas en el mercado, las partes pueden utilizar otra información fiable sobre el mercado (incluidos los volúmenes de ventas en el mercado) para calcular sus cuotas de mercado.
204. El umbral de cuota de mercado se aplica durante toda la vigencia del acuerdo de especialización. Para evaluar el cumplimiento de esta condición, las cuotas de mercado de las partes deben calcularse sobre la base de los datos relativos al año natural anterior a la fecha de la evaluación [artículo 4, letra b), del REC de especialización].
205. En algunos casos, los datos del año natural anterior no serán representativos de la posición de las partes en el mercado o mercados de referencia. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en mercados caracterizados por una demanda desigual o irregular. Ejemplos de demanda desigual pueden encontrarse en los mercados de licitaciones, en los que las cuotas de mercado pueden cambiar significativamente de un año a otro en función de si a una parte se le adjudica o no un contrato. Cuando el año natural anterior no es representativo de la posición de las partes en el mercado o mercados de referencia, la cuota de mercado se calculará como la media de las cuotas de mercado de las partes en los tres años naturales anteriores.

#### 3.3.5.3. Duración de la exención

206. La exención prevista por el REC de especialización no está limitada en el tiempo. La exención se aplica durante la vigencia del acuerdo de especialización siempre que se cumplan los umbrales de cuota de mercado y las demás condiciones del REC de especialización.
207. El artículo 4, letra d), del REC de especialización prevé que cuando la cuota de mercado combinada de las partes no supere inicialmente el 20 %, pero aumente posteriormente por encima del 20 % en al menos uno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo de especialización, la exención por categorías seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se haya superado por primera vez el umbral del 20 %.

### 3.3.6. Restricciones especialmente graves en el REC de especialización

#### 3.3.6.1. Restricciones especialmente graves

208. El artículo 5 del REC de especialización contiene una lista de restricciones especialmente graves. Las restricciones especialmente graves son restricciones serias de la competencia que, en general, causarán perjuicios al mercado y a los consumidores.
209. Cuando un acuerdo de especialización incluye una o más de las restricciones especialmente graves enumeradas en el artículo 5 del REC de especialización, todo el acuerdo queda excluido de la exención por categorías.
210. Las restricciones especialmente graves citadas en el artículo 5 del REC de especialización pueden agruparse en las siguientes categorías:
- a) la fijación de precios al vender los productos de especialización a terceros;
  - b) la limitación de la producción o las ventas; y
  - c) la asignación de mercados o de clientes.
211. Estas restricciones pueden alcanzarse: directa o indirectamente, y b) por sí solas o en combinación con otros factores controlados por las partes en el acuerdo de especialización.

#### 3.3.6.2. Excepciones

212. El artículo 5 del REC de especialización también contiene varias excepciones a las restricciones especialmente graves. Por lo tanto, los acuerdos de especialización que incluyan estas disposiciones exceptuadas pueden seguir beneficiándose de la exención, siempre que se cumplan las demás condiciones del REC de especialización.
- a) *Fijación de precio*. En el contexto de la *distribución conjunta*, el REC de especialización permite fijar los precios cobrados a los clientes inmediatos [artículo 5, letra a)].
  - b) Limitación de la producción o las ventas.
    - a) En el contexto de *acuerdos de especialización unilateral o recíproca*, el REC de especialización permite disposiciones sobre la cantidad acordada de productos que i) una o varias partes dejarían de fabricar o ii) una o varias partes fabricarían para la otra parte o partes [artículo 5, letra b), inciso i)];
    - b) en el contexto de los *acuerdos de producción en común*, el REC de especialización permite disposiciones sobre la fijación de la capacidad y los volúmenes de producción de las partes en relación con los productos de especialización [artículo 5, letra b), inciso ii)];
    - c) en el contexto de la *distribución conjunta*, el REC de especialización permite establecer objetivos de ventas en relación con los productos de la especialización [artículo 5, letra b) inciso iii)].

### 3.3.7. Retirada del beneficio del REC de especialización

213. Los artículos 6 y 7 del REC de especialización establecen que la Comisión o las ANC pueden retirar el beneficio de la exención por categorías de conformidad con el artículo 29, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, respectivamente, cuando comprueben, en un caso concreto, que un acuerdo de especialización que está cubierto por la exención por categorías tiene, no obstante, efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3. El artículo 6, apartado 2, del REC de especialización establece una lista no exhaustiva de supuestos en los que la Comisión puede considerar el uso de esta facultad, a saber, cuando el mercado de referencia esté muy concentrado y la competencia ya sea débil, por ejemplo, debido a alguna de las siguientes causas:
- a) las posiciones de mercado individuales de otros participantes en él;
  - b) los vínculos existentes entre ellos mediante acuerdos de especialización paralelos;
  - c) los vínculos entre las partes y otros participantes en el mercado.

214. Por ejemplo, una o varias de las partes de un acuerdo de especialización podrían ser parte de acuerdos de especialización separados con otros participantes en el mercado. Otra posibilidad es que una o varias de las partes tengan vínculos contractuales o estructurales con otros participantes en otros mercados.

215. Las orientaciones proporcionadas en el capítulo 2 sobre acuerdos de I+D en relación con el procedimiento para retirar el beneficio de la exención por categorías en casos individuales y las consecuencias de la retirada también son pertinentes para la retirada del beneficio del REC de especialización (véase la sección 2.2.6).

#### 3.3.8. *Período transitorio*

216. El REC de especialización establece un período transitorio de dos años (del 1 de julio de 2023 al 30 de junio de 2025), durante el cual la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, no se aplica a los acuerdos de especialización que ya estén en vigor el 30 de junio de 2023 y que no cumplan las condiciones para la exención establecidas en el REC de especialización; pero cumplan las condiciones de exención previstas en el Reglamento (UE) n.º 1218/2010 de la Comisión <sup>(158)</sup>.

#### 3.4. **Evaluación individual de los acuerdos de producción con arreglo al artículo 101, apartado 1**

217. Cuando un acuerdo de especialización no se beneficie de la exención prevista en el REC de especialización, es necesario llevar a cabo una evaluación individual con arreglo al artículo 101. El primer paso de la evaluación consiste en determinar si el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(159)</sup>. Si el acuerdo restringe la competencia en el sentido de dicha disposición, el segundo paso consiste en determinar si el acuerdo cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3 <sup>(160)</sup>.

##### 3.4.1. *Principales problemas de competencia*

218. Los acuerdos de producción pueden plantear diversos problemas de competencia, entre ellos:

- a) la limitación directa de la competencia entre las partes;
- b) la coordinación del comportamiento competitivo de las partes como proveedores; o
- c) la exclusión de terceros contraria a la competencia en un mercado afectado indirectamente.

219. Los acuerdos de producción pueden dar lugar a una *limitación directa de la competencia entre las partes*. Estos acuerdos, y en especial las empresas en participación para la producción <sup>(161)</sup>, pueden llevar a las partes a alinear directamente los niveles de producción, la calidad, el precio al que la empresa en participación vende sus productos u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia (como la innovación o la sostenibilidad). Esto puede restringir la competencia incluso si las partes venden los productos fabricados en el marco del acuerdo de forma independiente.

220. Los acuerdos de producción también pueden dar lugar a que las *partes coordinen su comportamiento competitivo como proveedores*, es decir, un *resultado colusorio*, lo que llevaría a precios más altos, una reducción de la producción, una calidad del producto más baja, una menor variedad de productos o menos innovación <sup>(162)</sup>. Un resultado colusorio es más probable cuando:

- a) las partes tengan poder de mercado; y
- b) se dan factores que favorecen dicha coordinación, tales como:
  - a) cuando el acuerdo de producción incrementa los costes comunes de las partes (es decir, la proporción de los costes variables que las partes tienen conjunta) en un grado tal que les permita llegar a un resultado colusorio, o
  - b) cuando el acuerdo entraña un intercambio de información comercial confidencial que pueda llevar a un resultado colusorio.

<sup>(158)</sup> Reglamento (UE) n.º 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 335 de 18.12.2010, p. 43).

<sup>(159)</sup> De no ser así, el artículo 101 no es aplicable y no se requiere ninguna otra evaluación.

<sup>(160)</sup> Véase la sección 3.5.

<sup>(161)</sup> Véanse los apartados 46 («empresas en participación con plenas funciones») y 12 («responsabilidad por una infracción del artículo 101»).

<sup>(162)</sup> Los acuerdos de producción también pueden dar lugar a la coordinación del comportamiento de las partes como compradores. En ese caso, como se explica en el apartado 6, las orientaciones del capítulo 4 (Acuerdos de compra) pueden ser pertinentes, además de las de este capítulo 3.

221. Los acuerdos de producción también pueden dar lugar a una exclusión anticompetitiva de terceros en los mercados descendentes en situaciones en las que el acuerdo de producción se refiere a un producto intermedio que representa una gran proporción de los costes variables de un producto final con respecto al cual las partes compiten en los mercados descendentes. En ese caso, las partes pueden utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio del producto intermedio y, de ese modo, elevar los costes de sus rivales en sentido descendente. Esto podría debilitar la competencia descendente y llevar a unos precios finales más altos.
- 3.4.2. *Restricciones de la competencia por el objeto*
222. Generalmente, los acuerdos que implican a) fijar los precios, b) limitar la producción o c) repartirse el mercado o los clientes restringen la competencia por el objeto.
223. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de producción, esto no se aplica cuando:
- a) las partes se ponen de acuerdo sobre la *producción directamente afectada por el acuerdo de producción* (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), siempre que no se elimine la competencia en otros parámetros (por ejemplo, los precios); o
  - b) un acuerdo de producción que también prevea la distribución conjunta de los productos producidos conjuntamente prevea la *fijación conjunta de los precios de venta* de dichos productos, y solo de dichos productos, siempre que la restricción sea objetivamente necesaria para la aplicación del acuerdo combinado de producción y distribución y proporcionada para alcanzar los objetivos de dicho acuerdo.
224. Cuando un acuerdo de producción no esté incluido en la prohibición del artículo 101, apartado 1, porque tenga efectos neutros o positivos sobre la competencia y contenga una restricción de fijación de precios según lo mencionado en el apartado 223(b), esta restricción accesoria también escapará a la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1 <sup>(163)</sup>.
225. Cuando un acuerdo de producción contenga una restricción relacionada con la producción tal como se menciona en el apartado 223(a) que no constituya una restricción accesoria que escape a la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1 <sup>(164)</sup>, es necesario evaluar si es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos sobre la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Tal restricción no se evaluará por separado del acuerdo de producción, sino a la luz de los efectos globales de todo el acuerdo de producción.
- 3.4.3. *Efectos restrictivos de la competencia*
226. Para evaluar si un acuerdo de producción tiene el efecto de restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, es necesario tener en cuenta varios factores. Cabe citar los siguientes:
- a) si las partes del acuerdo son competidores reales o potenciales <sup>(165)</sup>;
  - b) la situación que prevalecería en ausencia del acuerdo, incluidas las restricciones que contenga;
  - c) las características del mercado de referencia y si las partes del acuerdo tienen poder de mercado;
  - d) la naturaleza y el contenido de la cooperación;
  - e) los productos afectados por la cooperación.
- 3.4.3.1. *Acuerdos de producción que probablemente no tengan efectos restrictivos*
227. Es poco probable que determinados acuerdos de producción produzcan efectos restrictivos:
- a) acuerdos de producción entre empresas que no sean competidoras reales o potenciales. Por lo general, estos acuerdos sólo pueden restringir la competencia cuando incluyen disposiciones que excluyen la competencia de terceros;
  - b) acuerdos de producción que permiten a las partes lanzar un producto que, sobre la base de factores objetivos, no habrían podido producir de otro modo (por ejemplo, debido a sus capacidades técnicas) y que no conducen a un resultado colusorio con respecto a otros productos por los que compiten las partes;

<sup>(163)</sup> Véase el apartado 34.

<sup>(164)</sup> Véase el apartado 34.

<sup>(165)</sup> Véase el apartado 16.

- c) acuerdos de producción que afectan a mercados en los que las partes no tienen poder de mercado <sup>(166)</sup>, incluidos los acuerdos que se benefician de la Comunicación *de minimis* <sup>(167)</sup>.

#### 3.4.3.2. Poder de mercado

228. Solo si las partes del acuerdo tienen poder de mercado podrán mantener rentablemente los precios por encima del nivel competitivo, o mantener rentablemente la producción, la calidad del producto o la variedad por debajo de los niveles competitivos. El punto de partida para el análisis del poder de mercado es a) la cuota de mercado individual y combinada de las partes. A esto le seguirán normalmente b) el índice de concentración y el número de operadores en el mercado y c) los factores dinámicos, como la entrada potencial y los cambios en las cuotas de mercado, así como d) otros factores relevantes.

##### a) Cuota de mercado

229. Es improbable que las empresas tengan poder de mercado por debajo de cierto nivel de cuota de mercado.
230. *REC de especialización*: Los acuerdos de especialización <sup>(168)</sup> están amparados por el REC de especialización si se celebran entre partes con una cuota de mercado combinada no superior al 20 % en los mercados de referencia <sup>(169)</sup> y se cumplen las demás condiciones para la aplicación del REC de especialización.
231. *Fuera del REC de especialización*: En el caso de los acuerdos horizontales de producción que no constituyen acuerdos de especialización según la definición del REC de especialización, en la mayoría de los casos es poco probable que exista poder de mercado si las partes del acuerdo tienen una cuota de mercado combinada que no supera el 20 % en los mercados de referencia.
232. Como se explica en el apartado 183, un acuerdo de producción puede tener efectos indirectos en mercados ascendentes, descendentes o adyacentes al mercado directamente afectado por la cooperación (por ejemplo, cuando el acuerdo se refiere a productos intermedios que se utilizan como insumos para productos transformados). Los efectos restrictivos en los mercados afectados indirectamente son más probables cuando los mercados son interdependientes y las partes tienen poder de mercado en el mercado afectado indirectamente.
233. *Cuota de mercado superior al 20 %*: Si la cuota de mercado conjunta de las partes supera el 20 %, es necesario evaluar los efectos restrictivos del acuerdo de producción. En general, cuanto mayores sean las cuotas de mercado combinadas de las partes, mayor será el riesgo de que el acuerdo de producción aumente los incentivos de las partes para incrementar sus precios (o disminuir la calidad o la gama de sus productos).

##### b) Ratio de concentración del mercado

234. En general, es más probable que un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos sobre la competencia en un mercado concentrado (es decir, un mercado con un número limitado de operadores) que en un mercado no concentrado. En un mercado concentrado, un acuerdo de producción puede aumentar el riesgo de un resultado colusorio, aunque las partes sólo tengan una cuota de mercado combinada moderada. El mero hecho de que la cuota de mercado conjunta de las partes supere ligeramente el 20 % no implica por sí mismo un mercado altamente concentrado.

##### c) Factores dinámicos

235. Aun cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo y la concentración del mercado sean elevadas, los riesgos de efectos restrictivos de la competencia pueden seguir siendo bajos si el mercado es dinámico, es decir, si tienen lugar incorporaciones al mercado y las cuotas de mercado cambian frecuentemente.

##### d) Otros factores pertinentes para la evaluación del poder de mercado

236. El número y la intensidad de los vínculos (por ejemplo, otros acuerdos de cooperación) entre los competidores en el mercado; la capacidad de los clientes para cambiar de proveedor, o si es improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios también pueden ser relevantes para evaluar si las partes tienen poder de mercado.

<sup>(166)</sup> Véase la sección 3.4.3.2.

<sup>(167)</sup> Véase el apartado 41. En muchos casos, los acuerdos de producción entre pymes entrarán en el ámbito de aplicación de la Comunicación *de minimis*. Sin embargo, dicha Comunicación no se aplica a los acuerdos que contienen restricciones de la competencia por el objeto.

<sup>(168)</sup> Véase el artículo 2, apartado 1, del REC de especialización.

<sup>(169)</sup> Véase la sección 3.3.5.1.

237. Además, cuando una empresa con poder de mercado en un mercado coopera con un competidor potencial, por ejemplo, con un proveedor del mismo producto en un mercado geográfico vecino, el acuerdo puede aumentar el poder de mercado del operador tradicional. Esto puede ocasionar efectos restrictivos de la competencia si: a) la competencia real en el mercado de la primera empresa ya es escasa y b) la amenaza de una entrada es una restricción competitiva significativa.

#### 3.4.3.3. Limitación directa de la competencia entre las partes

238. Un acuerdo de producción puede limitar directamente la competencia entre las partes de varias maneras. Por ejemplo:

- a) Las partes de una empresa en participación de producción pueden acordar limitar la producción de la empresa en participación en comparación con la producción que habrían puesto en el mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción de forma independiente;
- b) Cuando las principales características del producto vienen determinadas por el acuerdo de producción, esto puede eliminar la competencia entre las partes en parámetros clave (por ejemplo, calidad o gama de productos o innovación), independientemente de si el acuerdo también implica la distribución conjunta. Esta preocupación es especialmente relevante en las industrias en las que la producción es la principal actividad económica, como las industrias manufactureras o el procesamiento de alimentos;
- c) Una empresa en participación que cobre un precio de transferencia elevado a las partes podría aumentar sus costes de insumos, lo que podría dar lugar a precios descendentes más elevados. A los terceros competidores puede resultarles rentable aumentar sus precios como respuesta, contribuyendo así a la subida de precios en el mercado de referencia.

239. En general, los acuerdos de producción que también prevén la distribución conjunta (es decir, la venta conjunta de los productos) conllevan un mayor riesgo de efectos restrictivos que los acuerdos de producción que se limitan a la producción. La distribución conjunta acerca la cooperación al consumidor y a menudo implica la fijación conjunta de precios y ventas, es decir, prácticas que conllevan los mayores riesgos para la competencia.

#### 3.4.3.4. Resultado colusorio y exclusión contraria a la competencia

240. La probabilidad de un resultado colusorio o de un cierre anticompetitivo del mercado depende del poder de mercado de las partes, así como de las características del mercado de referencia. La capacidad de las partes para lograr un resultado colusorio o un cierre anticompetitivo del mercado también puede verse incrementada, entre otras cosas, por la coincidencia de costes o por un intercambio de información propiciado por el acuerdo de producción.

##### a) Costes comunes

241. Cuando una o más de las partes de un acuerdo de producción tiene poder de mercado y el acuerdo aumenta los costes comunes de las partes hasta un nivel sustancial, esto puede aumentar la capacidad de las partes para lograr un resultado colusorio en los precios (incluido el cobro de precios más altos por los productos intermedios con el fin de excluir a terceros competidores en los mercados descendentes).
242. Los costes comunes se refieren a la proporción de los costes variables que las partes del acuerdo tienen en común. Los costes pertinentes son los costes variables de los productos con los que compiten las partes del acuerdo de producción. Por lo tanto, es menos probable que un acuerdo aumente la homogeneidad de los costes cuando la cooperación se refiera a productos que requieran una comercialización costosa (por ejemplo, productos nuevos o heterogéneos que requieran una comercialización costosa) o a productos con elevados costes de transporte y la cooperación no incluya la distribución conjunta de dichos productos.
243. La mayor homogeneidad de los costes también puede aumentar la capacidad de las partes para lograr un resultado colusorio en los mercados descendentes. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el acuerdo de producción se refiere a un producto intermedio que representa una gran proporción de los costes variables de un producto final con respecto al cual las partes compiten en mercados descendentes. En ese caso, las partes pueden utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio del producto intermedio y elevar así los precios finales <sup>(170)</sup>.

<sup>(170)</sup> Incluido el aumento del precio cobrado por las partes por el producto intermedio a terceros competidores en el mercado descendente que dependen de las partes para el suministro del producto intermedio.

*b) Intercambios de información*

244. La aplicación de un acuerdo de producción puede requerir el intercambio de información comercial confidencial, por ejemplo, sobre costes y procesos de producción. Si el acuerdo de producción en sí mismo no entra dentro de la prohibición del artículo 101, apartado 1, porque tiene efectos neutros o positivos sobre la competencia, un intercambio de información accesorio a dicho acuerdo tampoco entra dentro de dicha prohibición <sup>(171)</sup>. Este es el caso si el intercambio de información es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de producción y es proporcional a los objetivos del mismo <sup>(172)</sup>. Por ejemplo, el intercambio de información sobre volúmenes y precios de venta puede ser necesario para aplicar un acuerdo de producción que prevea la distribución conjunta, pero generalmente no será necesario cuando el acuerdo no incluya la distribución conjunta.
245. Cuando el intercambio de información vaya más allá de lo que es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de producción o no sea proporcional a sus objetivos, debe evaluarse utilizando las orientaciones facilitadas en el capítulo 6 <sup>(173)</sup>. Si el intercambio de información está comprendido en el artículo 101, apartado 1, aún puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.

**3.5. Evaluación individual de los acuerdos de producción con arreglo al artículo 101, apartado 3**

246. Cuando un acuerdo de producción restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(174)</sup>, y no cumple las condiciones de la exención prevista por el REC de especialización <sup>(175)</sup>, es necesario evaluar si el acuerdo cumple las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3, que se describen en la sección 1.2.7. Los siguientes factores son relevantes para la aplicación de estas condiciones a los acuerdos de producción.

*3.5.1. Mejoras de eficiencia*

247. Los acuerdos de producción deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico.
248. Los acuerdos de producción pueden generar mejoras de eficiencia, por ejemplo:
- a) al permitir a las empresas ahorrar costes que de lo contrario deberían soportar dos veces;
  - b) al ayudar a las empresas a mejorar la calidad del producto aunando sus capacitaciones y conocimientos técnicos complementarios;
  - c) al hacer posible que las empresas aumenten su gama de productos de una manera tal que no habrían podido permitirse o lograr si aquella no hubiera existido;
  - d) al permitir a las empresas mejorar las tecnologías de producción o lanzar nuevos productos (como productos sostenibles), que de otro modo no habrían podido hacer (por ejemplo, debido a las capacidades técnicas de las partes);
  - e) al incentivar y permitir a las empresas adaptar sus capacidades de producción a un aumento repentino de la demanda o a una caída de la oferta de determinados productos, lo que puede conllevar escasez;
  - f) al permitir a las empresas producir a menor coste, en los casos en que la cooperación permita a las partes aumentar la producción y en los que los costes marginales disminuyan con la producción, es decir, lograr economías de escala;
  - g) al proporcionar un ahorro de costes mediante economías de alcance, si el acuerdo permite a las partes aumentar el número de los distintos tipos de productos que fabrican.

<sup>(171)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89.

<sup>(172)</sup> Véase también la sección 1.2.6 y el apartado 369.

<sup>(173)</sup> Véase también el apartado 6.

<sup>(174)</sup> Véase la sección 3.4.

<sup>(175)</sup> Véase la sección 3.3.

249. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente. Por ejemplo, un acuerdo de producción puede aumentar la resiliencia reubicando la producción en zonas más cercanas a fuentes de energía sostenibles.

3.5.2. *Carácter indispensable*

250. El acuerdo de producción no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar eficiencias en el sentido del artículo 101, apartado 3.

251. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de producción no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Por ejemplo, por lo general no se considerarán indispensables las restricciones de la conducta competitiva de las partes por lo que se refiere a la producción fuera de la cooperación impuestas en un acuerdo de producción. Del mismo modo, la fijación conjunta de precios no se considerará indispensable si el acuerdo de producción no prevé la distribución conjunta.

3.5.3. *Beneficio para los consumidores*

252. El acuerdo de producción debe permitir a los consumidores una participación justa en el beneficio resultante. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia, por ejemplo, en forma de precios más bajos o de mejor calidad o variedad de productos.

253. Las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de las condiciones del artículo 101, apartado 3.

254. Es más probable que el ahorro en costes variables repercuta en los consumidores que el ahorro en costes fijos <sup>(176)</sup>.

255. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

3.5.4. *No eliminación de la competencia*

256. El acuerdo de producción no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

257. Esta condición debe evaluarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto del acuerdo y en cualquier mercado afectado indirectamente en el que el acuerdo produzca efectos restrictivos.

3.6. **Acuerdos de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones móviles**

258. Esta sección ofrece orientaciones sobre la evaluación de la competencia de un tipo específico de acuerdo de producción: acuerdos de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones móviles <sup>(177)</sup> (denominados en esta sección «acuerdos de uso compartido»). Se trata de acuerdos en virtud de los cuales los operadores de redes de telecomunicaciones móviles comparten el uso de partes de su infraestructura de red, los costes de explotación y el coste de las mejoras y el mantenimiento posteriores <sup>(178)</sup>. Las redes de conectividad son especialmente importantes para el desarrollo de la economía y la sociedad digitales, y son relevantes para prácticamente todas las empresas y consumidores. Los operadores de redes de telecomunicaciones móviles suelen poner en común sus recursos para ofrecer servicios de telecomunicaciones móviles más rentables.

<sup>(176)</sup> Véase el apartado 98 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

<sup>(177)</sup> Cabe señalar que el término «infraestructura móvil» en esta sección se refiere al uso de la infraestructura no solo para servicios móviles, como la banda ancha móvil, sino también para el suministro de acceso inalámbrico a una ubicación fija, como el acceso inalámbrico fijo («FWA», por sus siglas en inglés) que se utiliza como alternativa a las conexiones por cable.

<sup>(178)</sup> Las orientaciones de esta sección se refieren a los acuerdos relativos al despliegue conjunto de infraestructuras por parte de los operadores de redes de telecomunicaciones móviles. Esta sección no cubre los acuerdos relativos al suministro de productos de acceso mayorista a las telecomunicaciones móviles.

259. Los acuerdos de uso compartido pueden prever compartir su infraestructura básica del emplazamiento, como mástiles, casetas, antenas o fuentes de alimentación (en lo sucesivo, el «uso compartido pasivo» o el «uso compartido de emplazamiento»). Los operadores de redes móviles también pueden compartir el equipo de red de acceso de radio (en lo sucesivo, la «RAN», por sus siglas en inglés) en sitios tales como estaciones transceptoras de base o nodos controladores (en lo sucesivo, el «uso compartido de la RAN activo») o su espectro, como las bandas de frecuencias (en lo sucesivo, el «uso compartido del espectro») <sup>(179)</sup>. Los acuerdos de uso compartido pueden implicar una segmentación geográfica, en virtud de la cual los operadores de redes de telecomunicaciones móviles dividen sus responsabilidades de instalación, mantenimiento y explotación de la infraestructura y los equipos en sus respectivos territorios.
260. La Comisión reconoce que los acuerdos de uso compartido pueden aportar beneficios en términos de reducción de costes y mejora de la calidad y la oferta. Por ejemplo, la reducción de los costes de despliegue y mantenimiento puede beneficiar a los consumidores en forma de precios más bajos o más inversión en infraestructuras. Del mismo modo, el despliegue más rápido de nuevas redes y tecnologías, una cobertura más amplia o redes más densas pueden dar lugar a mejoras en la calidad de los servicios y a una mayor variedad de productos y servicios. Los acuerdos de uso compartido también pueden permitir la aparición de una competencia que de otro modo no existiría <sup>(180)</sup>. La Comisión también ha constatado que los acuerdos de uso compartido permiten a los operadores de redes de telecomunicaciones móviles acceder a redes más grandes y eficientes <sup>(181)</sup>, sin necesidad de consolidación mediante fusiones.
261. La Comisión considera que, en principio, los acuerdos de uso compartido, también un uso compartido del espectro, no restringen la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1, a menos que sirvan de instrumento para participar en un cartel.
262. Sin embargo, los acuerdos de uso compartido pueden producir efectos restrictivos de la competencia. Pueden limitar la competencia en infraestructuras que se produciría de no existir el acuerdo <sup>(182)</sup>. Una menor competencia en infraestructuras puede limitar a su vez la competencia en la oferta de servicios de telecomunicaciones móviles, tanto a nivel mayorista como minorista. Esto se debe a que una competencia más limitada a nivel de infraestructura puede afectar a parámetros de competencia tales como el número, la ubicación y la capacidad instalada de los emplazamientos de infraestructura, la disponibilidad de conexiones de retorno <sup>(183)</sup> para los emplazamientos en los que las partes del acuerdo de uso compartido cubren sus equipos de comunicaciones móviles, el calendario de despliegue de nuevos emplazamientos, así como la cantidad de capacidad instalada en cada emplazamiento <sup>(184)</sup>, lo que, a su vez, puede afectar a la calidad del servicio y a los precios a nivel mayorista y minorista.
263. Los acuerdos de uso compartido también pueden reducir la independencia decisoria de las partes y limitar la capacidad o los incentivos de las partes para participar en la competencia de infraestructuras entre sí. Esto, a su vez, puede reducir la flexibilidad de las partes en materia de innovación y diferenciación tecnológica o de producto en los mercados mayorista y minorista de telecomunicaciones móviles, limitando así la competencia entre ellos <sup>(185)</sup>. Por lo tanto, los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles, debido a sus efectos

<sup>(179)</sup> Los operadores de telecomunicaciones móviles también pueden participar en otros tipos de uso compartido: además de compartir la parte RAN de su red, también pueden compartir algunos nodos de sus respectivas redes básicas, como los centros de conmutación móvil y las entidades de gestión móvil.

<sup>(180)</sup> Por ejemplo, el uso compartido de infraestructuras móviles puede permitir una competencia a nivel minorista que no existiría de no existir el acuerdo. Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, EU:T:2006:116, apartados 77 a 79. Esta sentencia se refiere a los acuerdos de itinerancia nacional, aunque los principios pueden aplicarse *mutatis mutandis* a los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles.

<sup>(181)</sup> El marco regulador de las comunicaciones electrónicas permite a las autoridades de los Estados miembros imponer el uso compartido de infraestructuras a los operadores de redes en determinadas circunstancias, por ejemplo, en zonas geográficas donde existan barreras económicas o físicas insalvables para la replicación de infraestructuras y los usuarios finales corran el riesgo de verse privados de conectividad digital. Véase el artículo 61, apartado 4, de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida) («Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas») (DO L 321 de 17.12.2018, p. 36). Véase también la recomendación (UE) 2020/1307 de la Comisión de 18 de septiembre de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para reducir el coste del despliegue de redes de muy alta capacidad y garantizar un acceso al espectro radioeléctrico 5G oportuno y favorable a la inversión, a fin de fomentar la conectividad y ponerla al servicio de la recuperación económica en la Unión tras la crisis de la COVID-19. La recomendación destaca que «[e]n comparación con las generaciones tecnológicas anteriores, las redes 5G requieren un despliegue celular considerablemente más denso en las bandas de frecuencia más altas. El uso compartido de la infraestructura, tanto activa como pasiva, y la implantación conjunta de la infraestructura inalámbrica pueden reducir el coste de ese despliegue (incluidos los costes marginales), [...] y, de ese modo, acelerar su ritmo, fomentar una mayor cobertura de la red y permitir un uso más eficaz y eficiente del espectro radioeléctrico en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, las autoridades competentes deben valorarlo positivamente, en particular en las zonas de rentabilidad económica limitada», véase el considerando 26 y el punto 20, letra f) (DO L 305 de 21.9.2020, p. 33).

<sup>(182)</sup> La competencia en cuestión debe entenderse en el contexto real en el que se produciría de no existir el acuerdo en cuestión; la injerencia en la competencia puede dudarse, en particular, si el acuerdo parece realmente necesario para la penetración de una nueva zona por parte de una empresa. Véase la sentencia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, apartado 68.

<sup>(183)</sup> Las conexiones de retorno enlazan la red troncal con las partes más periféricas de la red.

<sup>(184)</sup> Las restricciones en la capacidad instalada, junto con las restricciones impulsadas por la red de retorno compartida, podrían, por ejemplo, tener un efecto directo en la oferta de servicios mayoristas para operadores móviles virtuales y de servicios de itinerancia (internacional y nacional).

<sup>(185)</sup> Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2022, Uso compartido de red – República Checa, AT.40305, considerando 89.

en la estructura del mercado, pueden perjudicar a los consumidores finales al dar lugar a menos posibilidades de elección, a una menor calidad de los servicios y a retrasos en la innovación <sup>(186)</sup>. Por ejemplo, esto podría deberse a algunas condiciones técnicas <sup>(187)</sup>, contractuales <sup>(188)</sup> o financieras del acuerdo <sup>(189)</sup>. Cuando las partes del acuerdo de uso compartido sean competidoras, los intercambios de información comercial confidencial entre ellas también pueden plantear problemas de competencia si el intercambio de información excede de lo objetivamente necesario y proporcionado para la aplicación del acuerdo.

264. Los acuerdos de uso compartido requieren una evaluación individual con arreglo al artículo 101 <sup>(190)</sup>. Dependiendo de los hechos del caso, algunos o todos los factores siguientes pueden ser pertinentes para la evaluación:
- a) el tipo y la profundidad del uso compartido (también el grado de independencia mantenido por los operadores de redes de telecomunicaciones móviles) <sup>(191)</sup>;
  - b) el alcance de los servicios compartidos y de las tecnologías compartidas, la finalidad del uso compartido (del espectro), la duración y la estructura de la cooperación establecida por los acuerdos;
  - c) el alcance geográfico y la cobertura del mercado del acuerdo de uso compartido (por ejemplo, la cobertura de población y si el acuerdo se refiere a zonas densamente pobladas) <sup>(192)</sup>;
  - d) las características y la estructura del mercado de referencia [cuotas de mercado de las partes, cantidad de espectro que poseen las partes, proximidad de la competencia entre las partes, número de operadores al margen del acuerdo y alcance de la presión competitiva ejercida por ellos, obstáculos a la entrada, acuerdos con terceros (como terceros propietarios de componentes de la infraestructura de red o proveedores terceros de servicios, por ejemplo, proveedores de servicios de remolque)];
  - e) el número de acuerdos de uso compartido en el mercado de referencia y el número y la identidad de los operadores de red participantes.
265. Aunque siempre será necesaria una evaluación caso por caso basada en los factores anteriores, la Comisión considera que, para que a primera vista no se considere que un acuerdo de uso compartido puede tener efectos restrictivos en el sentido del artículo 101, apartado 1, debe cumplir, como mínimo, las siguientes condiciones:
- a) Que los operadores participantes controlen y exploten su propia red básica y no existan desincentivos técnicos, contractuales, financieros o de otro tipo que impidan a cada operador aplicar unilateralmente cualquier despliegue o mejora de infraestructura que desee aplicar;
  - b) Los operadores participantes mantienen operaciones minoristas y mayoristas independientes (independencia en la toma de decisiones técnicas y comerciales). Esto comprende la libertad para fijar los precios de sus servicios, determinar los parámetros del producto/paquete y diferenciar sus servicios en función de la calidad y otros parámetros;
  - c) Los operadores participantes mantienen la capacidad de seguir estrategias independientes en materia de espectro <sup>(193)</sup>;
  - d) Los operadores participantes no intercambian información comercial confidencial, salvo la estrictamente necesaria para que funcione el uso compartido de infraestructuras móviles y, en caso necesario, se han establecido barreras al intercambio de información.

<sup>(186)</sup> Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2022, Uso compartido de red – República Checa, AT.40305, considerando 89.

<sup>(187)</sup> Los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles pueden dar lugar a situaciones en las que una parte esté obstaculizando a la otra parte: por ejemplo, cuando la infraestructura de red móvil explotada por una parte en una zona determinada no soporta determinada tecnología que la otra parte que utiliza dicha infraestructura en esa zona desea desplegar. Véase también la Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2022, Uso compartido de red – República Checa, AT.40305, sección 4.4.1, considerandos 91 y 106.

<sup>(188)</sup> Por ejemplo, si dos partes acuerdan una división geográfica i) la parte A es el operador de la red para la zona geográfica A y la parte B es el operador de la red para la zona B; ii) ambas partes siguen operando y compitiendo entre sí; mientras que iii) el gestor de red de una zona determinada es responsable de las decisiones de inversión en nombre de ambos operadores de dicha zona] y el acuerdo confiere al gestor de red el derecho a negarse a llevar a cabo ampliaciones de la red solicitadas por la otra parte.

<sup>(189)</sup> Por ejemplo, en caso de división geográfica, cuando una parte cobre las mejoras de la red a la otra parte a un precio superior a los costes incrementales subyacentes.

<sup>(190)</sup> Sentencia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, EU:C:2006:116, apartados 65 a 71.

<sup>(191)</sup> Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes — Rahmenvertrag COMP/38.369, considerando 12; Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2003, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited («UK Network Sharing Agreement») (COMP/38.370), considerando 11.

<sup>(192)</sup> Véase la Posición común del Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) sobre el uso compartido de infraestructuras móviles, de 13 de junio de 2019, sección 4.2. Uso compartido activo.

<sup>(193)</sup> Como, por ejemplo, las adquisiciones independientes de espectro; decisiones independientes sobre cómo utilizar dicho espectro y qué bandas espectrales, y sobre la conveniencia o no de compartir el espectro una vez adquirido.

266. Por último, se ofrecen las siguientes orientaciones generales para los distintos tipos de acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles <sup>(194)</sup>:

- a) Es poco probable que los acuerdos de uso compartido pasivo <sup>(195)</sup> den lugar a efectos restrictivos de la competencia, siempre que i) los operadores de redes mantengan un grado significativo de independencia y flexibilidad a la hora de definir su estrategia comercial, las características de sus servicios y sus inversiones en la red, y ii) no se restrinja el acceso a la infraestructura pasiva en el mercado de referencia (a este respecto, los factores pertinentes que deben tenerse en cuenta son, por ejemplo, las obligaciones reglamentarias o los acuerdos comerciales existentes que limitan dicho acceso);
- b) Los acuerdos de uso compartido activo <sup>(196)</sup> pueden tener más probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia. Esto se debe a que, en comparación con el uso compartido pasivo, el uso compartido activo implica generalmente una cooperación más amplia en los componentes de la red que pueden afectar no sólo a la cobertura sino también al despliegue independiente de la capacidad;
- c) los acuerdos de uso compartido del espectro (también denominado «puesta en común del espectro») son una forma de cooperación más amplia y pueden restringir aún más la capacidad de las partes para diferenciar sus ofertas minoristas o mayoristas y limitar directamente la competencia entre ellas <sup>(197)</sup>. Si bien las autoridades reguladoras pueden permitir el uso compartido del espectro radioeléctrico cuando conceden derechos de uso del espectro radioeléctrico <sup>(198)</sup>, estos acuerdos requieren una evaluación del artículo 101 más cuidadosa que otras formas de uso compartido de la red <sup>(199)</sup>.

### 3.7. Ejemplos

267. Limitación directa de la competencia

#### Ejemplo 1

*Situación:* Dos proveedores, las empresas A y B, de un producto X, deciden cerrar sus antiguas instalaciones de producción existentes y construir una instalación de producción mayor, moderna y más eficaz dirigida por una empresa en participación, que tendrá una capacidad superior a la capacidad total de las viejas plantas de A y B. Los competidores utilizan sus plantas de producción a plena capacidad y no tienen planes de expansión. Las empresas A y B tienen cuotas de mercado del 20 y del 25 %, respectivamente, en el mercado de referencia del producto X. El mercado está concentrado y estancado; no se ha producido ninguna entrada reciente y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo del tiempo. Los costes de producción constituyen una parte importante de los costes variables de A y B para el producto X. La comercialización es una actividad económica menor en términos de costes e importancia estratégica en comparación con la producción: los costes de comercialización son bajos ya que el producto es homogéneo y está asentado, y el transporte no es un elemento clave de la competencia.

<sup>(194)</sup> En función de la evolución de la tecnología (RAN) pertinente a lo largo del tiempo, esta distinción entre uso compartido pasivo, activo y del espectro puede ser menos pertinente para los futuros acuerdos de uso compartido. Sin embargo, es probable que los principios establecidos en este apartado sigan siendo pertinentes para la evaluación de los futuros acuerdos de uso compartido, dependiendo también del papel que los componentes de *hardware* de la tecnología (RAN) desempeñarán en el futuro en términos de diferenciación. Por ejemplo, en el futuro puede ser posible una menor diferenciación a nivel de los componentes de *hardware* de la RAN, pero puede ser posible una mayor diferenciación a nivel del *software*.

<sup>(195)</sup> Véase el apartado 259.

<sup>(196)</sup> Véase el apartado 259.

<sup>(197)</sup> Cabe señalar que el término «uso compartido del espectro» en esta sección se refiere únicamente al tipo de acuerdo de uso compartido de infraestructuras en el que dos o más operadores de redes móviles utilizan como recurso compartido (es decir, «puesta conjunta») sus respectivas posesiones de espectro en una o más bandas espectrales. Las orientaciones de esta sección relativas al uso compartido del espectro no se refieren a otros tipos de uso compartido del espectro, por ejemplo, entre no competidores (incluidos los operadores de redes de telecomunicaciones móviles y los operadores de redes de telecomunicaciones no móviles) que utilizan las mismas bandas espectrales de forma dinámica, fomentando así el uso eficiente de este recurso escaso y nuevas oportunidades para el despliegue de la 5G. Además, el término «uso compartido del espectro» que figura en esta sección no debe confundirse con el denominado «uso compartido del espectro dinámico», que es una tecnología que permite la asignación dinámica de los recursos de capacidad de un operador móvil en una banda espectral específica, para permitir el funcionamiento simultáneo de más de una generación de tecnología móvil, como la 3G, la 4G y la 5G, en esta banda espectral.

<sup>(198)</sup> Artículo 47, apartado 2, del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Además, las autoridades competentes, al imponer condiciones a los derechos individuales de uso del espectro radioeléctrico, podrán prever las posibilidades siguientes: a) compartir infraestructuras pasivas o activas dependientes del espectro radioeléctrico, o compartir el espectro radioeléctrico; b) celebrar acuerdos comerciales de acceso por itinerancia; c) desplegar conjuntamente infraestructuras para el suministro de redes o servicios que dependen del uso del espectro radioeléctrico.

<sup>(199)</sup> Por ejemplo, es más probable que un acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles entre dos operadores móviles con una cuota de mercado combinada elevada y que abarque una gran parte del territorio de un Estado miembro y con uso compartido del espectro justifique una investigación en profundidad. Sin embargo, en determinadas circunstancias (por ejemplo, si el acuerdo se limita únicamente a zonas escasamente pobladas), dichos acuerdos pueden no tener efectos restrictivos.

**Análisis:**

*Aplicabilidad del REC de especialización:* El REC de especialización no se aplica, porque la cuota de mercado combinada de las partes supera el 20 % en el mercado de referencia del producto X. Por lo tanto, es necesaria una evaluación individual del acuerdo de producción.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* Si la empresa en participación da lugar a que las empresas A y B compartan la mayor parte de sus costes variables para el producto X, es probable que limite directamente la competencia entre ellas. La empresa en participación también puede llevar a las partes a limitar su producción del producto X en comparación con la producción que habrían comercializado si cada parte hubiera decidido su producción de forma independiente. Habida cuenta de las limitadas restricciones que ejercerán los competidores en términos de capacidad, esta limitación de la producción podría dar lugar a precios más elevados.

Por lo tanto, es probable que la empresa en participación de producción restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, en el mercado del producto X.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 3:* La sustitución de dos antiguas instalaciones de producción más pequeñas por una nueva puede llevar a la empresa en participación a aumentar la producción a precios más bajos en beneficio de los consumidores. No obstante, el acuerdo de producción solo podrá cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, si las partes pueden demostrar que las ganancias de eficiencia serán sustanciales y que es probable que se transmitan a los consumidores en tal medida que compensen los efectos restrictivos sobre la competencia.

## 268. Resultados colusorios y vínculos entre competidores

**Ejemplo 2**

*Situación:* Dos proveedores, las empresas A y B, forman una empresa en participación de producción para fabricar el producto Y. Las empresas A y B tienen unas cuotas de mercado del 15 y el 10 % respectivamente en el mercado del producto Y. Hay otros tres operadores en el mercado: C, con una cuota de mercado del 30 %, D, con una cuota del 25 % y E, con una cuota del 20 %. La empresa B ya posee una planta de producción en común con la empresa D. El producto Y es homogéneo; la tecnología subyacente es sencilla, y los proveedores tienen costes variables muy similares.

**Análisis:**

*Aplicabilidad del REC de especialización:* El REC de especialización no es aplicable, ya que la cuota de mercado combinada de las partes supera el 20 % en el mercado de referencia del producto Y. Por lo tanto, es necesaria una evaluación individual del acuerdo de producción.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* El mercado se caracteriza por la presencia de muy pocos operadores con cuotas de mercado y costes de producción variables similares. La empresa en participación entre las empresas A y B creará un vínculo adicional entre los proveedores del mercado, aumentando de facto la concentración en el mercado, ya que también vinculará a la empresa D con las empresas A y B. Es probable que esta cooperación aumente el riesgo de un resultado colusorio y, por lo tanto, es probable que restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 3:* Las condiciones del artículo 101, apartado 3, solo podrán cumplirse si existen mejoras de eficiencia importantes que se trasladan a los consumidores de tal forma que podrían superar la importancia de los efectos restrictivos de la competencia. Sin embargo, en este ejemplo, dadas la naturaleza homogénea del producto Y y la simplicidad de su tecnología subyacente, esto parece poco probable.

## 269. Exclusión contraria a la competencia

**Ejemplo 3**

*Situación:* Las empresas A y B crean una empresa en participación para la producción del producto intermedio X, que abarca la totalidad de su producción del producto X. El producto X es un insumo clave para la producción del producto transformado Y y ningún otro tipo de producto es sustituible como insumo. Los costes de producción de X suponen un 50 % de los costes variables del producto final Y con el que A y B compiten en sentido descendente. Las empresas A y B tienen sendas cuotas del 20 % en el mercado descendente del producto Y. Ha habido una entrada limitada en este mercado descendente y las cuotas

de mercado se han mantenido estables a lo largo del tiempo. Además de abarcar su propia demanda del producto X (consumo interno), tanto A como B tienen una cuota de mercado del 30 % en el mercado comercial del producto X (ventas a terceros). Hay importantes obstáculos a la entrada en el mercado del producto X y los productores existentes están operando prácticamente a su capacidad máxima. En el mercado del producto Y hay otros dos proveedores importantes, cada uno con una cuota de mercado del 15 %, y varios competidores más pequeños. La empresa en participación genera economías de escala en forma de reducción de los costes fijos de la sede de las partes.

*Análisis:*

*Aplicabilidad del REC de especialización:* El REC de especialización no es aplicable, ya que la cuota de mercado combinada de las partes supera el 20 % tanto en el mercado del producto intermedio X como en el mercado del producto transformado Y. Por lo tanto, es necesaria una evaluación individual del acuerdo de producción.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* En virtud de la empresa en participación de producción y de su elevada cuota de mercado combinada en el mercado ascendente del producto X, las empresas A y B podrán controlar en gran medida los suministros del insumo esencial X a sus competidores en el mercado descendente de Y. Es probable que esto dé a las empresas A y B la capacidad de elevar los costes de sus rivales, aumentando artificialmente el precio de X o reduciendo la producción. Esto podría excluir a los competidores de las empresas A y B en el mercado de Y. Debido a esta probabilidad de exclusión anticompetitiva en sentido descendente, es probable que este acuerdo restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

*Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3:* Las economías de escala generadas por la empresa en participación de producción se limitan a los costes fijos y es poco probable que compensen los efectos restrictivos sobre la competencia, por lo que es improbable que este acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 270. Acuerdo de producción como reparto del mercado

##### **Ejemplo 4**

*Situación:* Las empresas A y B fabrican ambos productos X e Y. La empresa A tiene una cuota de mercado del 30 % en el mercado del producto X y del 10 % en el mercado del producto Y. La empresa B tiene una cuota de mercado del 10 % en el mercado del producto X y del 30 % en el mercado del producto Y. Para lograr economías de escala en la producción, A y B suscriben un acuerdo de producción en virtud del cual A solo producirá el producto X y B solo fabricará el producto Y. El acuerdo no prevé que las partes se suministren mutuamente los productos. Como consecuencia de ello, tras el acuerdo, la empresa A solo venderá el producto X y la empresa B solo venderá el producto Y. Las partes alegan que, al especializarse de esta manera, ahorrarán significativamente los costes fijos, debido a las economías de escala, y que, al centrarse cada una en un solo producto, mejorarán sus tecnologías de producción, lo que dará lugar a productos de mejor calidad.

*Análisis:*

*Aplicabilidad del REC de especialización:* El REC de especialización no se aplica, ya que la cuota de mercado conjunta de las partes supera el 20 % en cada uno de los mercados de referencia para los productos X e Y. En cualquier caso, el acuerdo no se considera un acuerdo de especialización recíproca con arreglo a la definición del REC de especialización, ya que las partes no acuerdan suministrarse mutuamente los productos que dejan de producir. Por lo tanto, es necesaria una evaluación individual del acuerdo.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* En virtud del acuerdo, las empresas A y B se comprometen a dejar de fabricar (y vender) productos para los que compiten. Por lo tanto, el acuerdo tiene por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 3:* Las supuestas mejoras de eficiencia derivadas del acuerdo (reducción de los costes fijos y mejora de la tecnología de producción) están vinculadas a la asignación del mercado, por lo que es poco probable que compensen los efectos restrictivos del acuerdo y, por tanto, éste no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3. En cualquier caso, si la empresa A o B consideran que sería más eficiente centrarse en un solo producto, podrían simplemente tomar la decisión unilateral de producir sólo X o Y, sin acordar que la otra empresa se centre en producir el otro producto.

## 271. Competidores potenciales

**Ejemplo 5**

*Situación:* La empresa A fabrica el producto final X y la empresa B fabrica el producto final Y. Los productos X e Y pertenecen a mercados de productos distintos, en los que las empresas A y B tienen, cada una, poder de mercado, con cuotas de mercado individuales superiores al 20 %. Ambas empresas utilizan el producto Z como insumo para sus respectivas producciones de los productos X e Y y ambas producen Z únicamente para uso cautivo. El producto X puede producirse mediante una simple transformación de Z y la empresa B se ha preparado para entrar en el mercado del producto X y parece realista que entre en ese mercado el año próximo. Las empresas A y B acuerdan producir conjuntamente Z, que genera modestas economías de escala, y acuerdan cesar la producción independiente de Z. Como parte del acuerdo, la empresa B acepta no entrar en el mercado del producto X en los próximos cinco años.

*Análisis:*

*Aplicabilidad del REC de especialización:* El REC de especialización no se aplica, ya que el umbral de cuota de mercado del 20 % se supera en los mercados descendentes de los productos finales X e Y. Estos mercados son pertinentes para la aplicación del umbral de cuota de mercado porque el producto afectado por el acuerdo de producción (producto intermedio Z) es utilizado por las partes como insumo para producir X e Y.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* Las empresas A y B no son competidoras reales con respecto a los productos X, Y o Z. Sin embargo, habida cuenta de su plan de entrar en el mercado del producto X en el plazo de un año, B es un competidor potencial de la empresa A en dicho mercado. Por lo tanto, el acuerdo de producción en común restringe la competencia en el mercado del producto X en el sentido del artículo 101, apartado 1, al eliminar la presión impuesta por la entrada prevista de B.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 3:* Es poco probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, porque las mejoras de eficiencia en forma de economías de escala generadas por el acuerdo de producción en común son modestas, por lo que es poco probable que compensen los efectos restrictivos del acuerdo sobre la competencia en el mercado del producto X, en el que la empresa A tiene poder de mercado.

## 272. Intercambio de información

**Ejemplo 6**

*Situación:* Las empresas A y B producen Z, un producto químico básico. Z es un producto homogéneo que se fabrica de acuerdo con una norma europea que no permite ninguna variación del producto. Los costes de producción son un componente significativo del coste total del producto Z. La empresa A tiene una cuota de mercado del 20 % y la empresa B tiene una cuota del 25 % en el mercado de la Unión para Z. Hay otros cuatro fabricantes en el mercado, con cuotas del 20, 15, 10 y 10 % respectivamente. La instalación de producción de A está situada en el Estado miembro X en el norte de Europa mientras que la instalación de producción de B está situada en el Estado miembro Y en el sur de Europa. Aunque la mayoría de los clientes de A están situados en el norte de Europa, también tiene varios clientes en el sur de Europa. Lo mismo le sucede a B, que tiene varios clientes en Europa del norte. Actualmente, A suministra a sus clientes del sur de Europa el Z fabricado en su instalación sita en X y lo transporta al norte de Europa en camión. Del mismo modo, la empresa B suministra a sus clientes del norte de Europa Z fabricado en el Estado miembro meridional Y y lo transporta al norte de Europa por camión. Los costes de transporte son muy altos, pero no tan altos como para que las entregas de A en el sur de Europa y las de B en el norte de Europa no sean rentables.

Las empresas A y B deciden que sería más eficiente si la empresa A dejara de transportar Z desde el Estado miembro X al sur de Europa y si la empresa B dejara de transportar Z desde el Estado miembro Y al norte de Europa. Sin embargo, ambas empresas desean conservar a sus clientes existentes. Para ello, A y B se proponen firmar un acuerdo de intercambio que les permita comprar una cantidad anual acordada de Z de la planta de la otra parte con objeto de vender Z a sus clientes situados más cerca de dicha planta. Con el fin de calcular un precio de compra que no favorezca a una parte en detrimento de la otra y que tenga

debidamente en cuenta los diferentes costes de producción de las partes y los diferentes ahorros en costes de transporte, y con el fin de garantizar que ambas partes puedan conseguir un margen adecuado, acuerdan revelarse mutuamente sus costes relativos al producto Z (es decir, los costes de producción y los costes de transporte).

Análisis:

*Aplicabilidad del REC de especialización:* El REC de especialización no se aplica, ya que el acuerdo de permuta no corresponde a ninguno de los tipos de acuerdos cubiertos por el REC de especialización.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 1:* El hecho de que A y B, que son competidoras, intercambien ciertas partes de la producción no plantea en sí mismo problemas de competencia. Sin embargo, el acuerdo también prevé el intercambio de información entre las partes sobre los costes de producción y transporte del producto Z, por el que compiten. El intercambio de información entre competidores excede de lo necesario para la aplicación del acuerdo de permuta. Dada la estructura relativamente concentrada del mercado, la homogeneidad del producto Z y el hecho de que los costes de producción y transporte son un componente importante de los costes totales del producto y, por tanto, un parámetro importante de la competencia, el intercambio de información podría dar lugar a un resultado colusorio. Habida cuenta de las importantes cuotas de mercado de las partes, es probable que el acuerdo restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

*Evaluación individual con arreglo al artículo 101, apartado 3:* El acuerdo generará mejoras de eficiencia en forma de ahorro de costes para las partes, pero el contenido del intercambio de información no parece indispensable para lograr la eficiencia. Las partes pueden lograr un ahorro de costes similares si acuerdan una fórmula de precios que no conlleve la revelación de sus costes de producción y transporte. Por lo tanto, en su forma actual el acuerdo de intercambio no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 4. ACUERDOS DE COMPRA

##### 4.1. Introducción

273. El presente capítulo ofrece orientaciones sobre la evaluación de los acuerdos relativos a la compra conjunta de productos por parte de más de una empresa. La compra conjunta implica la puesta en común de actividades de compra y puede llevarse a cabo de diversas maneras, incluso a través de una sociedad controlada conjuntamente, a través de una sociedad en la que las empresas poseen participaciones no dominantes, a través de una cooperativa, mediante un acuerdo contractual o mediante formas de cooperación más flexibles, por ejemplo cuando un representante negocia o concluye compras en nombre de varias empresas (denominados colectivamente «arreglos de compra conjunta»).
274. Existen arreglos de compra conjunta en diversos sectores económicos. Podrán prever que los miembros realicen compras conjuntas, o podrán limitarse a la negociación conjunta de precios de compra, componentes del precio de compra u otras condiciones con un proveedor, dejando que las transacciones de compra reales sean concluidas por cada parte individualmente, sobre la base de los precios o condiciones negociados conjuntamente. Cuando el presente capítulo se refiere a la compra conjunta, abarca tanto las compras conjuntas como las negociaciones conjuntas de (componentes de) los precios de compra o de otros términos y condiciones. Un arreglo de compra conjunta también puede implicar actividades adicionales como el transporte conjunto, el control de calidad y el almacenamiento, evitando así la duplicación de los costes de entrega. Dependiendo del sector, los compradores pueden consumir los productos adquiridos conjuntamente o utilizarlos como insumos para sus propias actividades, como en el caso, por ejemplo, de la energía o los fertilizantes. Como alternativa, los compradores pueden revender los productos, como, por ejemplo, en el caso de los bienes de consumo en rápida circulación (por ejemplo, alimentos, productos para el hogar o el cuidado personal, etc.) o electrónica de consumo. Los grupos de minoristas independientes, cadenas de minoristas o grupos de minoristas que realizan compras conjuntas se denominan a menudo «alianzas minoristas» <sup>(200)</sup>.

<sup>(200)</sup> Véase Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, Comisión Europea, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271. Este informe del JRC ofrece, en particular, una tipología de alianzas minoristas [véase la sección 2.3, distinguiendo entre i) grupos de minoristas independientes, ii) alianzas nacionales al por menor y iii) alianzas internacionales o europeas al por menor]. A diferencia de los grupos de minoristas independientes, las alianzas de comercio al por menor nacionales e internacionales no suelen comprar productos de forma conjunta a los proveedores, sino que solo negocian determinadas condiciones de compra con los fabricantes de productos de marca, como, por ejemplo, la concesión de descuentos adicionales por parte del fabricante a cambio de la prestación de determinados servicios por parte de los minoristas. Estas condiciones se aplican además de las condiciones acordadas con los miembros individuales de la alianza.

275. Los arreglos de compras conjuntas generalmente tienen como objetivo crear un grado de poder de compra frente a los proveedores, que los miembros individuales del arreglo de compras conjuntas no podrían alcanzar si actuaran de forma independiente. El poder adquisitivo de un arreglo de compra conjunta puede dar lugar a precios más bajos, más variedad o productos de mejor calidad para los consumidores. También puede permitir a los miembros, en particular a las empresas más pequeñas, obtener mejores condiciones de compra y, por tanto, seguir siendo competitivos en el mercado o mercados de venta en sentido descendente cuando se enfrentan a competidores fuertes. Las empresas también pueden realizar compras conjuntas para prevenir la escasez o hacer frente a las interrupciones en la producción de determinados productos, evitando así la interrupción de la cadena de suministro. Sin embargo, en determinadas circunstancias, las compras conjuntas también pueden plantear problemas de competencia, como se expone en la sección 4.2.3.
276. Los arreglos de compra conjunta pueden entrañar tanto acuerdos horizontales como verticales. En tales casos es necesario un análisis en dos fases. En primer lugar, el acuerdo o acuerdos horizontales entre las empresas competidoras que realicen compras conjuntas o las decisiones adoptadas por la asociación de empresas compradoras deben evaluarse con arreglo a los principios establecidos en las presentes Directrices. Si esa evaluación lleva a la conclusión de que el arreglo de compra conjunta no plantea problemas de competencia, es necesario llevar a cabo otra evaluación de los posibles acuerdos verticales entre el arreglo de compra conjunta y sus miembros individuales y entre el arreglo de compra conjunta y los proveedores. Estos acuerdos verticales deben evaluarse utilizando el RECAV y las Directrices relativas a las restricciones verticales. Los acuerdos verticales que no están cubiertos por el RECAV no se presumen ilegales, sino que requieren una evaluación individual en virtud del artículo 101.

#### 4.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

##### 4.2.1. Principales problemas de competencia

277. Los arreglos de compra conjunta entre competidores reales o potenciales pueden dar lugar a restricciones de la competencia en el mercado o mercados de compra ascendente y/o de venta descendente, como el aumento de los precios o la reducción de la producción, la calidad o variedad de los productos, o la innovación, el reparto del mercado o la exclusión anticompetitiva de otros compradores.

##### 4.2.2. Restricciones de la competencia por el objeto

278. Por lo general, los arreglos de compra conjunta no constituyen una restricción de la competencia por el objeto si se refieren realmente a la compra conjunta, es decir, cuando dos o más compradores negocian y celebran conjuntamente con un proveedor determinado un acuerdo relativo a una o varias condiciones comerciales que regulan el suministro de productos a los compradores que cooperaron.
279. Los arreglos de compra conjunta deben distinguirse de los carteles de compradores, que tienen por objeto restringir la competencia en el mercado interior en contra de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1 <sup>(201)</sup>. Los carteles de compradores son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más compradores que, sin entablar negociaciones conjuntas con el proveedor:
- a) coordinan el comportamiento competitivo individual de dichos compradores en el mercado de compra o influyen en los parámetros pertinentes de la competencia entre ellos mediante prácticas como, entre otras, la fijación o coordinación de los precios de compra o de sus componentes (incluidos, por ejemplo, los acuerdos para fijar salarios o no pagar un determinado precio por un producto); la asignación de cuotas de compra o el reparto de mercados y proveedores; o
  - b) influyen en las negociaciones individuales de esos compradores con los proveedores o en sus compras individuales a los proveedores, por ejemplo, mediante la coordinación de las estrategias de negociación de precios de los compradores o los intercambios sobre el estado de dichas negociaciones con los proveedores.
280. Cuando los compradores tratan individualmente con los proveedores (es decir, no entablan negociaciones conjuntas con el proveedor), deben tomar sus decisiones de compra de forma independiente y no deben eliminar la incertidumbre estratégica entre ellos en cuanto a su comportamiento futuro en el mercado mediante acuerdos o prácticas concertadas. Los compradores no pueden fijar primero una o varias de las condiciones de compra (precio, cantidad, fuente de suministro, calidad u otros parámetros de competencia) entre sí antes de que cada comprador negocie individualmente y compre al proveedor.

<sup>(201)</sup> Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019, Campine, T-240/17, EU:C:2019:778, apartado 297; véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 37; sentencia de 13 de diciembre de 2006, Carnes de vacuno francesas, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, EU:T:2006:391, apartado 83 y siguientes.

281. También puede existir un cartel de compradores cuando los compradores acuerdan intercambiar entre sí información comercial confidencial sobre sus intenciones de compra individuales o sus negociaciones con proveedores, al margen de cualquier acuerdo real de compra conjunta que interactúe con los proveedores colectivamente, en nombre de sus miembros <sup>(202)</sup>. Esto se refiere, en particular, a los intercambios entre compradores sobre los precios de compra que pagarán (precios máximos, descuentos mínimos y otros aspectos de los precios), otros términos y condiciones de compra, fuentes de suministro (tanto en términos de proveedores como de territorios), volúmenes y cantidades, calidad u otros parámetros de la competencia (por ejemplo, plazos, entrega e innovación).
282. Un cartel de compradores revela, por su propia naturaleza, un grado suficiente de perjuicio para la competencia, de modo que no es necesario evaluar los efectos que puede tener. Por lo tanto, siempre que afecte al comercio entre Estados miembros, constituirá una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Por lo tanto, la evaluación de los carteles de compradores, a diferencia de la de los arreglos de compra conjunta, no requiere, en principio, una definición del mercado o mercados de referencia, la consideración de la posición de mercado de los compradores en el mercado de compra ascendente ni si compiten en el mercado de venta descendente <sup>(203)</sup>. Los siguientes factores hacen menos probable que un acuerdo de compra celebrado entre compradores equivalga a un cartel de compradores:
- a) El arreglo de compra conjunta deja claro a los proveedores que las negociaciones se llevan a cabo en nombre de sus miembros y que los miembros estarán vinculados por las condiciones acordadas para sus compras individuales, o que los arreglos de compra conjunta compran en nombre de sus miembros. Esto no exige que el arreglo de compra conjunta revele la identidad de sus miembros, en particular cuando se trata de pequeñas o medianas empresas o solo representan una parte limitada de las compras del acuerdo conjunto a un proveedor. Sin embargo, no es responsabilidad de los proveedores tomar medidas para averiguar la existencia de un arreglo de compra conjunta, por ejemplo, a través de terceros o de noticias de prensa. No obstante, el secreto no es un requisito para encontrar un cartel de compradores <sup>(204)</sup>.
  - b) Los miembros del arreglo de compra conjunta han definido la forma, el alcance y el funcionamiento de su cooperación en un acuerdo escrito, de modo que su conformidad con el artículo 101 pueda verificarse *a posteriori* y cotejarse con el funcionamiento real del arreglo de compra conjunta. Sin embargo, un acuerdo escrito no puede por sí mismo proteger el acuerdo de la ejecución del Derecho de la competencia.
283. Los arreglos de compra conjunta también pueden contribuir o servir de herramienta para participar en un cartel de vendedores, es decir, un acuerdo entre competidores para fijar los precios de venta, limitar la producción o repartirse los mercados o los clientes en los mercados de venta descendentes. En tal caso, el arreglo de compra conjunta puede evaluarse junto con el cartel en el mercado de venta descendente.
284. Un arreglo de compra conjunta que tenga por objeto excluir a un competidor real o potencial del mercado o mercados de venta descendente es una forma de boicot horizontal y equivale a una restricción de la competencia por el objeto. Los boicots horizontales deben distinguirse de los boicots verticales, es decir, un acuerdo entre compradores para no comprar a proveedores concretos en el mercado ascendente. Si bien un boicot vertical puede constituir una restricción de la competencia por el objeto en determinadas circunstancias, no suele ser así. Por ejemplo, un acuerdo entre compradores para dejar de comprar productos a determinados proveedores debido a sus características particulares, a los procesos de producción o a las condiciones de trabajo, por ejemplo, porque los productos ofrecidos son insostenibles, mientras que los compradores solo quieren comprar productos sostenibles, no tiene por objeto restringir la competencia. Por lo tanto, los boicots verticales deben considerarse en su contexto jurídico y económico para evaluar sus efectos reales o probables sobre la competencia.

<sup>(202)</sup> Véase el capítulo 6 sobre el intercambio de información y, en particular, la sección 6.2.6, que también se aplica a los intercambios de información comercial confidencial entre compradores.

<sup>(203)</sup> Los posibles efectos favorables a la competencia de un acuerdo deben tenerse debidamente en cuenta como elementos de contexto a efectos de su categorización como restricción por objeto, en la medida en que puedan cuestionar la evaluación global de si el acuerdo es suficientemente perjudicial para la competencia; véase el apartado 28.

<sup>(204)</sup> La Comisión sancionó los carteles de compradores que no funcionaban completamente en secreto, pero que, al menos, comenzaron de forma relativamente transparente. Véase la Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, *Carnes de vacuno francesas* (DO L 209 de 19.8.2003, p. 12).

#### 4.2.3. Efectos restrictivos de la competencia

285. Los arreglos de compra conjunta en los que los compradores interactúan conjuntamente con los proveedores a través del arreglo deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. La evaluación debe abarcar los posibles efectos restrictivos tanto en el mercado o mercados de compra de referencia, cuando el arreglo de compra conjunta interactúa con los proveedores, como en el mercado o mercados de venta de referencia, en los que los miembros del arreglo de compra conjunta pueden competir como vendedores. En esta evaluación, la Comisión comparará los efectos reales o probables del arreglo de compra conjunta en el mercado o mercados de compra y venta pertinentes con la situación que se produciría en ausencia de ese arreglo específico.
286. Por lo general es menos probable que los arreglos de compra conjunta planteen problemas de competencia si las partes carecen de poder de mercado en el mercado o mercados de venta pertinentes.
287. Determinadas restricciones impuestas por un arreglo de compra conjunta a sus miembros pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, cuando se limiten a lo que sea objetivamente necesario y proporcionado para garantizar que el acuerdo funcione correctamente y permita a los miembros ejercer un poder de compra frente a los proveedores <sup>(205)</sup>. Esto puede aplicarse, por ejemplo, a una disposición que prohíbe a los miembros participar en acuerdos de compra conjunta competidores en la medida en que ello ponga en peligro el buen funcionamiento del acuerdo de compra y su poder de compra.

##### 4.2.3.1. Mercados de referencia

288. Dos son los mercados que pueden verse afectados por los arreglos de compra conjunta. En primer lugar, el mercado o mercados directamente afectados por el arreglo de compra conjunta, a saber, el mercado o mercados de compra de referencia en los que los miembros del arreglo de compra conjunta negocian o compran conjuntamente a los proveedores. En segundo lugar, el mercado o mercados de venta descendentes, es decir, el mercado o mercados en los que los miembros del acuerdo de compra conjunta actúan individualmente como vendedores.
289. La definición de mercados de compra de referencia se ajusta a los principios que figuran en la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado y se basa en el concepto de posibilidad de sustitución, con el fin de definir las presiones competitivas. La única particularidad de los mercados de compra, en comparación con los de venta, es que la sustituibilidad debe definirse desde el punto de vista de la oferta y no de la demanda. Dicho de otro modo, las alternativas de los proveedores son esenciales a la hora de definir las presiones competitivas que se ejercen sobre los compradores. Esas alternativas podrían analizarse, por ejemplo, examinando la reacción probable de los proveedores ante una disminución pequeña pero no transitoria del precio ofrecido por sus productos. Una vez definido el mercado de referencia, la cuota de mercado de los miembros del arreglo de compra conjunta puede calcularse sobre la base del valor o el volumen de las compras de los productos de referencia por parte de los miembros como porcentaje de las ventas totales en el mercado de compra de referencia.
290. Si los miembros compiten, además, en uno o varios mercados de venta, tales mercados también serán pertinentes para la evaluación. Los mercados de venta de referencia se definen utilizando la metodología descrita en la Comunicación sobre la definición del mercado.

##### 4.2.3.2. Poder de mercado

291. No existe un umbral absoluto a partir del cual pueda presumirse que los miembros de un acuerdo de compra conjunta tienen un poder de mercado tal que el acuerdo de compra conjunta pueda dar lugar a efectos restrictivos sobre la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, en la mayoría de los casos es poco probable que exista poder de mercado si los miembros del acuerdo de compra conjunta tienen una cuota de mercado combinada no superior al 15 % en el mercado o mercados de compra de referencia, así como una cuota de mercado combinada no superior al 15 % en el mercado o mercados de venta de referencia. En cualquier caso, si las cuotas de mercado combinadas de los miembros no exceden del 15 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, a menos que el arreglo implique una restricción de la competencia por el objeto.
292. Una cuota de mercado que supere uno o ambos umbrales no indica por sí misma que sea probable que el arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia. Un arreglo de compra conjunta con una cuota de mercado combinada que supere dicho umbral requiere una evaluación detallada de sus efectos en el mercado, teniendo en cuenta factores como la concentración del mercado, los márgenes de beneficio, la proximidad de la competencia, la naturaleza de los productos sujetos al acuerdo de compra y el posible poder compensatorio de los proveedores por parte del vendedor.

<sup>(205)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, apartado 34. Véase también la sección 1.2.6 sobre las restricciones accesorias.

293. Además, en el análisis de si los miembros de un acuerdo de compra conjunta tienen poder de compra, también son relevantes el número y la intensidad de los vínculos entre los competidores en el mercado de compra. Por ejemplo, algunos de los mismos miembros también pueden participar en otros acuerdos de compra.
294. Si los miembros del arreglo de compra conjunta tienen un grado significativo de poder adquisitivo en el mercado de compra, existe el riesgo de que el arreglo perjudique a la competencia en sentido ascendente, lo que en última instancia también puede causar perjuicios a los consumidores en sentido descendente. Por ejemplo, el ejercicio del poder de compra conjunto puede perjudicar los incentivos de inversión de los proveedores y obligar a los proveedores que no tienen un poder de venta compensatorio a reducir la gama o la calidad de los productos que fabrican. Esto puede tener efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado ascendente, como la reducción de la calidad, la disminución de los esfuerzos de innovación y, en última instancia, un suministro subóptimo. Además, los minoristas pueden ejercer su poder de compra y jugar a los proveedores entre sí limitando conjuntamente la variedad de productos en sus tiendas, perjudicando en última instancia a los consumidores en sentido descendente.
295. El riesgo de que un arreglo de compra conjunta pueda desincentivar las inversiones o innovaciones de proveedores es mayor cuando los compradores representan conjuntamente una gran parte de las compras pertinentes, en particular cuando dichos compradores negocian con proveedores que no tienen poder compensatorio del vendedor. Estos proveedores pueden ser especialmente vulnerables a una reducción de los beneficios, especialmente cuando han realizado inversiones específicas para abastecer a los miembros del arreglo de compra conjunta. Los efectos restrictivos sobre la competencia son menos probables cuando los proveedores tienen un grado significativo de poder de venta compensatorio (que no equivale necesariamente a una posición dominante) en el mercado o mercados de compra, por ejemplo, porque venden productos o servicios que los compradores necesitan tener para competir en los mercados de venta descendentes y que son difíciles de sustituir.
296. El poder de compra de los miembros del arreglo de compra conjunta también puede utilizarse para excluir a los compradores competidores del mercado de compras, limitando su acceso a proveedores eficientes. Estos efectos restrictivos son más probables cuando sólo hay un número limitado de proveedores y existen barreras de entrada en el lado de la oferta del mercado de compras.
297. Cuando los miembros de un arreglo de compra conjunta son competidores reales o potenciales en sentido descendente, sus incentivos para competir en el precio en el mercado o mercados de venta en sentido descendente pueden reducirse considerablemente si compran conjuntamente una parte significativa de los productos con respecto a los cuales compiten en sentido descendente. En primer lugar, si los miembros poseen conjuntamente un grado significativo de poder de mercado en el mercado o mercados de venta (lo que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante), es menos probable que los precios de compra más bajos logrados gracias al arreglo de compra conjunta beneficien los consumidores. Este es especialmente el caso cuando los competidores de los miembros del arreglo de compra conjunta tienen, debido a su débil posición en el mercado, una capacidad limitada para competir eficazmente en el mercado de venta. En segundo lugar, cuanto mayor sea la cuota de mercado combinada de los miembros del arreglo de compra conjunta en el mercado de venta descendente, mayor será el riesgo de que la coordinación de las compras ascendentes lleve a la coordinación de las ventas descendentes. Este riesgo es especialmente elevado si el arreglo de compra conjunta limita (o desincentiva) la capacidad de sus miembros para adquirir de forma independiente volúmenes adicionales del insumo en el mercado de compra. La obligación de los miembros de adquirir la totalidad o la mayor parte de sus necesidades a través del arreglo de compra conjunta, con el fin de garantizar una posición negociadora suficientemente fuerte frente a proveedores fuertes, debe evaluarse teniendo en cuenta factores como el alcance (volumen o cuota de las compras en cuestión) y la duración de la obligación, la cuota de mercado combinada de los miembros del arreglo de compra conjunta en el mercado o mercados de compra conjunta de referencia y el mercado o mercados de venta.
298. Sin embargo, cuando las partes de un arreglo de compra conjunta no tienen poder de mercado o no operan en el mismo mercado o mercados de venta de referencia (por ejemplo, minoristas que operan en mercados geográficos diferentes y no son competidores potenciales), es improbable que el arreglo de compra conjunta tenga efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado o mercados de venta.

#### 4.2.3.3. Resultado colusorio

299. Los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a un resultado colusorio si facilitan la coordinación del comportamiento de los miembros en los mercados de venta descendentes en el que son competidores reales o potenciales. Este puede ser el caso, en particular, si la estructura del mercado en el mercado de venta favorece la colusión (por ejemplo, porque el mercado está concentrado y presenta un grado significativo de transparencia).

Un resultado colusorio también es más probable si los miembros del arreglo de compra conjunta tienen una elevada cuota de mercado combinada en el mercado de venta y el acuerdo va más allá de la compra conjunta o la negociación conjunta de las condiciones de compra. Por ejemplo, este resultado colusorio podría facilitarse cuando los miembros del acuerdo acuerden los volúmenes que comprarán a través del acuerdo o coordinen el calendario de descuentos de precios de venta o promociones de ventas en el mercado de venta descendente, restringiendo así significativamente la competencia entre ellos en el mercado de venta.

300. La colusión también puede verse facilitada si los miembros del arreglo de compra conjunta logran un alto grado de comunalidad de costes a través de la compra conjunta, siempre que tengan poder de mercado en el mercado de venta y las características del mercado favorezcan la coordinación. En particular, los efectos restrictivos sobre la competencia son más probables si las partes tienen en común una proporción significativa de sus costes variables en el mercado de venta. Este es, por ejemplo, el caso en el que fabricantes y vendedores de un producto final que compiten entre sí compran conjuntamente una elevada proporción de sus insumos. También puede darse el caso de que los minoristas que operan en el mismo mercado o mercados minoristas de referencia adquieran conjuntamente una parte significativa de los productos que ofrecen a la reventa. Además de aumentar el margen para el tipo de colusión «radial» <sup>(206)</sup>, los minoristas que son miembros de un arreglo de compra conjunta también pueden estar más dispuestos a aceptar aumentos de precios por parte de los proveedores si saben que estos incrementos también se aplicarán a la mayoría de sus competidores en el mercado o mercados de venta en sentido descendente y, por tanto, pueden repercutirse en los consumidores.
301. La aplicación de un arreglo de compra conjunta puede requerir el intercambio de información comercial confidencial tal como los precios de compra (o partes de ellos) y los volúmenes. Cuando el arreglo de compra conjunta en sí mismo no entra dentro de la prohibición del artículo 101, apartado 1, porque tiene efectos neutros o positivos sobre la competencia, un intercambio de información accesorio a dicho acuerdo tampoco entra dentro de dicha prohibición <sup>(207)</sup>. Este será el caso si el intercambio de información es objetivamente necesario para aplicar el arreglo de compra conjunta y es proporcional a los objetivos del mismo <sup>(208)</sup>. Cuando el intercambio de información vaya más allá de lo que es objetivamente necesario para aplicar el arreglo de compra conjunta o no sea proporcional a sus objetivos, debe evaluarse utilizando las orientaciones facilitadas en el capítulo 6 <sup>(209)</sup>. Si el intercambio de información está comprendido en el artículo 101, apartado 1, aún puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.
302. El intercambio de este tipo de información comercial confidencial puede facilitar la coordinación por lo que se refiere a los precios de venta y a la producción y llevar por lo tanto a un resultado colusorio en los mercados de venta. Los efectos indirectos del intercambio de información comercial confidencial pueden reducirse al mínimo, por ejemplo, si los datos son recopilados por el arreglo de compra conjunta que se establece como una entidad separada y no transmite ninguna información individual a los compradores participantes, o estableciendo medidas técnicas o prácticas para limitar el acceso a dicha información y proteger su confidencialidad. Así pues, los miembros del arreglo de compra conjunta pueden establecer equipos limpios o normas efectivas de confidencialidad para el personal pertinente del acuerdo de compra conjunta y sus miembros, que seguirán aplicándose en caso de que determinados miembros del personal regresen a los miembros individuales del acuerdo o de que determinados miembros del personal o miembros cambien a otro arreglo de compra conjunta. Además, la participación de una empresa en varios arreglos de compra conjunta no debe dar lugar a intercambios de información contrarios a la competencia u otros tipos de coordinación entre los diferentes arreglos de compra.
303. En el contexto de las negociaciones conjuntas de condiciones con los proveedores, un arreglo de compra conjunta (es decir, sus miembros o la entidad jurídica constituida por ellos) puede ejercer su poder de compra amenazando, por ejemplo, con abandonar las negociaciones o dejar de comprar, a menos que el proveedor ofrezca mejores condiciones o precios más bajos. Las contrapartes en tales negociaciones pueden también amenazar con dejar de negociar o suministrar productos en sus negociaciones con compradores.
304. Puede considerarse que tales amenazas de negociación colectiva forman parte integrante del arreglo de compra conjunta cuando se refieren a los productos objeto de negociación y de carácter temporal, que cesan cuando las partes han reanudado sus negociaciones o han celebrado un acuerdo. Sin perjuicio de la aplicación de leyes

<sup>(206)</sup> Véase la sección 6.2.4.2.

<sup>(207)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89.

<sup>(208)</sup> Véase el apartado 369.

<sup>(209)</sup> Véase también el apartado 6.

nacionales más estrictas que prohíban la conducta unilateral o las prácticas comerciales desleales<sup>(210)</sup>, tales amenazas no suelen constituir una restricción de la competencia por el objeto<sup>(211)</sup>. Cualquier efecto sobre la competencia derivado de tales amenazas se evaluará con arreglo al artículo 101, apartado 1, a la luz de los efectos globales del arreglo de compra conjunta, teniendo en cuenta la posición de mercado de los miembros que aplican las amenazas<sup>(212)</sup>. Un ejemplo de amenazas colectivas que podrían considerarse parte integrante de un acuerdo de compra conjunta se refiere a los miembros de una alianza minorista que interrumpen los pedidos de determinados productos a un proveedor durante sus negociaciones sobre las condiciones para el suministro futuro de dichos productos. Tales paradas de pedidos pueden provocar que los productos seleccionados por los miembros individuales de la alianza no estén disponibles temporalmente en sus tiendas hasta que la alianza minorista y el proveedor hayan acordado los términos y condiciones de futuros suministros. En general, tales (amenazas de) paradas de pedidos no afectarán sensiblemente a la competencia en el mercado o mercados descendentes de venta en los que los minoristas sigan ofreciendo productos que sean sustitutivos de los productos en cuestión y en la medida en que los clientes del mercado o mercados de venta puedan comprar estos productos o productos de sustitución a competidores de los miembros del arreglo de compra conjunta.

#### 4.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

##### 4.3.1. Mejoras de eficiencia

305. Los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras significativas de la eficiencia. En particular, pueden generar ahorros de costes, como precios de compra más bajos, menores costes de producción y menores costes de transacción. Además, los arreglos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras cualitativas de eficiencia, por ejemplo, al inducir a los proveedores a innovar e introducir productos nuevos o mejorados en el mercado o, en particular, a los proveedores más pequeños, ampliando la distribución de sus productos a un mayor número de compradores y mercados. Estas eficiencias cualitativas pueden beneficiar a los consumidores, al reducir las dependencias y evitar la escasez mediante cadenas de suministro más resistentes y contribuir a un mercado interior más resistente, por ejemplo, mediante compras conjuntas de medicamentos o energía.

##### 4.3.2. Carácter indispensable

306. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un arreglo de compra no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Por ejemplo, el ahorro de costes que no es el resultado de la compra conjunta en sí, sino de actividades adicionales llevadas a cabo por el arreglo de compra conjunta, como la logística, el transporte o el almacenamiento, solo puede considerarse una mejora de la eficiencia del arreglo si la actividad adicional es necesaria para que el acuerdo de compra funcione y no puede lograrse con medios menos restrictivos. En determinados casos, la obligación de comprar o negociar exclusivamente en el marco del arreglo de compra conjunta puede ser indispensable para llegar al grado necesario de poder de negociación o al volumen necesario para conseguir las economías de escala. No obstante, tal obligación debe evaluarse en el contexto preciso de cada asunto concreto.

##### 4.3.3. Beneficio para los consumidores

307. Las mejoras de eficiencia tales como las que reducen costes o las cualitativas consistentes en la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados, conseguidas gracias a las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el arreglo de compra conjunta. Por lo tanto, los ahorros de costes u otras eficiencias que solo benefician a los miembros del arreglo de compra conjunta no bastan. En su lugar, el ahorro de costes debe repercutirse en los clientes de los miembros. Por ejemplo, en el caso de unos costes de compra más bajos, la repercusión puede producirse a través de unos precios más bajos en el mercado o mercados de venta.

<sup>(210)</sup> Por ejemplo, la legislación nacional que transpone la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (DO L 111 de 25.4.2019, p. 59), o que es más estricta que el artículo 102 mediante la prohibición o la imposición de sanciones a los comportamientos abusivos hacia las empresas económicamente dependientes [véanse el artículo 3, apartado 2, y el considerando 8 del Reglamento (CE) n.º 1/2003].

<sup>(211)</sup> Véase el apartado 278.

<sup>(212)</sup> Estas amenazas pueden formar parte integrante de una negociación eficiente para lograr precios más competitivos. Por otra parte, tales amenazas también pueden producirse en el contexto de arreglos de compra conjunta que tienen por efecto restringir la competencia. Por lo tanto, la observación de tales amenazas no constituye, en sí misma, una prueba de un perjuicio a la competencia ni de su inexistencia.

308. Normalmente, las empresas tienen un incentivo para repercutir al menos parte de una reducción de los costes variables en sus propios clientes. El mayor margen de beneficio resultante de las reducciones de los costes variables ofrece a las empresas un incentivo comercial significativo para ampliar la producción a través de reducciones de precios. Sin embargo, cuando los miembros de un acuerdo de compra conjunta tienen conjuntamente un poder de mercado en el mercado o mercados de venta de referencia, pueden estar menos inclinados a repercutir las reducciones de los costes variables a los clientes. Además, es menos probable que las reducciones de los costes fijos (como los pagos a tanto alzado de los proveedores) se trasladen a los consumidores, ya que a menudo no suponen un incentivo para que las empresas amplíen su producción. Por lo tanto, es necesaria una evaluación cuidadosa del arreglo de compra conjunta específico para determinar si genera un incentivo económico para ampliar la producción y, por tanto, repercutir las reducciones de costes o las eficiencias <sup>(213)</sup>. Por último, los precios de venta más bajos para los clientes son especialmente improbables si el acuerdo de compra conjunta limita (o desincentiva) la capacidad de sus miembros para comprar volúmenes adicionales a un proveedor determinado, ya sea a través del acuerdo de compra conjunta o de forma independiente al margen del arreglo. De hecho, los arreglos de compra conjunta que limitan el pedido independiente de volúmenes adicionales por parte de sus miembros a un proveedor determinado suponen un incentivo para elevar los precios de venta. Esto se debe a que limitar conjuntamente la compra de insumos tendrán en general el efecto de limitar el volumen de ventas en el mercado o mercados de venta.

#### 4.3.4. No eliminación de la competencia

309. Las condiciones del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esta condición debe cumplirse tanto en los mercados de compra como de venta pertinentes.

#### 4.4. Ejemplos

310. Cartel de compradores

##### **Ejemplo 1**

*Situación:* Muchas pequeñas empresas recogen teléfonos móviles usados a través de puntos de venta al por menor en los que se devuelven al adquirir un teléfono móvil nuevo. Estos recolectores venden los teléfonos móviles usados a empresas de reciclaje que extraen valiosas materias primas, como oro, plata y cobre, para su reutilización como alternativa más sostenible a la minería. Cinco empresas de reciclaje, que representan el 12 % del mercado de compra de teléfonos móviles usados, acuerdan un precio máximo común de compra por teléfono. Estas cinco empresas de reciclaje también se mantienen informadas sobre los debates relativos a los precios que están llevando a cabo individualmente con los recolectores de teléfonos móviles usados, así como las ofertas hechas a los recolectores y el precio por teléfono que finalmente acuerdan pagar a los recolectores.

*Análisis:* Las cinco empresas de reciclaje participan todas ellas en un cartel de compradores. Cada uno de ellos negocia y compra individualmente a los recolectores de teléfonos móviles. No hay ningún arreglo de compra conjunta que represente a los compradores conjuntamente en las negociaciones con los recolectores o en la compra a los mismos. Con independencia de la cuota de mercado conjunta relativamente pequeña de las empresas de reciclaje en el mercado de compra de residuos electrónicos, el acuerdo entre ellas se considera una restricción de la competencia por el objeto. Por lo tanto, no es necesario definir el mercado de referencia ni evaluar los efectos reales o potenciales de la práctica colusoria en el mercado.

311. Negociación conjunta de los insumos de los fabricantes

##### **Ejemplo 2**

*Situación:* Cinco fabricantes de acero competidores tienen una cuota de mercado conjunta del 40 % en el mercado de compra de referencia en el Estado miembro A. Los fabricantes de acero crean, poseen y explotan una empresa en participación que negociará la compra de mineral de hierro en su nombre. La empresa en participación exige y obtiene de un importante proveedor de mineral de hierro una reducción del 20 % del precio de compra del mineral de hierro en el Estado miembro A. En lugar de competir entre sí en el mercado de compra, los cinco fabricantes de acero compran mineral de hierro al precio de compra negociado por la empresa en participación. No hay pruebas de que los propietarios de la empresa en participación redujeran sus precios del acero en el mercado de venta como consecuencia de los precios más bajos que pagaron por el mineral de hierro.

<sup>(213)</sup> Por ejemplo, si bien un descuento puede revestir la forma contractual de un pago a tanto alzado, puede depender efectivamente de que el comprador alcance determinados objetivos de ventas previstos cuando el contrato se renegocie el año siguiente. Del mismo modo, el pago puede estar supeditado a la prestación de determinados servicios.

*Análisis:* La empresa en participación es un arreglo de compra conjunta que negocia con los proveedores en nombre de los cinco fabricantes de acero. Los cinco fabricantes de acero, partes de la empresa en participación, han podido obtener un precio más bajo por sus compras de mineral de hierro. Las partes de la empresa en participación realizan sus compras de mineral de hierro de forma independiente, aunque basándose en el precio negociado por la empresa en participación. La creación y puesta en marcha de la empresa en participación no tiene por objeto restringir la competencia. La cuestión de si la empresa en participación tiene efectos restrictivos de la competencia dependerá, por ejemplo, de si da lugar a costes comunes significativos y de si el arreglo de compra conjunta genera un riesgo real de colusión en el mercado de venta del acero. En igualdad de condiciones, el hecho de que ninguno de los fabricantes de acero, partes en la empresa en participación, hubiera bajado sus precios del acero podría ser un indicio de tal colusión.

312. Negociación conjunta por una alianza minorista europea

**Ejemplo 3**

*Situación:* Una alianza minorista europea, que tiene como miembros a siete grandes cadenas minoristas, cada una de las cuales opera en diferentes mercados nacionales, negocia conjuntamente con un importante fabricante de marca de galletas dulces y zumos de fruta, con una cuota de mercado del 30 % en esas categorías de productos, algunas condiciones para un futuro acuerdo de suministro. La alianza tiene una cuota de mercado no superior al 18 % en cada mercado (nacional) de compra pertinente y cada uno de sus miembros tiene una cuota de mercado de entre el 15 y el 20 % en los mercados (locales) minoristas pertinentes de su respectivo Estado miembro. Los miembros de la alianza no son operadores potenciales en los mercados de venta de la otra parte. Las negociaciones abarcan, en particular, un descuento adicional del fabricante a los minoristas. Ambas partes negocian con firmeza para lograr el mejor acuerdo posible. En un determinado momento de las negociaciones, la alianza minorista pide a sus miembros que dejen temporalmente de encargar productos de las dos categorías que se están negociando con el fabricante para aumentar la presión. Al aplicar esta decisión, cada miembro de la alianza decide individualmente cuál de los productos del fabricante en estas categorías dejará de encargar durante el estancamiento de las negociaciones, teniendo en cuenta las preferencias de los consumidores locales en los mercados de venta. Finalmente, tras otra ronda de negociaciones, el fabricante y la alianza llegan a un acuerdo sobre el descuento adicional que el fabricante concederá a cada uno de los miembros de la alianza y éstos reanudan sus pedidos de toda la gama de productos al fabricante.

*Análisis:* La alianza europea de minoristas no es un cartel de compradores y no constituye una restricción de la competencia por el objeto. Se califica como arreglo de compra conjunta incluso si solo negocia conjuntamente un descuento concreto como parte de la transacción, más amplia, de compra entre el fabricante y los miembros de la alianza minorista, en base a los cuales compran individualmente sus cantidades requeridas de los productos del fabricante. Las cadenas minoristas nacionales miembros de la alianza no operan en los mismos mercados de venta y no son competidores potenciales entre sí. Como consecuencia de ello, es poco probable que el arreglo de compra conjunta tenga efectos restrictivos sobre la competencia entre minoristas en el mercado o mercados de venta en sentido descendente. Además, los minoristas se enfrentan a una presión competitiva suficiente por parte de minoristas competidores que no participan en el arreglo de compra conjunta. El arreglo todavía puede requerir una evaluación de los posibles efectos negativos sobre la competencia en fases anteriores, resultantes del descuento adicional (por ejemplo, en términos de reducción de la innovación por parte de los proveedores). Sin embargo, tales efectos negativos parecen poco probables, habida cuenta de la cuota de mercado combinada de las partes, que no supera el 18 % en cada mercado de compra de referencia. La paralización temporal de los pedidos debe evaluarse junto con los efectos globales del arreglo de compra conjunta. Esta medida solo afecta a las categorías de productos que se están negociando con el fabricante y no parece perjudicar directa o indirectamente a los consumidores, en particular en la medida en que estos minoristas ofrecen productos de sustitución o existen otros minoristas competidores a los que los consumidores pueden comprar los mismos productos, y puede redundar en un beneficio para los consumidores en forma de precios más bajos una vez alcanzado un acuerdo.

## 313. Compra conjunta por pequeñas empresas con cuotas de mercado combinadas moderadas

**Ejemplo 4**

*Situación:* Ciento cincuenta pequeños minoristas celebran un acuerdo para crear un arreglo de compra conjunta. Están obligados a comprar un volumen mínimo a través del arreglo, que supone aproximadamente el 50 % de los costes totales de cada minorista. Los minoristas pueden adquirir una cantidad superior al volumen mínimo a través del arreglo y también pueden abastecerse al margen del arreglo. Poseen una cuota de mercado combinada del 23 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. Las empresas A y B son dos grandes competidores de los miembros del arreglo de compra conjunta. La empresa A tiene una cuota del 25 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, mientras que la cuota de B es del 35 %. No hay obstáculos que impidan que los competidores más pequeños restantes creen también un arreglo de compra conjunta. Los ciento cincuenta minoristas logran ahorros de costes sustanciales mediante la compra conjunta a través del arreglo de compra conjunta.

*Análisis:* El arreglo de compra conjunta no es un cartel de compradores y no puede considerarse una restricción de la competencia por el objeto. La cuota de mercado combinada de los minoristas participantes en los mercados de compra y venta supera la salvaguardia regulatoria blanda del 15 %, pero se ven limitados por las empresas A y B, que tienen cuotas de mercado más elevadas en ambos mercados. La probabilidad de que el arreglo de compra conjunta desincentive las inversiones o la innovación por parte de los proveedores del producto sigue siendo baja, habida cuenta de la cuota de mercado combinada de los miembros en el mercado de compra. Sin embargo, esto también depende del grado de poder compensatorio del vendedor de los proveedores en el mercado de compra y, en el caso de los proveedores sin poder de vendedor, de si han realizado inversiones específicas para clientes en favor de los miembros del arreglo de compra conjunta. Aunque los minoristas alcancen un alto grado de homogeneidad de costes, es poco probable que tengan poder de mercado en el mercado de venta, debido a la presencia en el mercado de las empresas A y B, que son más fuertes individualmente que los minoristas combinados que forman parte del acuerdo de compra conjunta. Por consiguiente, es poco probable que los 150 minoristas puedan coordinar con éxito su comportamiento en materia de precios de venta y alcanzar un resultado colusorio en el mercado de venta que les impida repercutir precios de compra más bajos o descuentos conexos. Así pues, no es probable que el arreglo de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Además, la cooperación produce algunas eficiencias a través de economías de escala que pueden reducir aún más los precios de venta y hacer que los minoristas sean más competitivos en el mercado de venta frente a las empresas A y B.

## 314. Costes comunes y poder de mercado en el mercado de venta

**Ejemplo 5**

*Situación:* Dos cadenas de supermercados competidoras celebran un acuerdo para comprar conjuntamente unos productos que suponen cerca del 80 % de sus costes variables. En los mercados de referencia de compra de las distintas categorías de productos, las partes tienen unas cuotas de mercado combinadas que oscilan entre el 25 y el 40 %. En el mercado de referencia de venta tienen una cuota de mercado combinada del 60 % y hay otros cuatro minoristas importantes cada uno con una cuota de mercado del 10 %. Es poco probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado.

*Análisis:* El acuerdo de compra no es un cartel de compradores y no puede considerarse una restricción de la competencia por objeto. Sin embargo, es probable que ofrezca a las partes la posibilidad de coordinar su comportamiento en el mercado de venta, lo que conduciría a un resultado colusorio. Las partes tienen poder de mercado en el mercado de venta, dado que hay pocos competidores mucho más pequeños en ese mercado y el acuerdo de compra da lugar a un grado considerable de costes comunes. Por otra parte, no es probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado. El incentivo para que las partes coordinen su comportamiento en el mercado de venta sería aún mayor si sus estructuras de costes ya fueran similares antes de celebrar el acuerdo. Además, si los márgenes de las partes son similares, aumenta aún más el riesgo de resultado colusorio. Este acuerdo también crea el riesgo de que las partes puedan retener la demanda y, por consiguiente, como consecuencia de la reducción de las compras, reducir también los volúmenes de ventas, aumentando así los precios de venta en sentido descendente. Por lo tanto, es probable que el acuerdo de compra produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Aunque es muy probable que el acuerdo dé lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros de costes, debido al considerable poder de mercado de las partes en el mercado de venta, no es probable que aquellas beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Por lo tanto, no es probable que el acuerdo de compra cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

## 315. Partes activas en mercados geográficos distintos

**Ejemplo 6**

*Situación:* Seis grandes minoristas, radicados cada uno en un Estado miembro diferente, forman un arreglo de compra conjunta para adquirir conjuntamente varios productos de marca a base de harina de trigo duro. El arreglo permite a los minoristas comprar otros productos de marcas similares fuera de la cooperación. Los miembros del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado combinada de aproximadamente el 22 % en el mercado de referencia de compra, que abarca toda la Unión. En el mercado de compras hay otros tres grandes compradores de tamaño similar al del arreglo de compra conjunta. Cada uno de los miembros del arreglo de compra conjunta tiene una cuota de mercado que oscila entre el 20 y el 30 % en los mercados de venta en los que operan, que son mercados nacionales. Ninguna de las partes opera en el mercado de venta de un Estado miembro en el que opere otra parte. Las partes no son nuevos operadores potenciales en los respectivos mercados nacionales de venta de las demás.

*Análisis:* El arreglo de compra conjunta no es un cartel de compradores y no puede considerarse una restricción de la competencia por el objeto. Mediante el arreglo, los minoristas participantes podrán competir con los demás compradores principales existentes en el mercado de compra y obtener mejores precios o condiciones que si adquirieran los productos de manera independiente. La probabilidad de que el arreglo de compra conjunta desincentive las inversiones o la innovación por parte de los proveedores del producto sigue siendo baja, habida cuenta de la cuota de mercado combinada de los participantes en el mercado de compra. Sin embargo, esto también depende del grado de poder compensatorio de venta de los proveedores en el mercado de compra y, en el caso de los proveedores sin poder de venta, de si han realizado alguna inversión específica para el cliente de los compradores que forman parte del arreglo. En comparación con el mercado de compras a escala de la Unión, los mercados de venta nacionales son mucho más pequeños (en volumen de negocios y ámbito geográfico) y en esos mercados algunos de los miembros del acuerdo pueden tener cierto grado de poder de mercado. Sin embargo, aunque los miembros del acuerdo de compra conjunta tengan una cuota de mercado conjunta superior al 15 % en los mercados de venta, las partes no pueden coordinar con éxito su conducta en los mercados de venta nacionales, ya que no son competidores reales ni potenciales en esos mercados descendentes. En consecuencia, el arreglo de compra conjunta no es probable que genere efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, aunque el acuerdo tuviera efectos restrictivos sobre la competencia, es probable que cumpliera las condiciones del artículo 101, apartado 3. El arreglo de compra conjunta da lugar a costes de compra más bajos que los miembros no podrían obtener si negociaran los precios por separado. Teniendo en cuenta la posición de mercado de cada uno de los miembros en sentido descendente, donde no están presentes en los mercados de venta de los demás, sino que se enfrentan a una competencia significativa de otros minoristas (que poseen al menos el 70 % del mercado de venta), parece probable que estos costes de compra más bajos se repercutan en los consumidores. De hecho, los miembros del arreglo deberían tener un incentivo para repercutir al menos parte de una reducción de los costes variables a sus propios clientes ampliando las ventas en sentido descendente mediante reducciones de precios.

## 316. Intercambio de información

**Ejemplo 7**

*Situación:* Tres fabricantes competidores A, B y C confían a un arreglo de compras conjuntas independiente la compra del producto Z, que es un producto intermedio utilizado por los tres fabricantes para su producción del producto final X. Los costes de Z no son un factor de coste significativo para la producción de X. Toda la información necesaria para las compras conjuntas (por ejemplo, especificaciones de calidad, cantidades, fechas de entrega, precios máximos de compra) solo se revela al arreglo de compras conjuntas y no se comparte con los demás miembros del acuerdo. El arreglo de compra conjunta acuerda los precios de compra con cada proveedor del producto Z. A, B y C tienen una cuota de mercado conjunta del 30 % en cada uno de los mercados de compra y venta. Tienen seis competidores en los mercados de compra y de venta, dos de los cuales tienen una cuota de mercado del 20 %.

*Análisis:* El arreglo de compra conjunta no es un cartel de compradores y no constituye una restricción de la competencia por el objeto. Los miembros del arreglo de compra conjunta tienen conjuntamente una cuota de mercado conjunta del 30 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, que supera claramente la salvaguardia regulatoria blanda del 15 %. Esto puede darles un grado significativo de poder de mercado tanto en el mercado de compra como en el de venta. Sin embargo, los miembros del arreglo se enfrentan a la competencia tanto ascendente como descendente de varios competidores. Al menos dos de estos competidores tienen una posición de mercado fuerte (cuota de mercado del 20 % cada uno) que les permite ejercer una presión competitiva efectiva sobre los miembros del arreglo. Por lo tanto, parece poco probable

que los miembros del arreglo de compra conjunta posean un grado significativo de poder de mercado en los mercados de venta para poder excluir a estos competidores del mercado de compra. Además, el arreglo se limita a la compra del producto Z, que no es un factor de coste significativo para la producción del producto X. Esto significa que no constituye un insumo significativo para las actividades de las partes en los mercados de venta y no dará lugar a un alto grado de costes comunes. A, B y C siguen comprando o produciendo por separado los demás insumos del producto X, que representan factores de coste más significativos, y se enfrentan a la competencia efectiva de los seis competidores restantes, así como entre sí, en el mercado del producto X.

Por lo tanto, es poco probable que el acuerdo de compra conjunta restrinja la competencia en los mercados de compra o venta en el sentido del artículo 101, apartado 1, o, en cualquier caso, que pueda cumplir las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, apartado 3.

Además, por lo que se refiere al intercambio de información, tampoco entraría en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 101, apartado 1, si es objetivamente necesario y proporcionado a la aplicación del arreglo de compra conjunta del producto Z, abarcando únicamente los parámetros necesarios para que los miembros del acuerdo celebren un acuerdo con los proveedores. Dado que la información no se comparte entre los distintos miembros, sino únicamente con el arreglo de compra conjunta, no existe un intercambio directo de información entre A, B y C, por lo que es poco probable que la transferencia de la información conduzca a un resultado colusorio entre ellos contrario al artículo 101, apartado 1.

## 5. ACUERDOS DE COMERCIALIZACIÓN

### 5.1. Introducción

317. Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. En el otro extremo se encuentran los acuerdos menos ambiciosos que solo afectan a un elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad.
318. Una categoría importante de estos acuerdos menos ambiciosos es la de los acuerdos de distribución. El RECAV y las Directrices sobre restricciones verticales abarcan con carácter general los acuerdos de distribución a menos que las partes del acuerdo sean competidoras reales o potenciales. Si los competidores acuerdan distribuir sus productos sustitutivos (en particular si lo hacen en mercados geográficos diferentes) existe el riesgo de que los acuerdos tengan como objeto o efecto la división de los mercados entre las partes o que conduzcan a un resultado colusorio. Esto puede ser cierto tanto para los acuerdos recíprocos como para los no recíprocos entre competidores, que, por lo tanto, deben ser evaluados, en primer lugar, de acuerdo con los principios establecidos en este capítulo. Si esta evaluación permite concluir que la cooperación entre competidores en el área de la distribución sería aceptable en principio, será necesaria otra evaluación para examinar las restricciones verticales contenidas en dichos acuerdos. Esta segunda etapa de la evaluación deberá basarse en los principios establecidos en las Directrices Verticales.
319. La única excepción al proceso en dos fases mencionado en el párrafo anterior se refiere a acuerdos de distribución no recíproca entre competidores cuando a) el proveedor fabrica, vende al por mayor o importa y distribuye bienes mientras que el comprador distribuye y no compite en la fabricación a nivel mayorista o de importación, o b) el proveedor es un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador presta sus servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales<sup>(214)</sup>. En estos supuestos, el acuerdo de distribución puede beneficiarse del RECAV, en cuyo caso las presentes Directrices no se aplican<sup>(215)</sup>. El apartado 43 ofrece orientaciones adicionales sobre la relación general entre las presentes Directrices con el RECAV y las Directrices sobre restricciones verticales.

<sup>(214)</sup> Artículo 2, apartado 4, del RECAV.

<sup>(215)</sup> La exención prevista en el artículo 2, apartado 4, del RECAV no se aplica a i) el intercambio de información entre el proveedor y el comprador que no esté directamente relacionado con la aplicación del acuerdo vertical o no sea necesario para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios contractuales, o que no cumpla ninguna de estas dos condiciones (artículo 2, apartado 5, del RECAV), ni ii) los acuerdos verticales relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea cuando el proveedor de los servicios de intermediación en línea sea una empresa competidora en el mercado de referencia para la venta de bienes o servicios intermediados (artículo 2, apartado 6, del RECAV). En estos casos, las presentes Directrices se aplican junto con las Directrices sobre restricciones verticales. Estos intercambios de información y acuerdos requieren una evaluación individual en virtud del artículo 101. Las Directrices sobre restricciones verticales pueden ser pertinentes para la evaluación de cualquier restricción vertical, mientras que las presentes Directrices pueden proporcionar orientaciones pertinentes para la evaluación de posibles efectos colusorios.

320. Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo, la producción o la compra conjuntas. Al analizar los acuerdos de comercialización que combinan diferentes etapas de la cooperación es necesario realizar la evaluación basándose en los puntos 6 y 8.

321. Existen exclusiones a la aplicación del artículo 101, apartado 1, a la comercialización de productos agrícolas prevista en el Reglamento (UE) n.º 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios <sup>(216)</sup>.

## 5.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

### 5.2.1. Principales problemas de competencia

322. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras. Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización.

323. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar las limitaciones de la producción, puesto que las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá en el mercado, restringiendo así la oferta.

324. En tercer lugar, los acuerdos de comercialización pueden convertirse en un medio para que las partes dividan los mercados o se repartan los pedidos o los clientes, por ejemplo, cuando las instalaciones de producción de las partes están situadas en mercados geográficos diferentes o cuando los acuerdos son recíprocos.

325. En cuarto lugar, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información comercial confidencial relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes —en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios— lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

326. Por otra parte, en general es improbable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para permitir a una parte entrar en un mercado en el que no podría haber entrado de forma independiente, o en el que no podría haber entrado con un número menor de partes que las que participan en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes que implica. En tal supuesto, las partes del acuerdo no son competidores potenciales o reales de la otra parte y, por lo tanto, el acuerdo no tendrá por efecto restringir la competencia entre ellas.

327. Por lo tanto, una cuestión clave a la hora de evaluar un acuerdo de comercialización recíproca es si el acuerdo es objetivamente necesario para que las partes entren en los mercados de la otra. En caso afirmativo, el acuerdo no crea problemas de competencia. Sin embargo, si una parte es capaz de entrar en el mercado de otra parte sin el acuerdo y el acuerdo reduce la independencia decisoria de la primera en cuanto a la posibilidad de entrar en el mercado de la otra parte, es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia. El mismo principio se aplica a los acuerdos de comercialización no recíprocos. Sin embargo, el riesgo de efectos restrictivos de la competencia es menos pronunciado en el caso de los acuerdos no recíprocos, ya que es menos probable que las partes tengan un incentivo mutuo para asignar mercados o clientes.

### 5.2.2. Restricciones de la competencia por el objeto

328. En primer lugar, los acuerdos de comercialización dan lugar a una restricción de la competencia por el objeto si sirven de herramienta para participar en un cartel encubierto. En cualquier caso, es probable que los acuerdos de comercialización que impliquen la fijación de precios, la limitación de la producción o la compartimentación del mercado restrinjan la competencia por su objeto, excepto si dichas restricciones son accesorias al objetivo principal del acuerdo y si ese objetivo principal queda fuera de la prohibición del artículo 101, apartado 1.

329. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos limitados a la venta conjunta y, en general, los acuerdos de comercialización que incluyen precios conjuntos conducen generalmente a la coordinación de la política de fijación de precios de los fabricantes o proveedores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos restrinjan la competencia por el objeto.

<sup>(216)</sup> Véase también el apartado 47.

330. Esta evaluación no cambia si el acuerdo no es exclusivo, es decir, si las partes tienen libertad para vender individualmente al margen del acuerdo, siempre que se pueda concluir que este dará lugar a una coordinación de los precios aplicados por las partes a todos o parte de sus clientes.
331. Del mismo modo, las limitaciones de la producción constituyen un problema importante de competencia que puede surgir de los acuerdos de comercialización. Cuando las partes del acuerdo deciden conjuntamente la cantidad de productos que deben comercializarse, el suministro disponible de los productos contractuales podría reducirse, lo que aumenta su precio. En principio, cada una de las partes del acuerdo debe seguir siendo libre de decidir de forma independiente si aumenta o reduce su producción para satisfacer la demanda del mercado. El riesgo de limitación de la producción es más limitado en el caso de los acuerdos de comercialización no exclusiva, siempre que las partes sigan estando libres y realmente disponibles para atender individualmente cualquier demanda adicional y siempre que el acuerdo no dé lugar a una coordinación de la política de suministro de las partes.
332. Los acuerdos de comercialización entre partes activas en diferentes mercados geográficos o frente a diferentes categorías de clientes también pueden utilizarse como instrumento de compartimentación del mercado. Si las partes utilizan un acuerdo recíproco de comercialización para distribuir los productos de la otra parte con el fin de eliminar la competencia real o potencial entre ellas repartíendose los mercados o los clientes, es probable que el acuerdo tenga por objeto restringir la competencia. Si el acuerdo no es recíproco, el riesgo de compartimentación es menor. No obstante, es necesario evaluar si el acuerdo no recíproco constituye la base de un entendimiento mutuo entre las partes para abstenerse de entrar en los mercados de la otra parte.

#### 5.2.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

333. Un acuerdo de comercialización que no sea restrictivo por su objeto puede, no obstante, tener efectos restrictivos sobre la competencia. Para evaluar los efectos de los acuerdos de comercialización sobre la competencia, es necesario tener en cuenta los factores mencionados en el apartado 32, así como las siguientes orientaciones adicionales relativas específicamente a este tipo de acuerdos.
334. Para evaluar los efectos de un acuerdo de comercialización, es necesario definir los mercados de productos y geográficos de referencia y determinar las posiciones respectivas de las partes en dichos mercados. Los mercados directamente afectados por la cooperación son aquellos a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo y en los que las partes comercializarán conjuntamente dichos productos. Sin embargo, como un acuerdo de comercialización en un mercado también puede afectar al comportamiento competitivo de las partes en mercados vecinos estrechamente relacionados con el mercado directamente afectado por la cooperación (mercados indirectos), también es necesario definir dichos mercados indirectos <sup>(217)</sup>.
335. En los casos en que los acuerdos de comercialización entre competidores no restrinjan la competencia por su objeto, por lo general solo tendrán efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. Para evaluar si las partes tienen tal poder de mercado, es necesario tener en cuenta la posible existencia de un poder de negociación compensatorio de sus clientes. Cuando las partes tienen conjuntamente poder de mercado, en general es probable que tengan capacidad para subir los precios o reducir la producción, la calidad del producto, la variedad del producto o la innovación. Además, en virtud de un acuerdo de comercialización, las partes ponen en común (parte de) sus actividades relacionadas con el mercado, es decir, actividades que tienen un impacto directo en sus clientes. Este impacto directo en los clientes aumenta el riesgo de que los acuerdos de comercialización puedan producir efectos contrarios a la competencia.

#### 5.2.3.1. *Resultado colusorio*

336. Asimismo, un acuerdo de comercialización conjunta que no implica la fijación de precios, la limitación de la producción o la compartimentación del mercado puede, no obstante, dar lugar a efectos restrictivos de la competencia si incrementa los costes variables comunes de las partes en una medida que pueda llevar a un resultado colusorio. Es probable que este sea el caso si antes del acuerdo las partes ya tienen conjunta una elevada proporción de sus costes variables. En ese supuesto, el incremento adicional en común (es decir, los costes de comercialización del producto objeto del acuerdo), aunque sea limitado, puede inclinar la balanza hacia un resultado colusorio. Por el contrario, si el incremento es grande el riesgo de resultado colusorio puede ser alto incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes sea bajo.

<sup>(217)</sup> Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de comercialización en un mercado geográfico específico, otros mercados geográficos en los que también operan las partes en el acuerdo; o mercados de suministro de insumos comprados conjuntamente para la comercialización de los productos contractuales.

337. La probabilidad de un resultado colusorio depende del poder de mercado de las partes y de las características del mercado de referencia. Los costes comunes solo pueden aumentar el riesgo de resultado colusorio si las partes tienen poder de mercado y si los costes de comercialización representan una proporción importante de los costes variables correspondientes a los productos afectados. Los costes comunes de comercialización aumentan el riesgo de resultado colusorio si el acuerdo de comercialización se refiere a productos cuya comercialización es costosa, por ejemplo, con costes de distribución o comercialización elevados. Por consiguiente, incluso los acuerdos que se limitan a la publicidad o a la promoción conjunta pueden producir efectos restrictivos de la competencia si dichas actividades representan una parte significativa de los costes variables del producto.
338. La aplicación de un acuerdo de comercialización conjunta puede requerir el intercambio de información comercial confidencial, en particular sobre los precios de compra y comercialización. Cuando el acuerdo de comercialización en sí mismo no entra dentro de la prohibición del artículo 101, apartado 1, porque tiene efectos neutros o positivos sobre la competencia, un intercambio de información accesorio a dicho acuerdo tampoco entra dentro de dicha prohibición <sup>(218)</sup>. Este será el caso si el intercambio de información es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de comercialización conjunta y es proporcional a los objetivos del mismo <sup>(219)</sup>. Cuando el intercambio de información vaya más allá de lo que es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de comercialización, o no sea proporcional a sus objetivos, debe evaluarse utilizando las orientaciones facilitadas en el capítulo 6 <sup>(220)</sup>. Si el intercambio de información está comprendido en el artículo 101, apartado 1, aún puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 5.2.3.2. Cooperación que, por lo general, no plantea problemas

339. Como ya se ha mencionado en el apartado 335, los acuerdos de comercialización entre competidores que no restringen la competencia por el objeto, por lo general, solo producirán efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de estos casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado combinada de las partes del acuerdo es inferior al 15 % en el mercado donde comercializan conjuntamente los productos contractuales. En cualquier caso, si la cuota de mercado combinada de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
340. Si la cuota de mercado combinada de las partes es superior al 15 %, no es posible presumir que su acuerdo no tendrá efectos restrictivos y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto del acuerdo de comercialización conjunta en el mercado o mercados de referencia.

### 5.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

#### 5.3.1. Mejoras de eficiencia

341. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la cooperación y de las partes que participan. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias significativas, derivadas de economías de escala o de alcance, especialmente para los pequeños productores o grupos de minoristas independientes, por ejemplo, en caso de que aprovechen nuevas plataformas de distribución para competir con operadores más grandes. La distribución conjunta puede utilizarse, en particular, para alcanzar objetivos medioambientales, que pueden constituir eficiencias en el sentido del artículo 101, apartado 3, siempre que sean objetivas, concretas y verificables <sup>(221)</sup>. Los acuerdos de comercialización también pueden contribuir a un mercado interior resiliente y generar eficiencias en beneficio de los consumidores al reducir las dependencias o mitigar la escasez y las perturbaciones en las cadenas de suministro, por ejemplo, cuando permiten a una parte entrar en un mercado que no podría haber entrado de forma independiente.
342. Las mejoras de eficiencia deben resultar de la integración de las actividades económicas de las partes. Los ahorros resultantes únicamente de la eliminación de costes inherentes a la competencia no pueden tenerse en cuenta. Por ejemplo, una reducción de los costes de transporte que sea simplemente el resultado de la asignación de clientes, sin ninguna integración de los sistemas logísticos de las partes, no puede considerarse un aumento de la eficiencia en el sentido del artículo 101, apartado 3.

<sup>(218)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89.

<sup>(219)</sup> Véase también la sección 1.2.6 relativa a restricciones accesorias.

<sup>(220)</sup> Véase también el apartado 6.

<sup>(221)</sup> Véase, en particular, el capítulo 9, apartado 559, sobre los acuerdos de sostenibilidad.

343. Las partes del acuerdo deben demostrar las mejoras de eficiencia. Un elemento importante a este respecto sería la contribución a la comercialización conjunta por las partes de capital significativo, tecnología u otros activos. También puede aceptarse el ahorro de costes generado mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones. No obstante, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, no es probable que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

#### 5.3.2. *Carácter indispensable*

344. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplirán las condiciones del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para aquellos acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.

#### 5.3.3. *Beneficio para los consumidores*

345. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. Este beneficio puede consistir en menores precios o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Cuando las partes tengan una cuota de mercado combinada inferior al 15 %, es probable que cualesquiera mejoras de eficiencia resultantes del acuerdo beneficien suficientemente a los consumidores.

#### 5.3.4. *No eliminación de la competencia*

346. Las condiciones del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. El cumplimiento de esta condición debe evaluarse en relación con todos los mercados de referencia, a saber, aquellos a los que pertenecen los productos objeto de la cooperación y los posibles mercados de efectos indirectos.

#### 5.4. **Consortios de licitadores**

347. El término consorcio de licitadores se refiere a una situación en la que dos o más partes cooperan para presentar una oferta conjunta en una licitación pública o privada <sup>(222)</sup>.
348. A efectos de la presente sección, hay que distinguir los consorcios de licitadores de la colusión en un procedimiento de licitación (o licitación colusoria), que se refiere a acuerdos ilegales entre operadores económicos, con el fin de falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación de contratos. La colusión en un procedimiento de licitación es una de las restricciones de la competencia por el objeto más graves y puede adoptar diversas formas; por ejemplo, puede consistir en fijar previamente el contenido de las ofertas de cada parte (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, repartir el mercado basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto de la contratación pública o establecer sistemas de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo <sup>(223)</sup>. Desde el punto de vista de la competencia, la colusión en un procedimiento de licitación es una forma de cartel consistente en la manipulación de un procedimiento de licitación organizado en el contexto de la adjudicación de un contrato público <sup>(224)</sup>.

<sup>(222)</sup> La cooperación en la presentación de ofertas puede llevarse a cabo mediante la subcontratación, en la que el licitador oficial acuerda que, si se le adjudica el contrato, subcontratará parte de la actividad a otra u otras partes, o a través de un consorcio, en el que todos los socios del consorcio participan conjuntamente en el procedimiento de licitación, generalmente a través de una entidad jurídica establecida específicamente a efectos de dicho procedimiento. Desde el punto de vista de la contratación pública, la diferencia entre subcontratación y consorcio es que, en el primer caso, el contratista principal puede que no tenga que revelar inmediatamente los nombres de sus subcontratistas, mientras que en un consorcio, los nombres de los miembros del mismo se declaran inmediatamente a la autoridad adjudicadora. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, tanto la subcontratación como los consorcios constituyen una oferta conjunta. En esta sección se utilizará el término consorcio de licitadores en lugar de oferta conjunta. Además, debe distinguirse entre las situaciones en las que i) la subcontratación se acuerda antes de la oferta, y ii) la subcontratación se acuerda y celebra después de la adjudicación del contrato. En general, solo en la primera situación la subcontratación equivale a una oferta conjunta y, en algunas situaciones, a una forma de colusión en las ofertas.

<sup>(223)</sup> Comunicación de la Comisión relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (DO C 91 de 18.3.2021, p. 1).

<sup>(224)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de enero de 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, apartado 35.

349. Por lo general, la colusión en un procedimiento de licitación no implica la participación conjunta en el proceso de licitación. Suele consistir en un acuerdo oculto o tácito entre los participantes potenciales para coordinar sus decisiones, aparentemente independientes, relativas a la participación en el procedimiento de licitación. Sin embargo, en algunos casos, la distinción entre colusión en un procedimiento de licitación y formas legítimas de oferta conjunta no es sencilla, en particular en el caso de la subcontratación. Por ejemplo, los casos en los que dos licitadores se subcontratan entre sí pueden constituir un indicio de colusión, dado que tales acuerdos de subcontratación suelen permitir a las partes conocer la oferta financiera de la otra parte, lo que pone en tela de juicio la independencia de las partes a la hora de formular sus propias ofertas. Sin embargo, no existe ninguna presunción general de que la subcontratación entre licitadores que participen en el mismo procedimiento constituya una colusión entre las empresas afectadas <sup>(225)</sup>.
350. Los acuerdos de consorcios licitadores pueden implicar un grado significativo de integración de los recursos y actividades de las partes con el fin de participar en el procedimiento de licitación, en particular cuando se incluyan formas de producción en común en la actividad objeto de la licitación. En las situaciones en las que la comercialización conjunta es accesoria a la integración de las actividades de producción de las partes (producción en común), el centro de gravedad del acuerdo reside en la actividad de producción y la evaluación de la competencia debe llevarse a cabo utilizando las normas y orientaciones aplicables a los acuerdos de producción en común. En estas situaciones, la fijación de precios para los productos o servicios del contrato no se considera, por lo general, una restricción por el objeto y será necesaria una evaluación por el efecto (véase el apartado 223 sobre los acuerdos de producción).
351. Sin embargo, en principio, los acuerdos de consorcio de licitación que consistan principal o exclusivamente en la comercialización conjunta deben considerarse acuerdos de comercialización y, por lo tanto, deben evaluarse de acuerdo con los principios establecidos en el presente capítulo.
352. Un acuerdo de un consorcio de licitadores, independientemente de su calificación jurídica, no restringirá la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, si permite a las partes participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. En este supuesto, las partes en el acuerdo de consorcio de licitadores no son ni competidores reales ni potenciales para la ejecución del proyecto. Este puede ser el caso cuando las partes de un acuerdo de consorcio de licitadores suministran diferentes servicios que son complementarios a efectos de la participación en el procedimiento de licitación. También puede darse el caso de que las partes del acuerdo de consorcio de licitadores, aunque todas operen en el mismo mercado o mercados, no puedan llevar a cabo el proyecto individualmente, por ejemplo, debido a la envergadura del proyecto o a su complejidad.
353. La evaluación de si las partes son capaces de competir individualmente en un procedimiento de licitación y, por tanto, son competidoras, depende en primer lugar de los requisitos incluidos en las normas de licitación. Sin embargo, la mera posibilidad teórica de llevar a cabo por sí sola la actividad contractual no convierte automáticamente a las partes en competencia: es necesario evaluar si cada parte es capaz de ejecutar el contrato por sí sola de manera realista, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el tamaño y las capacidades de la empresa, el nivel de riesgo financiero inducido por el proyecto, así como el nivel de las inversiones necesarias para el proyecto, y la capacidad actual y futura de la empresa evaluada a la luz de los requisitos contractuales <sup>(226)</sup>.
354. Cuando los procedimientos de licitación prevean la posibilidad de presentar ofertas para partes del contrato (lotes), las empresas que tengan la capacidad de presentar ofertas para uno o varios lotes —pero posiblemente no para la totalidad del contrato— deben considerarse competidoras y el artículo 101, apartado 1, es en principio aplicable. En este tipo de situaciones, las empresas suelen justificar su cooperación en el acuerdo de consorcio de licitadores basándose en que les permite presentar ofertas por el contrato completo y, por tanto, ofrecer un descuento combinado para el contrato completo. Sin embargo, esto no cambia el hecho de que las partes sean competidoras al menos en una parte del procedimiento de licitación y, por lo tanto, el artículo 101, apartado 1, es aplicable. Las eficiencias alegadas en relación con la oferta conjunta para la totalidad del contrato deberán evaluarse de conformidad con las condiciones del artículo 101, apartado 3.
355. Si no es posible excluir que las partes del acuerdo de consorcio de licitación puedan participar individualmente en el procedimiento de licitación (o si el acuerdo de consorcio de licitación contiene más partes de las necesarias), la oferta conjunta puede restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Este puede ser el caso incluso si solo una de las partes del acuerdo es capaz de presentar ofertas individualmente.

<sup>(225)</sup> Nota relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar los motivos de exclusión, sección 5.6.

<sup>(226)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) Ltd y otros/Competition and Markets Authority, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 39.

356. En general, en los casos en que el artículo 101, apartado 1, sea aplicable a las ofertas conjuntas, es necesario llevar a cabo una evaluación individual del acuerdo de consorcio de licitadores, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, incluida la posición de las partes en el mercado de referencia, el número y la posición de mercado de los demás participantes probables en el procedimiento de licitación, el contenido del acuerdo de consorcio de licitadores, los productos o servicios de que se trate y las condiciones del mercado.
357. La restricción puede calificarse de restricción por objeto o por efecto, dependiendo del contenido del acuerdo y de las circunstancias particulares del caso. En general, y para los consorcios de licitadores que deban considerarse acuerdos de comercialización, serán aplicables las observaciones formuladas en los apartados 328 a 340. Además:
- a) En circunstancias en las que dos (o más) partes puedan presentar ofertas individualmente y no exista un grado significativo de integración de los recursos y actividades de las partes, una oferta conjunta equivaldría, en principio, a una restricción por objeto, ya que implica la fijación de precios entre competidores y esta disposición no parece accesoria a una verdadera cooperación entre las partes;
  - b) En caso de acuerdos de consorcios licitadores que incluyan más partes de lo necesario, si solo hay una parte que podría presentar una oferta por separado, en principio el mero hecho de que haya más partes de las necesarias puede no ser suficiente por sí solo para encontrar una restricción por el objeto, ya que es posible que las partes no sean competidores reales o potenciales. Sin embargo, podría haber otras razones para que un acuerdo de consorcio se considere una restricción por el objeto, por ejemplo, si una parte que podría haber presentado individualmente una oferta celebra un acuerdo de oferta conjunta con una o varias otras partes con el objetivo específico de anticipar una oferta conjunta competidora de esas otras partes, incluso conjuntamente con un tercero;
  - c) Por lo que se refiere a los efectos contrarios a la competencia y, a falta de una restricción por el objeto, la cuestión de si estos tipos de ofertas conjuntas pueden restringir la competencia depende de una evaluación específica, entre otras cosas, de la manera más realista posible de que no se alcance el acuerdo de consorcio de licitadores en cuestión;
  - d) Solo se compartirá entre los miembros del consorcio la información estrictamente necesaria para la formulación de la oferta y la ejecución del contrato. Además, la circulación de la información debe limitarse al personal pertinente sobre la base de la «necesidad de conocer».
358. En cualquier caso, un acuerdo de consorcios licitadores entre competidores al que se aplica el artículo 101, apartado 1, puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3. Las posibles eficiencias pueden adoptar la forma de precios más bajos, pero también de mejor calidad, mayor oferta o realización más rápida de los productos o servicios objeto de la licitación. Además, deben cumplirse las demás condiciones del artículo 101, apartado 3 (carácter indispensable, beneficio para los consumidores y no eliminación de la competencia). En los procedimientos de licitación, estas condiciones suelen estar interrelacionadas: las mejoras de eficiencia de una oferta conjunta a través de un acuerdo de consorcio de licitadores se transmiten más fácilmente a los consumidores, en forma de precios más bajos o de mejor calidad de la oferta, si no se elimina la competencia para la adjudicación del contrato, y otros competidores efectivos participan en el procedimiento de licitación.
359. En esencia, las condiciones del artículo 101, apartado 3, pueden cumplirse si la oferta conjunta permite a las partes presentar una oferta más competitiva que las ofertas que podrían haber presentado por sí solas (en términos de precio o calidad) y los beneficios que se derivan para la entidad adjudicadora y los consumidores finales superan las restricciones de la competencia. Las eficiencias deben repercutirse en los consumidores y no cumplirán las condiciones del artículo 101, apartado 3, si solo benefician a las partes del acuerdo conjunto de consorcio de licitadores.

## 5.5. Ejemplos

## 360. Comercialización conjunta necesaria para acceder a un mercado

**Ejemplo 1**

*Situación:* Cuatro empresas que prestan servicios de lavandería en una gran ciudad cercana a la frontera de otro Estado miembro de la Unión, cada una con una cuota de mercado del 3 % en el mercado general de las lavanderías de esa ciudad, acuerdan crear una entidad de comercialización conjunta para la venta del servicio de lavandería a clientes institucionales (es decir, hoteles, hospitales y oficinas), al tiempo que conservan su independencia y libertad de competir por los clientes particulares locales. Con el fin de centrarse en el nuevo segmento de la demanda (los clientes institucionales), desarrollan una marca comercial común, un precio común y unas condiciones estándar comunes que incluyen entregas programadas y un plazo máximo de entrega de veinticuatro horas. Crean una central telefónica conjunta a la que los clientes institucionales pueden pedir su servicio de recogida o entrega. Contratan un telefonista (para la central telefónica) y varios conductores. Invierten además en furgonetas para los envíos y en la promoción de la marca para aumentar su visibilidad. El acuerdo no elimina por completo sus costes individuales de infraestructura (ya que mantienen sus propios locales y siguen compitiendo entre sí por los clientes locales individuales), pero aumenta sus economías de escala y les permite ofrecer un servicio más completo a una nueva categoría de clientes, lo que requiere un horario de apertura más amplio y el envío a una cobertura geográfica más extensa. Para asegurar la viabilidad del proyecto es imprescindible que las cuatro empresas firmen el acuerdo. El mercado está muy fragmentado, sin que ningún competidor individual tenga una cuota de mercado superior al 15 %.

*Análisis:* Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios significa que, en principio, se aplica el artículo 101, apartado 1. Dado que las partes operan en una gran ciudad cercana a la frontera de otro Estado miembro, se supone que el comercio entre Estados miembros se verá afectado. Sin embargo, las partes no habrían estado en condiciones de prestar servicios de lavandería a clientes institucionales, ni individualmente ni en cooperación con un número menor de partes que las cuatro que participan en el acuerdo. Dado que la restricción de la fijación de precios puede considerarse indispensable para la promoción de la marca común y para el éxito del proyecto, esta restricción parece accesoria al objetivo principal del acuerdo, que no es contrario a la competencia y, en general, no crea problemas de competencia.

## 361. Acuerdo de comercialización con más partes de las necesarias para acceder a un mercado

**Ejemplo 2**

*Situación:* Igual que la del ejemplo 1 del apartado 360, pero con una diferencia principal: para garantizar la viabilidad del proyecto, el acuerdo podía haber sido aplicado solo por tres de las partes (en vez de las cuatro que participan realmente en la cooperación).

*Análisis:* Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes es inferior al 15 %, el artículo 101, apartado 1, se aplica por las mismas razones expuestas en el ejemplo 1. El acuerdo podría haber sido ejecutado por menos de las cuatro partes. Sin embargo, dado que ninguna de las partes podría haber ejecutado el proyecto por sí sola, el hecho de que haya más partes de lo necesario podría no ser suficiente para encontrar una restricción por el objeto, a menos que el acuerdo tenga por objeto anticiparse a una iniciativa competidora en la que participe una de las partes. En cuanto a los posibles efectos restrictivos, es necesario un análisis contrafactual. En cualquier caso, el acuerdo podrá evaluarse con arreglo al artículo 101, apartado 3. El acuerdo da lugar a mejoras de eficiencia pues las partes pueden ahora ofrecer mejores servicios a una nueva categoría de clientes a una mayor escala (que no habrían podido prestar individualmente sin el acuerdo). Teniendo en cuenta que la cuota de mercado combinada de las partes es inferior al 15 %, es probable que cualquier mejora de eficiencia beneficie suficientemente a los consumidores. Hay que considerar además si las restricciones impuestas por el acuerdo son indispensables para lograr las eficiencias y si el acuerdo elimina la competencia. Dado que el objetivo del acuerdo es prestar un servicio más completo (incluido el envío, que no se ofrecía antes) a una categoría adicional de clientes, bajo una marca única y con unas cláusulas estándar comunes, la fijación de precios puede considerarse indispensable para la promoción de la marca común y, por lo tanto, para el éxito del proyecto y de las eficiencias resultantes. Además, teniendo en cuenta la fragmentación del mercado, el acuerdo no eliminará la competencia. El hecho de que el acuerdo tenga cuatro partes (en vez de las tres que habrían sido estrictamente necesarias) permite incrementar la capacidad y contribuye a satisfacer simultáneamente la demanda de varios clientes institucionales ateniéndose a las cláusulas estándar (es decir, respetar los plazos máximos de entrega). En esta situación, es probable

que las mejoras de eficiencia compensen los efectos restrictivos resultantes de la reducción de la competencia entre las partes y es probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

362. Venta conjunta por internet

**Ejemplo 3**

*Situación:* Una serie de pequeñas tiendas especializadas repartidas por todo un Estado miembro crean una infraestructura electrónica basada en la web para la promoción, venta y entrega de cestas de fruta para regalo. Existen varias tiendas web competidoras con cuotas de mercado comparables y limitadas. Las tiendas especializadas participantes comparten los gastos de funcionamiento de la tienda web e invierten conjuntamente en la promoción de la marca. A través de la página web, que ofrece una amplia gama de tipos diferentes de cestas para regalo, los clientes encargan (y pagan) el tipo de cesta para regalo que desean que se les entregue o que recogerán en la tienda. A continuación, el pedido se asigna al establecimiento especializado seleccionado por el cliente o, a falta de una selección expresa, al establecimiento más próximo a la dirección de entrega o que sea el más conveniente para que el cliente recoja el pedido. Cada tienda especializada corre individualmente con los gastos de componer la cesta de regalo y entregarla al cliente o ponerla a su disposición para que la recoja en la tienda. La tienda se queda con el 90 % del precio final, que es fijado por la infraestructura basada en la web y se aplica uniformemente a todas las tiendas especializadas participantes, mientras que el 10 % restante se destina a la promoción común y a los gastos de funcionamiento de la tienda web. Aparte del pago de la cuota, no hay más restricciones para que las tiendas especializadas se unan a la infraestructura basada en la web, en todo el territorio nacional. Por otra parte, las tiendas especializadas que tienen su propio sitio web también pueden vender cestas de fruta para regalo en internet con su propio nombre (y algunas veces lo hacen) y por lo tanto aún pueden competir entre sí fuera de la cooperación. Los clientes que compran a través de la tienda web tienen garantizada la entrega o recogida en la tienda de las cestas de fruta el mismo día y también pueden elegir la hora de entrega o recogida que más les convenga.

*Análisis:* Suponiendo que las tiendas especializadas sean competidoras, se aplica el artículo 101, apartado 1, y, dado que el acuerdo implica la fijación de precios, es probable que restrinja la competencia por el objeto. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. Las tiendas especializadas que participan en la cooperación son todas pequeñas y se entiende que no podrían competir a escala nacional con otras tiendas web. Por lo tanto, el acuerdo podría dar lugar a mejoras de eficiencia, como una mayor oferta y un servicio de mayor calidad y la reducción de los costes de búsqueda, que benefician a los consumidores y es probable que compensen los efectos restrictivos sobre la competencia derivados del acuerdo. Dado que las tiendas especializadas que participan en la cooperación siguen pudiendo vender de forma independiente y competir entre sí, tanto a través de sus tiendas físicas como a través de internet, la restricción de la fijación de precios limitada a la tienda virtual podría considerarse indispensable para la promoción del producto (ya que al comprar a través de la tienda virtual los consumidores no quieren enfrentarse a una multitud de precios diferentes) y las consiguientes mejoras de eficiencia. Al no haber otras restricciones, el acuerdo cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3. Además, como existen otras tiendas web competidoras importantes y las partes siguen compitiendo entre sí a través de sus tiendas especializadas físicas o a través de internet, no se eliminará la competencia.

363. Empresa en participación de venta

**Ejemplo 4**

*Situación:* Las empresas A y B, situadas en dos Estados miembros distintos, fabrican neumáticos para bicicletas. Tienen una cuota de mercado combinada del 14 % en el mercado de los neumáticos para bicicletas de la Unión. Deciden crear una empresa en participación de venta (sin funciones plenas) para comercializar los neumáticos a los fabricantes de bicicletas y acuerdan vender toda su producción a través de la empresa en participación. La infraestructura de producción y transporte de cada parte sigue estando separada. Las partes alegan que el acuerdo les ofrece unas mejoras de eficiencia considerables. Dichas mejoras están relacionadas principalmente con el aumento de las economías de escala, la capacidad de satisfacer las demandas de sus clientes actuales y potenciales y una mejor competencia con los neumáticos importados producidos en terceros países. La empresa en participación negocia los precios y asigna los pedidos a la instalación de producción más cercana, como manera de racionalizar los costes de transporte a la hora de entregar el pedido al cliente.

*Análisis:* Aunque la cuota de mercado combinada de las partes es inferior al 15 %, el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Restringe la competencia por el objeto puesto que implica la asignación de clientes y la fijación de precios por la empresa en participación. Las eficiencias resultantes del acuerdo alegadas no son fruto de la integración de las actividades económicas o de la inversión conjunta. La empresa en participación tendrá un alcance muy limitado y solo servirá de interfaz para asignar los pedidos a las instalaciones de producción. Por lo tanto, es poco probable que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia derivados del acuerdo. Así pues, no se cumplirán las condiciones del artículo 101, apartado 3.

364. Plataforma de distribución de medios de comunicación

**Ejemplo 5**

*Situación:* El organismo de radiodifusión televisiva A y el organismo de radiodifusión televisiva B, ambos activos principalmente en el mercado de la televisión en abierto de un Estado miembro, crean una empresa en participación para el lanzamiento en el mismo mercado nacional de una plataforma de vídeo a la carta en línea, en la que los consumidores pueden, previo pago de una tarifa, ver películas o series producidas por cada uno de los dos organismos de radiodifusión o por terceros que hayan licenciado los derechos audiovisuales correspondientes a uno de ellos. El organismo de radiodifusión televisiva A tiene una cuota de mercado de alrededor del 25 % en el mercado de la televisión en abierto y el organismo de radiodifusión televisiva B tiene una cuota de mercado de alrededor del 15 %. Hay otros dos grandes operadores con cuotas de mercado de entre el 10 y el 15 % y una serie de pequeños organismos de radiodifusión. El mercado nacional del vídeo a la carta, en el que operará principalmente la empresa en participación, es un mercado joven que, en general, se espera que crezca de forma significativa. El precio por ver un vídeo será determinado de forma centralizada por la empresa en participación, que también coordinará los precios para la adquisición de las licencias de vídeo a la carta en el mercado ascendente.

*Análisis:* Teniendo en cuenta su tamaño en el mercado nacional de la televisión y su gran biblioteca de derechos audiovisuales, tanto A como B podrían lanzar por separado una plataforma de vídeo a la carta. Por lo tanto, son competidores potenciales en el incipiente mercado de consumo de vídeo a la carta. Dado que el acuerdo restringe el incentivo de las partes para entrar en el mercado de forma independiente, se aplica el artículo 101, apartado 1. Además, el acuerdo elimina la competencia de precios entre los dos organismos de radiodifusión y conlleva una coordinación en lo que respecta a los precios del vídeo a la carta. En consecuencia, el acuerdo constituye, en principio, una restricción de la competencia por el objeto. En cuanto a la aplicación del artículo 101, apartado 3, los beneficios resultantes de una mayor gama de oferta de vídeo a la carta y de una navegación más fácil por los contenidos no parecen compensar los efectos negativos para la competencia, que serán apreciables, teniendo en cuenta las actividades y la posición en el mercado de las empresas implicadas. En particular, las restricciones no parecen necesarias para lograr las eficiencias mencionadas, ya que podrían obtenerse también a través de una plataforma abierta y una cooperación puramente técnica. En conclusión, el acuerdo no parece cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.

365. Consorcios de licitadores

**Ejemplo 6**

*Situación:* Las empresas A y B son proveedores competidores de medicamentos especializados para hospitales. Deciden celebrar un acuerdo de consorcio de licitadores para presentar ofertas conjuntas en una serie de licitaciones organizadas por el sistema nacional de salud de un Estado miembro para el suministro de un conjunto de medicamentos derivados del plasma a los hospitales públicos. El criterio para la adjudicación de contratos es la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta un equilibrio entre precio y calidad. En particular, se concederán puntos adicionales en caso de que la oferta abarque una serie de productos opcionales. Las dos empresas A y B podían competir individualmente en las licitaciones, sobre la base de los requisitos incluidos en las normas de licitación. De hecho, ambas empresas, A y B, ya compitieron individualmente en una de las licitaciones pertinentes, adjudicada a otro participante, ya que las ofertas individuales de A y B eran inferiores, en términos de precio y calidad, en particular debido a una oferta limitada de productos opcionales. En general, hay al menos otros dos participantes en los procedimientos de licitación en cuestión.

*Análisis:* Dado que las empresas A y B podrían competir individualmente en las ofertas, su participación conjunta puede restringir la competencia y se aplica el artículo 101, apartado 1. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. Según el resultado del anterior procedimiento de licitación en el que las partes compitieron por separado, parece que una oferta conjunta sería más competitiva que las ofertas individuales, en términos de precios y gama de productos ofrecidos, en particular los productos opcionales, lo que es especialmente importante para la autoridad licitadora. El acuerdo de consorcio de licitadores parece ser indispensable para que las partes implicadas presenten una oferta realmente competitiva en los procedimientos de licitación, en comparación con las ofertas presentadas por los demás participantes. Se entiende que las partes podrían demostrar que la oferta conjunta crea un grado significativo de sinergias capaces de dar lugar a eficiencias —en forma de precios más bajos y de mayor calidad— que, a su vez, conducirán a una oferta más competitiva. La competencia en el procedimiento de licitación no se elimina ya que al menos otros dos competidores relevantes son capaces de participar de forma independiente en el procedimiento de licitación. Esto implica que las mejoras de eficiencia de la oferta conjunta podrían beneficiar a la entidad adjudicadora y, en última instancia, a los consumidores. Por lo tanto, el acuerdo parece cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.

## 6. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

### 6.1. Introducción

366. Este capítulo ofrece orientación sobre la evaluación de la competencia del intercambio de información <sup>(227)</sup>. El intercambio de información puede adoptar diversas formas y puede producirse en distintos contextos.
367. A efectos de este capítulo, el intercambio de información incluye el intercambio de i) contenido digital en bruto, no organizado, que puede necesitar tratamiento para hacerlo útil (datos en bruto); ii) datos pretratados que ya hayan sido preparados y validados; iii) datos manipulados para producir información significativa, de cualquier forma, así como iv) cualquier otro tipo de información, también la información no digital. Comprende el intercambio físico de información y el intercambio de datos digitales entre competidores reales o potenciales <sup>(228)</sup>. En este capítulo, el término “información” abarca todos los tipos de datos e información establecidos en los incisos i) a iv).
368. La información puede intercambiarse directamente entre competidores (en forma de revelación unilateral o en un intercambio bi o multilateral), o indirectamente, por o a través de un tercero (como un proveedor de servicios, una plataforma, una herramienta en línea o un algoritmo), a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial), a través de una organización de estudios de mercado, a través de proveedores o clientes de las partes del intercambio, o a través de un sitio web o un comunicado de prensa. El intercambio puede tener lugar entre empresas que compiten con la misma marca (competencia intragrupo) o entre empresas que compiten con diferentes marcas (competencia intermarca). El presente capítulo se aplica a las formas directas e indirectas de intercambio de información y a los intercambios de información entre competidores intra e intermarcas.
369. El intercambio de información puede tener lugar en el contexto de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal, por ejemplo, un acuerdo de compra conjunta, producción conjunta o comercialización conjunta. Sin embargo, si el acuerdo de cooperación en sí mismo no entra dentro de la prohibición del artículo 101, apartado 1, porque tiene efectos neutros o positivos sobre la competencia, un intercambio de información accesorio a dicho acuerdo tampoco entra dentro de dicha prohibición. Este será el caso si el intercambio de información es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de cooperación horizontal y es proporcional a los objetivos del mismo (véase también la sección 1.2.6) <sup>(229)</sup>. Cuando el intercambio de información vaya más allá de lo que es objetivamente necesario para aplicar el acuerdo de cooperación, o no sea proporcional a sus objetivos, debe evaluarse utilizando las orientaciones facilitadas en el presente capítulo <sup>(230)</sup>. Cuando el propio intercambio de información constituya el objeto principal de la cooperación, prevalecerán las orientaciones

<sup>(227)</sup> En la medida en que la información intercambiada constituye total o parcialmente datos personales, las presentes Directrices se entienden sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de protección de datos, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1). Ninguna disposición de las presentes Directrices debe aplicarse o interpretarse de manera que menoscabe o limite el derecho a la protección de los datos personales.

<sup>(228)</sup> El término «intercambio de datos» se utiliza para describir todos los formularios y modelos posibles que sustentan el acceso a los datos y la transferencia de estos entre empresas. Cubre los repositorios de datos, en los que los titulares de datos se agrupan para compartir datos.

<sup>(229)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89.

<sup>(230)</sup> Véase también el apartado 6.

facilitadas en el presente capítulo a efectos de evaluar si la cooperación restringe la competencia. Si el intercambio de información está comprendido en el artículo 101, apartado 1, aún puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.

370. El intercambio de información en el contexto de un acuerdo vertical, en el que se intercambia información entre un proveedor y un comprador, puede beneficiarse de la exención por categorías prevista en el RECAV<sup>(231)</sup>. Este será el caso si la información intercambiada está directamente relacionada con la aplicación del acuerdo vertical entre dichas partes y es necesaria para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios considerados en el contrato.
371. También podrá intercambiarse información en el contexto de un proceso de adquisición. En tales casos, dependiendo de las circunstancias, el intercambio podrá estar sujeto a las normas del Reglamento de concentraciones<sup>(232)</sup>. Cualquier conducta que restrinja la competencia que no esté directamente relacionada con la ejecución de la adquisición del control y que no sea necesaria para la misma sigue sujeta a lo dispuesto en el artículo 101. Esta evaluación debe realizarse a lo largo de todo el proceso de adquisición, ya que lo que está directamente relacionado y es necesario para la realización de la adquisición puede depender de la fase en la que se encuentre el proceso de adquisición.
372. El intercambio de información también puede producirse en el contexto de iniciativas reguladoras. En los casos en que la ley o las autoridades públicas animen a las empresas a compartir información con otras empresas, o cuando tengan discrecionalidad a la hora de decidir qué información deben compartir con otras empresas, el artículo 101 sigue siendo de aplicación. En la práctica, esto significa que las empresas sujetas a requisitos reglamentarios no deben utilizar dichos requisitos como medio para infringir el artículo 101. Deberán restringir el alcance del intercambio de información a lo exigido por la normativa aplicable y es posible que tengan que aplicar medidas cautelares cuando se intercambie información comercial confidencial.

*Un Reglamento de la Unión puede prever, por ejemplo, la posibilidad de que las empresas compartan información para evitar o reducir la necesidad de realizar ensayos con animales o para reducir los costes de la investigación. Dichos intercambios están sujetos a la aplicación del artículo 101. Por lo tanto, las empresas que participen en los intercambios previstos por dicho reglamento no deben compartir información comercialmente sensible que revele su estrategia de mercado ni información técnica que vaya más allá de los requisitos del reglamento. Las empresas podrán reducir la frecuencia del intercambio para que la información sea menos delicada desde el punto de vista comercial. En la medida de lo posible, deben utilizarse información o intervalos agregados para evitar el intercambio de datos granulares o datos que puedan atribuirse a empresas individuales. Las empresas también pueden considerar la posibilidad de recurrir a un proveedor de servicios tercero independiente («un fideicomisario»), que recopilará la información de varias fuentes sobre la base de acuerdos de confidencialidad y recopilará, verificará y agregará los datos para crear un conjunto de datos compuesto que se compartirá con los participantes, en el que no es posible atribuir datos identificables a empresas concretas.*

## 6.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

### 6.2.1. Introducción

373. El intercambio de información es una característica común a muchos mercados competitivos que puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia. Puede solucionar problemas de asimetrías de la información<sup>(233)</sup>, incrementando así la eficiencia de los mercados. En los últimos años, el intercambio de datos ha cobrado importancia como medio para fundamentar la toma de decisiones, por ejemplo mediante el uso de la

<sup>(231)</sup> Véase el artículo 2, apartado 1, y el artículo 5, del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 134 de 11.5.2022, p. 4). Para una lista no exhaustiva de ejemplos de información que, dependiendo de las circunstancias particulares, puede estar directamente relacionada con la aplicación de un acuerdo vertical y ser necesaria para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios objeto del contrato, véase el apartado 99 de la Comunicación de la Comisión «Directrices sobre restricciones verticales» (DO C 248 de 30.6.2022, p. 1). Cuando las partes de un acuerdo vertical que cumpla las condiciones del artículo 2, apartado 4, letras a) o b), del Reglamento (UE) 2022/720 intercambien información que, o bien no esté directamente relacionada con la aplicación de su acuerdo vertical, o bien no sea necesaria para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios objeto del contrato, o bien no cumpla ninguna de esas dos condiciones, el intercambio de información deberá evaluarse individualmente con arreglo al artículo 101 del Tratado y con la ayuda de las presentes Directrices.

<sup>(232)</sup> Artículo 4, apartado 1, y artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones), DO L 24 de 29.1.2004, p. 1. Véase también la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DO C 56 de 5.3.2005, p. 24). Véase también la sentencia de 22 de septiembre de 2021, Altice Europe/Comisión, T-425/18, EU:C:2021:607, apartado 239.

<sup>(233)</sup> La teoría económica de la información asimétrica se ocupa del estudio de las decisiones que se toman en las transacciones y en las que una parte cuenta con más información que la otra.

inteligencia de datos y las técnicas de aprendizaje automático <sup>(234)</sup>. Además, las empresas pueden mejorar su eficiencia interna a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás. El intercambio de información también puede ayudar a las empresas a ahorrar costes, por ejemplo, reduciendo sus existencias y permitiendo una entrega más rápida de los productos perecederos a los consumidores. El intercambio de información puede permitir a las empresas desarrollar nuevos o mejores productos o servicios o formar algoritmos sobre una base más amplia y significativa. Además, los intercambios de información pueden beneficiar directamente a los consumidores al reducir sus costes de búsqueda y mejorar las posibilidades de elección.

374. El principio fundamental de la competencia es que cada empresa determina de manera autónoma su comportamiento económico en el mercado de referencia. Este principio no impide a las empresas adaptarse de manera inteligente al comportamiento actual o previsto de sus competidores o a las condiciones habituales existentes en el mercado. No obstante, se opone a cualquier contacto directo o indirecto entre empresas que pueda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial o revelar a dicho competidor el comportamiento que una empresa ha decidido seguir o que se propone adoptar en el mercado, cuando dichos contactos tengan por objeto o por efecto crear condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate <sup>(235)</sup>.
375. Como se indica en el apartado 14, el artículo 101, apartado 1, solo puede aplicarse al intercambio de información si este establece o forma parte de un acuerdo entre empresas, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas. El concepto de práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos <sup>(236)</sup>. Cuando se produzca un intercambio de información comercial confidencial entre competidores en la preparación de un acuerdo contrario a la competencia, esto bastará para demostrar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 101, apartado 1. A este respecto, no es necesario demostrar que dichos competidores se comprometieron formalmente a adoptar una determinada línea de conducta, ni que los competidores se confabularon en relación con su futura conducta en el mercado, o que tenían un interés comercial en el intercambio <sup>(237)</sup>. Además, para establecer la mencionada relación de causa y efecto, existe la presunción de que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado <sup>(238)</sup>.
376. Este capítulo está estructurado como sigue. En la sección 6.2.2 se presentan los dos principales problemas de competencia relacionados con el intercambio de información. La sección 6.2.3 ofrece orientaciones sobre la pertinencia de la naturaleza de la información intercambiada para la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1. La sección 6.2.4 ofrece orientaciones sobre la pertinencia de las características del intercambio. La sección 6.2.5 ofrece orientaciones sobre la pertinencia de las características del mercado. La sección 6.2.6 se refiere a los intercambios de información que restringen la competencia por el objeto y la sección 6.2.7 a los intercambios que restringen la competencia por el efecto. La sección 6.3 ofrece orientaciones sobre la aplicación del artículo 101, apartado 3, al intercambio de información y el capítulo concluye con una serie de ejemplos, un diagrama de flujo con pasos de autoevaluación y un cuadro sinóptico de los diferentes escenarios de intercambio de información en la sección 6.4.

#### 6.2.2. Principales problemas de competencia derivados del intercambio de información comercial confidencial <sup>(239)</sup>

##### 6.2.2.1. Resultado colusorio

377. Al aumentar de forma artificial la transparencia entre competidores en el mercado, el intercambio de información comercial confidencial puede facilitar la coordinación del comportamiento de las empresas y dar lugar a restricciones de la competencia <sup>(240)</sup>. En primer lugar, los intercambios de información pueden facilitar la

<sup>(234)</sup> También se fomenta el intercambio de datos en la Estrategia Europea de Datos.

<sup>(235)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 27 y sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 32-33.

<sup>(236)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartados 39-40; sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 126.

<sup>(237)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, Duravit y otros/Comisión, C-609/13, EU:C:2017:46, apartado 135, sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023, HSBC Holding y otros/Comisión, C-883/19 P, EU:C:2023:11, apartado 123.

<sup>(238)</sup> Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, ICAP y otros/Comisión, T-180/15, EU:T:2017:795, apartado 57; sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 51; sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 127; y sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92, EU:C:1999:358, apartados 161-163.

<sup>(239)</sup> La utilización de la expresión «principales problemas de competencia» significa que la siguiente descripción de problemas de competencia no es excluyente ni exhaustiva.

<sup>(240)</sup> Esto se aplica, en particular, cuando el intercambio constituye el soporte de otro mecanismo contrario a la competencia. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, Duravit y otros/Comisión, C-609/13 P, EU:C:2017:46, apartado 134; sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 281.

colusión si permiten a una empresa indicar a sus competidores, por cualquier medio, el comportamiento que sería deseable para ellos o el comportamiento que adoptaría la propia empresa en respuesta al comportamiento de los mismos competidores <sup>(241)</sup>.

378. En segundo lugar, el intercambio de información comercial confidencial en sí mismo puede permitir a las empresas llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, que puede llevar a un resultado colusorio en el mercado. El intercambio puede crear expectativas recíprocamente concordantes relativas a las incertidumbres existentes en el mercado. Sobre esa base, las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre su comportamiento en el mercado, incluso sin un acuerdo explícito sobre la coordinación <sup>(242)</sup>.
379. En tercer lugar, el intercambio de información comercial confidencial puede utilizarse como un medio para aumentar la estabilidad interna de un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia. El intercambio de información puede hacer que el mercado sea suficientemente transparente para permitir a las empresas que intervienen en el resultado colusorio controlar si otras empresas se están desviando de dicho resultado, y así saber cuándo tomar represalias y contra quién. Los intercambios de datos tanto actuales como pasados pueden utilizarse para este seguimiento. Esto puede o bien permitir que las empresas lleguen a un resultado colusorio en mercados en los que de lo contrario no lo hubieran conseguido, o bien aumentar la estabilidad de un resultado colusorio ya presente en el mercado.

*Por ejemplo, los algoritmos pueden generar eficiencias. Pueden reducir los costes y las barreras de entrada. Las empresas pueden, por ejemplo, utilizar algoritmos de forma independiente para supervisar los precios de los competidores e informar sobre su propia fijación de precios. Sin embargo, los algoritmos también pueden utilizarse para supervisar acuerdos (preexistentes) contrarios a la competencia entre competidores. Cuando se utilizan como parte de un acto de colusión, los algoritmos de seguimiento de precios pueden aumentar la transparencia del mercado, detectar desviaciones de precios en tiempo real y hacer que los mecanismos de sanción sean más eficaces. Las empresas también pueden utilizar algoritmos de coordinación del comportamiento para acordar parámetros esenciales de competencia. A continuación, los algoritmos se convierten en un dispositivo para facilitar la colusión (colusión por código). La colusión por código sobre parámetros esenciales de la competencia suele ser un cartel y, por lo tanto, una restricción de la competencia por el objeto, independientemente de las condiciones del mercado.*

*El tratamiento de los algoritmos de fijación de precios con arreglo al Derecho de la competencia de la Unión se basa en dos principios importantes.*

*En primer lugar, si las prácticas de fijación de precios son ilegales cuando se aplican fuera de línea, hay una alta probabilidad de que también sean ilegales cuando se apliquen en línea.*

*En segundo lugar, las empresas implicadas en prácticas de fijación de precios ilegales no pueden eludir la responsabilidad con el argumento de que sus precios han sido determinados por algoritmos. Al igual que un empleado o un consultor externo que trabaja bajo la «dirección o control» de una empresa, un algoritmo permanece bajo el control de la empresa y, por lo tanto, la empresa es responsable, aunque sus acciones se basen en algoritmos.*

380. El intercambio de información también puede utilizarse como método para aumentar la estabilidad externa de un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia. Los intercambios que hacen que el mercado sea suficientemente transparente pueden permitir a las empresas participantes en el resultado colusorio controlar dónde y cuándo intentan introducirse en el mercado otras empresas, lo que hace posible que aquellas se centren en estas.

#### 6.2.2.2. Exclusión contraria a la competencia

381. Además de facilitar la colusión, un intercambio de información también puede dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mismo mercado en el que tiene lugar el intercambio o en un mercado relacionado <sup>(243)</sup>.

<sup>(241)</sup> Así pues, el intercambio de información puede facilitar la colusión contribuyendo a la comprensión mutua de un sistema de castigo remunerado que es característico de los acuerdos colusorios. Estos intercambios de información pueden implicar intercambios privados o públicos. Por ejemplo, si una empresa comunicara de forma privada a sus competidores que todos ellos deberían subir los precios, reducir las ventas o la capacidad, o tomar decisiones empresariales conjuntamente, no cabe duda de que existiría una intención contraria a la competencia. Es probable que el efecto sea similar si la empresa comunica públicamente este plan, a menos que pueda demostrarse que los clientes se beneficiarán de la información, y no solo de la propia empresa, de sus competidores o de sus inversores. Esto se debe a que las empresas, sus competidores e inversores se beneficiarán normalmente de mayores beneficios en el marco de un sistema colusorio, mientras que los clientes pierden.

<sup>(242)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019, *Campine y Campine Recycling/Comisión*, T-240/17, EU:T:2019:778, apartado 305.

<sup>(243)</sup> Por lo que se refiere a los problemas de exclusión derivados de los acuerdos verticales, véanse los apartados 18 a 22 de las Directrices relativas a las restricciones verticales.

382. La exclusión en el mismo mercado puede ocurrir cuando el intercambio de información comercial confidencial sitúa a los competidores que no participan en el intercambio en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que participan en el intercambio. Este tipo de exclusión es posible si la información intercambiada tiene importancia estratégica para competir en el mercado y el intercambio abarca una parte importante del mercado de referencia. Este puede ser el caso, por ejemplo, en las iniciativas de intercambio de datos, cuando los datos compartidos tienen una importancia estratégica, cubren una gran parte del mercado y se impide el acceso de los competidores a los datos compartidos <sup>(244)</sup>.
383. El intercambio de información también puede llevar a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado. Por ejemplo, las empresas integradas verticalmente que intercambian información en un mercado ascendente pueden ganar poder de mercado y actuar en colusión para aumentar el precio de un insumo clave para un mercado descendente. De este modo, podrían incrementar los costes de sus competidores descendentes, lo que podría dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mercado descendente. Además, las empresas que aplican condiciones no transparentes y discriminatorias de acceso a la información compartida pueden limitar la capacidad de terceros para detectar tendencias de posibles productos nuevos en mercados relacionados.

*Varias empresas que prestan servicios financieros a los consumidores pueden, por ejemplo, establecer una asociación con una base de datos compartida que contenga información sobre los clientes. Todos los miembros de la asociación aportan información a la base de datos y tienen acceso a los datos, lo que les permite evaluar mejor el riesgo de prestar servicios financieros a nuevos clientes. El intercambio de información sobre los clientes facilita las evaluaciones de riesgos de los miembros en relación con dichos clientes. Esto puede facilitar, a su vez, la entrada en el mercado y beneficiar, por tanto, a los consumidores. Tal base de datos no tiene por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.*

*Sin embargo, las bases de datos compartidas descritas anteriormente pueden tener el efecto de restringir la competencia en función de las condiciones económicas del mercado o mercados de referencia y de las características específicas de la base de datos de que se trate. Estas características incluyen la finalidad de la base de datos y las condiciones de acceso y participación en ella, así como el tipo de información intercambiada (por ejemplo, si es pública o confidencial, agregada o detallada, histórica, actual o futura, la frecuencia con la que se actualiza la base de datos y la pertinencia de la información para fijar precios, volúmenes o condiciones de servicio). Una base de datos que abarque una parte significativa del mercado de referencia y a la que se deniegue o retrase el acceso de otros competidores puede crear una asimetría de información que coloque a esos otros competidores en una situación de desventaja en comparación con las empresas que participan en la base de datos. Unos criterios de acceso justos, objetivos, transparentes y no discriminatorios pueden aliviar los problemas de competencia <sup>(245)</sup>.*

### 6.2.3. Naturaleza de la información intercambiada

#### 6.2.3.1. Información comercial confidencial

384. El artículo 101, apartado 1, se aplica cuando un intercambio de información comercial confidencial puede influir en la estrategia comercial de los competidores, creando o pudiendo crear condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios ofrecidos, el tamaño y el número de las empresas implicadas y el volumen de dicho mercado <sup>(246)</sup>. Este es el caso cuando el intercambio de información reduce la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado en cuestión <sup>(247)</sup>. El artículo 101, apartado 1, se aplica con independencia de si las empresas que participan en el intercambio obtienen algún beneficio de su cooperación. Se trata de información que en mercados con competencia efectiva es importante que una empresa proteja para mantener o mejorar su posición competitiva en el mercado o mercados.

<sup>(244)</sup> La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartados 57-58, pone de relieve la importancia de analizar la estructura subyacente del mercado para determinar si el riesgo de exclusión es probable. Véanse también: Decisión de la Comisión de 30 de junio de 2022 en el asunto AT.40511, Insurance Ireland, en el que los participantes en la bolsa representaban el 98 % del mercado de referencia.

<sup>(245)</sup> Esto no exige que el acceso sea gratuito. Podrá cobrarse una tasa, siempre que sea justa, transparente y no discriminatoria. Además, también puede exigirse a terceros que aporten ellos mismos los datos a la base de datos. Véanse también: sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 60.

<sup>(246)</sup> El acceso a los datos propios de una empresa, por ejemplo, los datos de los usuarios generados mediante el uso de una plataforma, no se considera un intercambio de información delicada desde el punto de vista comercial.

<sup>(247)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 121; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023, Budapest Bank y otros/Comisión, C-883/19, EU:C:2023:11, apartado 115.

385. La información sobre precios se considera en general información comercial confidencial y el artículo 101, apartado 1, se aplica incluso si el intercambio no tiene un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales <sup>(248)</sup>. Otras categorías de información comercial potencialmente confidencial incluyen información sobre los costes, la capacidad, la producción, las cantidades, las cuotas de mercado, los clientes, los planes para entrar o salir de los mercados, o sobre otros elementos importantes de la estrategia de una empresa que las empresas que operan en un mercado realmente competitivo no tendrían un incentivo para intercambiar entre sí. El hecho de que la información intercambiada pueda ser incorrecta o engañosa en sí misma no elimina el riesgo de que pueda influir en el comportamiento de los competidores en el mercado <sup>(249)</sup>.
386. La información que no es generalmente sensible desde el punto de vista comercial incluye, por ejemplo, la información relativa a: el funcionamiento general o el estado de una industria; cuestiones de orden público o de reglamentación (que podrían utilizarse, por ejemplo, en las relaciones públicas a escala industrial o en iniciativas de presión); las cuestiones técnicas no confidenciales pertinentes para la industria en general, como las normas o las cuestiones de salud y seguridad; tecnología general, no sujeta a derechos de propiedad y cuestiones conexas, como las características y la idoneidad de determinados equipos (pero no los planes de una empresa concreta en relación con la adopción de equipos o tecnología específicos); oportunidades generales de promoción pertinentes para la industria en general (pero no los planes promocionales de una empresa concreta). También incluye datos educativos, técnicos o científicos no estratégicos que redunden en beneficios para los consumidores e información no estratégica necesaria para crear nuevas asociaciones empresariales entre empresas <sup>(250)</sup>.
387. Las empresas pueden tener razones legítimas para informar a sus accionistas, a sus inversores potenciales o al público en general sobre la situación y el rendimiento de sus actividades. Sin embargo, este deseo de informar a terceros o al público no puede invocarse para revelar a los competidores información comercial confidencial que, en un mercado con competencia efectiva, las empresas no revelarían a sus competidores.
388. En general, y en condiciones normales de competencia, las empresas no tienen incentivos para publicar información comercial confidencial. Si lo hacen, puede plantearse la cuestión de si el mercado de que se trata se caracteriza por una competencia efectiva. La información que se ha hecho pública por razones legítimas y, por lo tanto, ha pasado a ser fácilmente accesible (en términos de costes de acceso) para todos los competidores y clientes <sup>(251)</sup>, normalmente no es información comercial confidencial <sup>(252)</sup>.
389. Incluso si la información está fácilmente disponible (por ejemplo, la información publicada por los reguladores), un intercambio de información adicional entre los competidores puede reducir aún más la incertidumbre estratégica en el mercado. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando la información se intercambia de forma menos agregada o más granular, o cuando la información se intercambia con más frecuencia de lo que se pone a disposición del público, o cuando se adjuntan observaciones a la información que puede indicar a los competidores la acción conjunta que se desea emprender. En ese caso, el intercambio de información puede restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

#### 6.2.3.2. Información agregada frente a información individualizada

390. Que una información sea confidencial desde el punto de vista comercial depende de su utilidad para los competidores. En general, la información que contenga muchos detalles y permita la identificación de la(s) empresa(s) que la proporcionó será más confidencial desde el punto de vista comercial. El intercambio de información individualizada puede facilitar un entendimiento común del mercado y las estrategias sancionadoras que permitan a las empresas integrantes de la coordinación señalar más sencillamente a las empresas que se desvían o se incorporan al mercado.

<sup>(248)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 123 y sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 36.

<sup>(249)</sup> Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016, *Philips y Philips France/Comisión*, T-762/14, EU:T:2016:738, apartado 91.

<sup>(250)</sup> Esta lista no es exhaustiva.

<sup>(251)</sup> Sentencia de 8 de julio de 2008, *BBP/Comisión*, T-53/03, EU:C:2008:254, apartado 236 y sentencia de 2 de febrero de 2022, *Scania/Comisión*, T-799/17 P, EU:C:2022:48, apartado 347. La información es de dominio público cuando está disponible a partir de fuentes accesibles al público. Una información no es pública si los costes que implica su recopilación disuaden a otras empresas y clientes de hacerlo. El hecho de que sea posible reunir cierta información en el mercado, por ejemplo, recabándola de los clientes, no significa necesariamente que dicha información constituya datos de mercado fácilmente accesibles para los competidores. Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, *Tate & Lyle y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, EU:T:2001:185, apartado 60.

<sup>(252)</sup> Véanse la sentencia de 5 de octubre de 2020, *Casino, Guichard-Perrachon y AMC/Comisión*, T-249/17, EU:T:2020:458, apartados 263 a 267, y la sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, apartado 1 154. Véase también el apartado 398, en el que se explica que la divulgación pública puede, en algunos casos, formar parte de un canal de comunicación entre competidores para señalar futuras intenciones de comportarse en el mercado de una manera específica o para proporcionar un punto de contacto para la coordinación entre competidores, por lo que puede entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

391. El intercambio de información agregada, cuando la atribución de información a empresas concretas es suficientemente difícil o incierta, o cuando los datos se agregan a una gama de productos diferentes, especialmente si los productos tienen características diferentes o pertenecen a mercados diferentes, es menos probable que dé lugar a una restricción de la competencia. La recogida y publicación de información de mercado agregada (por ejemplo, datos de ventas, de capacidades, datos de costes de entradas y componentes) por parte de una asociación comercial o por una empresa de información sobre el mercado pueden beneficiar tanto a los competidores como a los consumidores al ahorrar costes y darles una idea general más fehaciente de la situación económica del sector. Esa recogida y publicación de información puede permitir a los competidores individuales una mejor toma de decisiones para adaptar más eficientemente su estrategia competitiva individual a las condiciones del mercado. A menos que tenga lugar entre un número relativamente pequeño de empresas con una cuota suficientemente grande del mercado <sup>(253)</sup> de referencia, es poco probable que el intercambio de información agregada dé lugar a una restricción de la competencia. Sin embargo, no cabe excluir que incluso el intercambio de información y datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en mercados con características específicas.

*Por ejemplo, cuando las empresas que forman parte de un oligopolio muy restringido y estable intercambian información agregada sobre precios, la detección de un precio de mercado por debajo de un determinado nivel puede permitirles deducir que una de ellas se ha desviado del resultado colusorio y tomar medidas de represalia en todo el mercado. Dicho de otro modo, para mantener la estabilidad de una colusión no siempre es necesario que las empresas de un oligopolio muy restringido y estable sepan quién se ha desviado; puede bastar con saber que «alguien» se ha desviado.*

392. Dependiendo de las circunstancias, el intercambio de datos en bruto puede ser menos confidencial desde el punto de vista comercial que un intercambio de datos que ya se hayan transformado en información significativa. En particular, el intercambio de datos brutos puede ser menos confidencial desde el punto de vista comercial cuando cada parte utiliza su propio método (patentado) de tratamiento de los datos brutos.

#### 6.2.3.3. La era de la información

393. En muchos sectores, la información se convierte en histórica con relativa rapidez y, por lo tanto, pierde su carácter comercial confidencial. No es probable que el intercambio de información histórica dé lugar a un resultado colusorio pues no es probable que dicha información sea indicativa del comportamiento previsto de los competidores o faciliten un entendimiento común del mercado <sup>(254)</sup>. En principio, cuanto más antigua sea la información, menos útil suele ser para la detección oportuna de desviaciones y, por tanto, como un medio de crear una amenaza creíble de represalias rápidas <sup>(255)</sup>. Sin embargo, esto requiere una evaluación caso por caso de la pertinencia de la información <sup>(256)</sup>.
394. Si la información es histórica depende de las características específicas del mercado de referencia; la frecuencia de las negociaciones de compraventa en el sector y la antigüedad de la información habitualmente utilizada en el sector a efectos de las decisiones empresariales. Por ejemplo, la información puede considerarse histórica si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los ciclos de fijación de precios o que las duraciones medias de los contratos del sector, siendo estas últimas indicativas de la frecuencia de las (re)negociaciones de precios. Por el contrario, el intercambio de información corriente puede tener efectos restrictivos sobre la competencia, especialmente si el intercambio sirve para aumentar artificialmente la transparencia para los competidores en lugar de para los consumidores.

*Por ejemplo, si las empresas suelen basarse en datos sobre las preferencias de los consumidores (compras u otras opciones) durante el último año para optimizar las decisiones empresariales estratégicas para sus marcas, la información relativa a este período será generalmente más confidencial desde el punto de vista comercial que los datos más antiguos. En ese caso, la información relativa al último año no se considera «histórica».*

<sup>(253)</sup> Por ejemplo, en el caso de un oligopolio restringido.

<sup>(254)</sup> Las asociaciones comerciales podrán recopilar datos históricos con el fin de contribuir a las revisiones de las políticas públicas o analizar los resultados de dichas revisiones.

<sup>(255)</sup> Por ejemplo, en casos anteriores, la Comisión ha considerado que el intercambio de datos *específicos de una empresa* de antigüedad superior a un año era histórico y no restringía la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, mientras que la información de menor antigüedad se ha considerado reciente; Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, considerando 50; Decisión de la Comisión en el asunto IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl (DO L 1 de 3.1.1998, p. 10, considerando 17).

<sup>(256)</sup> En su sentencia de 12 de julio de 2019, Sony y Sony Electronics/Comisión, T-762/15, EU:T:2019:515, apartado 127, el Tribunal General consideró que, dadas las circunstancias, el conocimiento de los resultados de las subastas anteriores era una información muy pertinente para los competidores, tanto a efectos de control como con vistas a futuros contratos.

*En el contexto de un mercado estable y no complejo con elevadas barreras de entrada, los intercambios de información pasada reciente entre competidores cercanos también pueden dar lugar a una colusión. Por ejemplo, el intercambio de información detallada sobre las ventas pasadas recientes puede reducir la incertidumbre sobre el comportamiento futuro de los competidores en el mercado y permitir a las partes adaptar su propio comportamiento futuro en el mercado en consecuencia.*

#### 6.2.4. Las características del intercambio de información comercial confidencial

395. El artículo 101, apartado 1, se aplica a los intercambios en los que los competidores intercambian bilateral o multilateralmente información delicada desde el punto de vista comercial. Estos intercambios incluyen acuerdos de intercambio de datos, en virtud de los cuales dos o más competidores aportan datos a una base de datos común y obtienen acceso a algunos o a todos los datos aportados por otros competidores. Cuando dos o más competidores participan en un intercambio, puede no ser necesario caracterizar con precisión el intercambio como un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada <sup>(257)</sup>. Además, en determinadas circunstancias, la divulgación unilateral o el intercambio indirecto de información también pueden constituir una práctica concertada comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

##### 6.2.4.1. Divulgación unilateral

396. Una situación en la que una empresa divulga información comercial confidencial a un competidor que la ha solicitado o, al menos, la acepta, puede constituir una práctica concertada cuando dicho competidor actúa sobre la base de dicha divulgación y siempre que exista un vínculo de causa a efecto entre la divulgación y el comportamiento posterior del competidor en el mercado <sup>(258)</sup>. Cuando una empresa por sí sola revela información comercial confidencial a sus competidores, ello reduce la incertidumbre estratégica sobre el funcionamiento futuro del mercado para esos competidores y aumenta la probabilidad de limitar la competencia y el comportamiento colusorio, a menos que los competidores se distancien públicamente de la divulgación <sup>(259)</sup>. La divulgación unilateral puede producirse, por ejemplo, a través de mensajes (chat), correos electrónicos, llamadas telefónicas, introducción de datos en una herramienta algorítmica compartida, reuniones, etc. Es irrelevante si solo una empresa divulga unilateralmente información delicada a efectos comerciales o si todas las empresas participantes divulgan dicha información.
397. Cuando una empresa reciba información comercial confidencial de un competidor durante una reunión u otro contacto, se presumirá que dicha empresa tiene en cuenta dicha información y adapta en consecuencia su comportamiento en el mercado, a menos que se distancie públicamente (por ejemplo, respondiendo con una declaración clara de que no desea recibir dicha información <sup>(260)</sup>) o informe de ello a las autoridades administrativas.

*Por ejemplo, la participación en una reunión <sup>(261)</sup> en la que una empresa revela sus planes de precios a sus competidores -sin que éstos se distancien públicamente- es probable que entre en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101, incluso en ausencia de un acuerdo explícito para subir los precios <sup>(262)</sup>. Del mismo modo, la introducción de una regla de fijación de precios en una herramienta algorítmica compartida (por ejemplo, una regla para igualar el precio más bajo de una plataforma o tienda en línea concreta + 5 %, o para igualar el precio de un competidor concreto - 5 %), también es probable que entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, incluso en ausencia de un acuerdo explícito para alinear los precios futuros.*

*Por otra parte, si una empresa envía un mensaje de correo electrónico a las direcciones personales de los empleados de otras empresas, ello no indica por sí mismo que los destinatarios debieran haber tenido conocimiento del contenido de dicho mensaje <sup>(263)</sup>. A la luz de otros indicios objetivos y concordantes, puede justificar la presunción de que los*

<sup>(257)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartados 31-32.

<sup>(258)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR/Comisión, T-25/95 y otros, EU:C:2000:77, apartado 1 849 y sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 51.

<sup>(259)</sup> Véanse las Conclusiones de la Abogado General de 19 de febrero de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:110, apartado 54. Sobre el distanciamiento: véase la sentencia de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, apartados 62-63. Véase el apartado 410.

<sup>(260)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 48, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, EU:C:1999:358, apartado 162; sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 121.

<sup>(261)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 59.

<sup>(262)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, EU:T:2001:185, apartado 54.

<sup>(263)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartados 39-40.

*destinatarios tenían conocimiento del contenido y han tenido en cuenta la información, pero estos deben tener la posibilidad de destruirla <sup>(264)</sup>.*

398. El hecho de que una empresa divulgue información delicada desde el punto de vista comercial a través de un anuncio público (por ejemplo, a través de una publicación en un sitio web accesible al público, una declaración en un acontecimiento público o en un periódico) no excluye por sí mismo que el anuncio pueda constituir una práctica concertada en el sentido del artículo 101, apartado 1. De hecho, la divulgación pública puede, en algunos casos, formar parte de un canal de comunicación entre competidores para señalar futuras intenciones de comportarse en el mercado de una manera específica o para proporcionar un punto de contacto para la coordinación entre competidores, por lo que puede entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Además, el hecho de que las partes en el intercambio hayan publicado previamente el mismo tipo de información (por ejemplo, a través de un periódico o en sus sitios web públicos) no implica que un intercambio posterior no público no restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(265)</sup>.

*Un ejemplo típico de divulgación unilateral en el dominio público es la publicidad por parte de los operadores de estaciones de servicio de sus precios al por menor actuales (o la publicidad de los precios de la alimentación por parte de los minoristas, por ejemplo). A falta de un acuerdo o de una práctica concertada contrarios a la competencia, dicha publicidad beneficia a los consumidores, ya que les ayuda a comparar las estaciones de servicio antes de llenar los depósitos de sus vehículos (o a comparar los minoristas de alimentación antes de decidir dónde comprar), aun cuando la publicidad también permita a las estaciones de servicio rivales conocer los precios que aplican sus competidores cercanos.*

*Otras formas de divulgación unilateral en el dominio público pueden incluir anuncios que puedan ser indicativos de posibles prácticas concertadas anticompetitivas subyacentes.*

*Por ejemplo, en un sector determinado puede ser el conocimiento público de que el coste de los suministros está aumentando. En las reuniones públicas, como las de la asociación comercial correspondiente, los participantes pueden mencionar este fenómeno. Aunque los competidores pueden referirse al aumento del coste de los suministros, ya que son de conocimiento público, no deben evaluar públicamente su respuesta individual a estos crecientes costes, ya que de este modo se reduce la incertidumbre en cuanto a su comportamiento en el mercado <sup>(266)</sup>. El mismo razonamiento se aplica cuando los representantes de las empresas comentan los acontecimientos del mercado a través de anuncios públicos unilaterales y revelan sus estrategias sobre cómo reaccionar ante las cambiantes condiciones del mercado. Las empresas deben determinar de forma independiente la política que pretenden adoptar en el mercado interior. Esto significa que cada competidor tiene que decidir de forma independiente cuál será su respuesta al aumento del coste de los suministros.*

399. También existe una distinción entre, por una parte, los competidores que obtienen información de forma independiente o discuten sobre precios futuros con clientes o terceros y, por otra parte, los competidores que discuten factores de fijación de precios con otros competidores antes de fijar sus propios precios <sup>(267)</sup>.
400. Como se explica en el apartado 425, poner determinada información en el dominio público puede ayudar a los clientes a tomar decisiones de compra informadas. Sin embargo, estas eficiencias son menos probables si la información se refiere a intenciones futuras. La información pública puede ser menos probable que genere eficiencias si se refiere a parámetros que pueden no materializarse y no compromete a la empresa con sus clientes <sup>(268)</sup>.

*Por ejemplo, un anuncio público unilateral que haga referencia a intenciones relativas a la fijación de precios futuros (en lugar de comunicar una decisión real de modificar los precios a partir de una fecha determinada en un futuro próximo) no comprometerá a la empresa que realice el anuncio a sus clientes, sino que podrá dar a sus competidores señales sobre la estrategia prevista de una empresa en el mercado. Este será el caso, en particular, si la información es suficientemente específica. Por lo tanto, tales anuncios no suelen generar beneficios para los consumidores y pueden facilitar la colusión.*

<sup>(264)</sup> En la sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 41, el Tribunal de Justicia mencionó ejemplos de cómo destruir esta presunción: demostrando que los destinatarios no recibieron el mensaje o que no consultaron el apartado correspondiente o que solo lo consultaron después de transcurrido un cierto tiempo a partir de su envío.

<sup>(265)</sup> Véase también el apartado 389.

<sup>(266)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013, Dole Food Company y Dole Germany/Comisión, T-588/08, EU:T:2013:130, apartados 291-295.

<sup>(267)</sup> Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019, HSCB Holding y otros/Comisión, T-105/17, EU:T:2019:675, apartado 144.

<sup>(268)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 7 de julio de 2016, asunto AT.39850, Transporte marítimo de contenedores, considerandos 40-43.

*Los anuncios públicos unilaterales pueden ser indicativos de un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia subyacentes. Por ejemplo, en un mercado en el que sólo hay unos pocos competidores y con grandes barreras de entrada, las empresas que publican continuamente información que no aporta ningún beneficio aparente a los consumidores (por ejemplo, información sobre los costes de I+D, los costes de las adaptaciones a los requisitos medioambientales, etc.) pueden estar restringiendo la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Los anuncios públicos unilaterales pueden utilizarse para aplicar o supervisar sus acuerdos colusorios. La existencia de tal restricción dependerá de todos los hechos del caso concreto.*

#### 6.2.4.2. Intercambio de información indirecto

401. Los intercambios de información comercial confidencial entre competidores pueden tener lugar a través de un tercero, como un tercer proveedor de servicios (incluido un operador de plataforma o un proveedor de herramientas de optimización), un organismo común (por ejemplo, una organización comercial), un proveedor o cliente <sup>(269)</sup>, o un algoritmo compartido (denominados colectivamente «tercero»). Al igual que ocurre con los intercambios directos de información, un intercambio indirecto también puede reducir la incertidumbre sobre las acciones de los competidores y conducir a un resultado colusorio en el mercado. En tales casos, la colusión se facilita o se aplica a través del tercero. En función de los hechos del caso, tanto los competidores participantes como el tercero pueden ser considerados responsables de dicha colusión. La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, no se dirige únicamente a las partes de acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por dichos acuerdos o prácticas <sup>(270)</sup>.
402. En caso de intercambio indirecto de información comercial confidencial, se requiere un análisis caso por caso del papel de cada participante para determinar si el intercambio se refiere a un acuerdo o práctica concertada contrarios a la competencia y quién es responsable de la colusión. Esta evaluación deberá tener en cuenta, en particular, el grado de conocimiento de los proveedores o destinatarios de la información en relación con los intercambios entre otros destinatarios o proveedores de información y el tercero.

*Se pueden distinguir varios escenarios:*

*Algunos intercambios indirectos de información se denominan «acuerdos radiales». Por ejemplo, un fabricante o proveedor común puede actuar como plataforma para transmitir información a varios distribuidores o minoristas, o un distribuidor o minorista puede actuar como centro para transmitir información a varios fabricantes o proveedores. Una plataforma en línea también puede actuar como centro donde facilita, coordina o hace cumplir los intercambios de información entre las empresas usuarias de la plataforma, por ejemplo, para garantizar determinados márgenes o niveles de precios. Las plataformas también pueden utilizarse para imponer medidas técnicas que impidan a los usuarios ofrecer precios más bajos u otras ventajas a los clientes finales.*

*La información también puede intercambiarse indirectamente a través de un algoritmo de optimización compartido que toma decisiones comerciales basadas en datos sensibles desde el punto de vista comercial procedentes de competidores. Si bien el uso de datos públicamente disponibles para alimentar software algorítmico es legal, la agregación de información comercial confidencial en una herramienta de precios ofrecida por una única empresa informática a la que tienen acceso varios competidores podría constituir una colusión horizontal.*

403. Los competidores que intercambian información comercial confidencial indirectamente (a través de un tercero) pueden estar cometiendo una infracción del artículo 101. Este será el caso cuando la empresa que comparte la información comercial confidencial acuerde expresa o tácitamente con el tercero que este pueda compartir dicha información con los competidores de la empresa, o cuando dicha empresa tenga la intención, a través del tercero, de divulgar información comercial confidencial a sus competidores. Este puede ser también el caso cuando la empresa que comparte la información delicada desde el punto de vista comercial hubiera podido prever razonablemente que el tercero compartiría la información con los competidores de la empresa y estuviera dispuesta a aceptar el riesgo que ello entrañaba <sup>(271)</sup>. El competidor que recibe la información comercial confidencial participaría igualmente en la infracción y sería responsable de ella si conocía los

<sup>(269)</sup> El Derecho de la competencia no impide que los clientes revelen de forma independiente la oferta de precios de un proveedor a otro con el fin de obtener mejores condiciones comerciales, como un precio más bajo. Estos casos deben diferenciarse de las situaciones en las que un cliente tiene conocimiento de un acuerdo contrario a la competencia entre proveedores e intercambia información para aplicar dicho acuerdo.

<sup>(270)</sup> Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, Icap y otros/Comisión, T-180/15, EU:T:2017:795, apartado 103; sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartados 27 y 34-35. Véase también la sentencia de 30 de marzo de 2022, Air Canada/Comisión, T-326/17, EU:T:2022:177, apartados 370 a 371, en la que el Tribunal General declaró que la responsabilidad de tales terceros no depende de si desempeñaron o no el papel de intermediario y de moderador remunerado en el acuerdo. Véase también el apartado 454.

<sup>(271)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2016, VM Remonts y otros, C-542/14, EU:C:2016:578, apartado 31.

objetivos contrarios a la competencia perseguidos por la empresa que comparte la información y el tercero, y tenía la intención de contribuir a estos objetivos mediante su propio comportamiento. Por otra parte, la empresa que comparte la información no participará en una infracción cuando dicho tercero obtenga información comercial confidencial de dicha empresa y, sin informar a dicha empresa, la transmita a sus competidores, o cuando la empresa no haya podido prever razonablemente que se transmitiría la información <sup>(272)</sup>.

404. Del mismo modo, un tercero que transmita información comercial confidencial de empresas también puede ser considerado responsable de dicha infracción si intenta contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes en el intercambio y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos contrarios a la competencia o que podía de forma razonable haber previsto esta conducta y que estaba dispuesto a asumir el riesgo <sup>(273)</sup>.

#### 6.2.4.3. Frecuencia del intercambio de información comercial confidencial

405. Los intercambios frecuentes de información que facilitan un mejor entendimiento común del mercado y el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. En los mercados inestables, pueden ser necesarios intercambios de información más frecuentes para facilitar un resultado colusorio que en mercados estables. En los mercados con contratos a largo plazo (que son indicativos de una escasa frecuencia de las negociaciones de compra y venta), por lo general, un intercambio de información menos frecuente normalmente basta para alcanzar un resultado colusorio. Por el contrario, los intercambios poco frecuentes pueden no ser suficientes para lograr un resultado colusorio en mercados con contratos a corto plazo que son indicativos de renegociaciones frecuentes <sup>(274)</sup>. En general, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de información para obtener un resultado colusorio también depende de la naturaleza, la antigüedad y el grado de agregación de dicha información <sup>(275)</sup>. Como consecuencia de la creciente importancia de los datos en tiempo real para la toma de decisiones empresariales, la mayor ventaja competitiva se obtiene mediante el intercambio automatizado de información en tiempo real. Lo que constituye un intercambio frecuente o infrecuente de información depende de las circunstancias y del mercado en cuestión <sup>(276)</sup>.

#### 6.2.4.4. Medidas para reducir el riesgo de infracciones del Derecho de la competencia

406. Se anima a las empresas que deseen (o necesiten) intercambiar información comercialmente sensible a aplicar medidas para restringir el acceso a la información o controlar su utilización <sup>(277)</sup>. Las empresas también deben considerar la posibilidad de limitar el intercambio a lo necesario para el fin previsto.
407. Las empresas pueden, por ejemplo, utilizar *clean teams* o administradores fiduciarios para recibir y procesar información. El término *clean team* se refiere en general a un grupo limitado de personas de una empresa que no intervienen en la actividad comercial cotidiana de la empresa y que están sujetas a rigurosos protocolos de confidencialidad en relación con la información comercial confidencial <sup>(278)</sup>. Un administrador fiduciario es un tercero independiente que presta servicios a la empresa. Un *clean team* o administrador fiduciario puede utilizarse, por ejemplo, en la aplicación de otras formas de acuerdos de cooperación horizontal para garantizar que la información que se intercambió exclusivamente a efectos de dicha cooperación se intercambia exclusivamente en función de la necesidad de conocer y de forma agregada.
408. Los participantes en un acuerdo recíproco de intercambio de datos, como un repositorio de datos, en principio sólo deberían tener acceso a su propia información y a la información final, agregada, de otros participantes. Las medidas técnicas y prácticas pueden garantizar que un participante no pueda obtener información comercial confidencial de otros participantes de forma individual. La gestión de un repositorio de datos puede asignarse a un administrador fiduciario sujeto a estrictas normas de confidencialidad por lo que se refiere a

<sup>(272)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2016, VM Remonts y otros, C-542/14, EU:C:2016:578, apartado 30. Véase también el apartado 406, en el que se explica que se presume que un receptor de información comercial confidencial ha tenido en cuenta la información, a menos que se desvíe por sí mismo aclarando que no desea recibir dicha información o informando del intercambio a las autoridades administrativas.

<sup>(273)</sup> Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, Icap y otros/Comisión, T-180/15, EU:T:2017:795, apartado 100.

<sup>(274)</sup> Por ejemplo, unos contratos poco frecuentes pueden reducir la posibilidad de represalias.

<sup>(275)</sup> En función de la estructura del mercado y del contexto general del intercambio, no puede excluirse la posibilidad de que un intercambio aislado pueda constituir una base suficiente para que las empresas concierten su comportamiento en el mercado; véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 59.

<sup>(276)</sup> Por ejemplo, en algunos mercados, como los mercados en línea o la venta al por menor de gasolina, las decisiones sobre precios se toman varias veces al día. En otros mercados, las empresas revisan sus precios solo algunas veces al año. Un intercambio trimestral de información no puede considerarse frecuente en el primer caso, mientras que en el segundo puede considerarse como tal. En determinados mercados financieros, la negociación tiene lugar con una frecuencia tan elevada que la información publicada con frecuencia diaria puede considerarse no frecuente.

<sup>(277)</sup> Tales medidas ya pueden ser necesarias para cumplir el Reglamento general de protección de datos, cuando el intercambio incluya datos personales.

<sup>(278)</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 24 de abril de 2018 en el asunto M.7993, Altice/PT Portugal, considerando 53.

la información recibida de los participantes en el repositorio de datos. Las empresas que gestionan un repositorio de datos también deben asegurarse de que sólo se recopila la información necesaria para la aplicación del propósito legítimo del grupo de datos.

409. Las empresas pueden adoptar nuevas medidas para reducir el riesgo de que se intercambie información comercial confidencial durante las interacciones con competidores (potenciales). Antes de los contactos previstos, las empresas deben revisar cuidadosamente el orden del día y la finalidad de la reunión o convocatoria para garantizar que los riesgos potenciales relacionados con el intercambio de información comercial confidencial se identifiquen con antelación y que se adopten las medidas adecuadas para evitarlos. Las empresas también pueden decidir asistir a las reuniones o convocatorias acompañadas de un abogado especializado en Derecho de la competencia. Durante los contactos, los participantes deben respetar el orden del día y, si se divulga o intercambia información comercial confidencial, deben formular objeciones, asegurarse de que sus objeciones se registren en el acta de la reunión o de la convocatoria y distanciarse públicamente si el intercambio de información tiene lugar a pesar de sus objeciones (véase el apartado 410). Garantizar que se elaboren y distribuyan actas precisas poco después de cada contacto puede permitir a las empresas determinar rápidamente si la información comercial sensible se intercambió por descuido y plantear inmediatamente objeciones a las actas.
410. Durante los contactos, una empresa puede distanciarse públicamente de cualquier intercambio contrario a la competencia de información comercial confidencial dejando clara su oposición a los demás participantes en el intercambio. Para determinar si una empresa se ha distanciado realmente, lo importante es lo que entienden los demás participantes en el intercambio sobre las intenciones de distanciamiento de la empresa. Por ejemplo, una empresa que desee distanciarse puede declarar inmediata y expresamente que no puede participar en los debates sobre el tema en cuestión y pedir que se modifique inmediatamente el asunto. Si se ignoran la objeción y la solicitud, la empresa debe abandonar inmediatamente la reunión o la convocatoria de una manera que haga patente el motivo de su salida para todos los presentes. Las empresas deben asegurarse de que sus objeciones y su salida se registren en cualquier acta compartida de la reunión o, en caso de no disponerse de dichas actas, hacer constar su partida en sus propias notas del contacto.
411. Las empresas también pueden adoptar medidas para limitar los riesgos de divulgación pública de información comercial confidencial (véase el apartado 398). Antes de divulgar información comercial confidencial, las empresas deben verificar si la información responde realmente al fin legítimo perseguido y si el nivel de detalle de la divulgación es necesario a tal fin. La divulgación pública de información comercial confidencial sobre la conducta prevista en materia de precios y cantidades reduce la incertidumbre estratégica en el mercado y puede dar lugar a un resultado colusorio. La información agregada e histórica suele ser menos estratégica. Toda información estratégica anunciada también debe limitarse a la propia empresa y no extenderse al sector o la industria. En particular, las empresas deben evitar que se anuncien públicamente medidas estratégicas que dependan de la actuación de sus competidores (potenciales). En función del contexto, las empresas que se enfrentan a anuncios públicos de competidores que revelan información comercial confidencial pueden reducir el riesgo de que se cometan infracciones del Derecho de la competencia mediante el distanciamiento público de la divulgación o la notificación de los anuncios a las autoridades públicas.

*Por ejemplo, tres empresas A, B y C compiten en un determinado mercado minorista y se enfrentan a un aumento de los costes. La empresa A no debe hacer declaraciones públicas que sugieran que, mientras B y C repercutan también estos crecientes costes a los consumidores, el sector seguirá siendo rentable. Tampoco debe anunciar que es deseable que B y C repercutan estos costes. Del mismo modo, A no debe anunciar públicamente que no podrá evitar repercutir estos crecientes costes a los consumidores, ya que B y C tienen la intención de hacer lo mismo.*

#### 6.2.5. Características del mercado

412. La probabilidad de que un intercambio de información dé lugar a una colusión o a una exclusión depende de las características del mercado. El propio intercambio de información también puede afectar a esas características del mercado. Las características del mercado pertinentes a este respecto incluyen, entre otras cosas, el nivel de transparencia en un mercado, el número de empresas activas en el mercado (concentración del mercado), la existencia de obstáculos a la entrada, si el producto o servicio afectado por el intercambio es homogéneo, si las empresas implicadas son similares (la complejidad del mercado), así como la estabilidad de las condiciones de oferta y demanda en el mercado <sup>(279)</sup>.

<sup>(279)</sup> Esta lista de características no es exhaustiva; otras características del mercado también pueden ser pertinentes para la evaluación de determinados intercambios de información.

La siguiente lista de características del mercado pertinentes no es exhaustiva, ya que otras características del mercado también pueden ser pertinentes para la evaluación de determinados intercambios de información.

*Transparencia:* Cuanto más transparente sea un mercado, menor será la incertidumbre sobre la que puede haber competencia, lo que hace que los intercambios sean aún más problemáticos <sup>(280)</sup>.

*Concentración del mercado:* Es más fácil llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de coordinación y controlar las desviaciones en mercados en los que solo están presentes unos pocos competidores. Cuando un mercado se encuentra fuertemente concentrado, el intercambio de determinada información puede permitir, dependiendo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus distintos competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola. En cambio, cuando un mercado se encuentra atomizado, el intercambio de información entre competidores puede ser neutro, o incluso positivo, para el carácter competitivo del mercado <sup>(281)</sup>.

*Obstáculos a la entrada:* La existencia de obstáculos a la entrada hace más difícil para las empresas que se encuentran fuera del mercado socavar el resultado colusorio entrando en el mercado y subcotizando a los operadores colusorios históricos en el mercado. Los obstáculos a la entrada hacen así más probable que un resultado colusorio en el mercado sea factible y sostenible.

*Complejidad del mercado:* Cuando las empresas tienen costes, clientes, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc. similares, es más probable que lleguen a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación ya que sus incentivos coinciden más. Del mismo modo, puede ser más fácil alcanzar un resultado colusorio sobre un precio para un único producto homogéneo que sobre numerosos precios en un mercado con muchos productos diferenciados, aunque los avances técnicos, como el uso de herramientas de seguimiento de precios, también pueden facilitar la colusión con respecto a productos diferenciados.

*Estabilidad del mercado:* Los resultados colusorios también son más probables cuando las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado son relativamente estables. La volatilidad de la demanda, el crecimiento interno sustancial de algunas empresas en el mercado o la entrada frecuente de nuevas empresas pueden indicar que el mercado no es lo suficientemente estable como para que la coordinación sea probable <sup>(282)</sup>, o pueden requerir intercambios más frecuentes para afectar a la competencia.

#### 6.2.6. Restricción de la competencia por el objeto

413. Como se expone en la sección 1.2.4, algunos acuerdos revelan por sí mismos, y habida cuenta del contenido de sus disposiciones, de sus objetivos y del contexto económico y jurídico en el que se inscriben, un grado suficiente de perjuicio para la competencia que no hace necesario evaluar sus efectos. En particular, un intercambio de información se considerará una restricción de la competencia por el objeto cuando la información sea información comercial confidencial y el intercambio sea capaz de eliminar la incertidumbre entre los participantes en cuanto al calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que deban adoptar las empresas afectadas en su comportamiento en el mercado <sup>(283)</sup>. Al evaluar si un intercambio constituye una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contenido, a sus objetivos y al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión <sup>(284)</sup>. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes <sup>(285)</sup>.
414. El intercambio de información relativa a la conducta futura de las empresas en materia de precios o cantidades es especialmente susceptible de conducir a un resultado colusorio <sup>(286)</sup>. En función de los objetivos perseguidos por el intercambio y de su contexto jurídico y económico, los intercambios de otros tipos de información también pueden constituir restricciones de la competencia por el objeto. Por lo tanto, es necesario evaluar los intercambios de información caso por caso.

<sup>(280)</sup> Véase también el apartado 389.

<sup>(281)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 58 y la jurisprudencia en ella citada.

<sup>(282)</sup> Véanse la Decisión de la Comisión en los asuntos IV/31.370 y 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, DO L 68 de 13.3.1992, p. 19, considerando 51 y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, Deere/Comisión, T-35/92, EU:T:1994:259, apartado 78.

<sup>(283)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 122; sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 41; sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión, C-883/19, EU:C:2023:11, apartados 115-116; sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, apartado 100.

<sup>(284)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 58; sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development y Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, apartados 15 y siguientes.

<sup>(285)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2018, Philips y Philips France/Comisión, C-98/17 P, EU:C:2018:774, apartado 35.

<sup>(286)</sup> La información relativa a las cantidades futuras previstas podría incluir, por ejemplo, las ventas futuras previstas, las cuotas de mercado y las ventas a territorios concretos o las ventas a grupos de clientes concretos.

*Entre los intercambios que en casos individuales se han considerado restricciones por el objeto, a la luz del contenido de la información compartida, de los objetivos perseguidos y del contexto jurídico y económico, se incluyen los siguientes:*

- a) El intercambio con competidores de los precios actuales y las intenciones de fijación de precios futuros de una empresa <sup>(287)</sup>;
- b) El intercambio con competidores de las capacidades de producción actuales y futuras de una empresa <sup>(288)</sup>;
- c) El intercambio con los competidores de la estrategia comercial actual <sup>(289)</sup> o futura de una empresa <sup>(290)</sup>;
- d) El intercambio con los competidores de las previsiones de una empresa relativas a la demanda actual y futura <sup>(291)</sup>;
- e) El intercambio con los competidores de las previsiones de una empresa sobre los datos de ventas futuras <sup>(292)</sup>;
- f) El intercambio con competidores de características futuras del producto que sean pertinentes para los consumidores <sup>(293)</sup>;

*En todos estos casos, se consideró que la información intercambiada podía eliminar la incertidumbre entre los participantes sobre el calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que debían adoptar las empresas afectadas en su comportamiento en el mercado.*

415. Los ejemplos que figuran en el apartado 414 muestran que no es necesario que exista una conexión directa entre la información intercambiada y los precios al consumo para que el intercambio constituya una restricción por el objeto <sup>(294)</sup>. Además, para establecer si existe una restricción de la competencia por el objeto, el criterio decisivo es la naturaleza de los contactos, no su frecuencia <sup>(295)</sup>.

*Por ejemplo: un grupo de competidores le preocupa que sus productos puedan estar sujetos a requisitos medioambientales cada vez más estrictos. En el contexto de los esfuerzos comunes de presión, se reúnen periódicamente e intercambian puntos de vista. Con el fin de alcanzar una posición común sobre futuras propuestas legislativas, intercambian determinada información sobre las características medioambientales de sus productos existentes. Mientras esta información sea histórica y no permita a las empresas tener conocimiento de las estrategias de mercado previstas de sus competidores, el intercambio no constituye una restricción en el sentido del artículo 101, apartado 1.*

*Sin embargo, si las empresas empiezan a intercambiar información sobre su desarrollo de productos actuales o futuros, o revelan cómo reaccionarían mutuamente a la conducta de la otra, existe el riesgo de que tales intercambios puedan influir en su comportamiento en el mercado. Por ejemplo, este intercambio puede llevar a los competidores a llegar a un entendimiento común de no comercializar productos más respetuosos con el medio ambiente de lo que exige la ley. Dicha coordinación afecta al comportamiento de las partes en el mercado y restringe la competencia en cuanto a las características de los productos y la elección de los consumidores. Por lo tanto, se considerará una restricción de la competencia por el objeto.*

416. Dependiendo del contexto jurídico y económico y de los objetivos que una empresa pretenda alcanzar, una divulgación pública que indique las intenciones futuras de la empresa en relación con parámetros clave de la competencia, por ejemplo, precios o cantidades, también puede considerarse una restricción por el objeto. Del

<sup>(287)</sup> Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, EU:C:2020:307, apartado 96; la sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016, Philips y Philips France/Comisión, T-762/14, EU:T:2016:738, apartado 134-136. No es necesario que la información se refiera directamente a los precios. Los intercambios de información que constituye un elemento decisivo del precio que pagará el consumidor final también pueden constituir una restricción por el objeto. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 37.

<sup>(288)</sup> Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14 RENV, EU:C:2020:307, apartados 85 y 96; sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016, Philips y Philips France/Comisión, T-762/14, EU:T:2016:738, apartado 104.

<sup>(289)</sup> Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14, EU:C:2020:307, apartado 70.

<sup>(290)</sup> Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14, EU:C:2020:307, apartado 98.

<sup>(291)</sup> Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2015, Samsung SDI y otros/Comisión, T-84/13, EU:T:2015:611, apartado 51.

<sup>(292)</sup> Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020, Infineon Technologies/Comisión, T-758/14, EU:C:2020:307, apartado 96.

<sup>(293)</sup> Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2021 en el asunto AT.40178, Emisiones de automóviles, considerandos 84, 107 y 124-126.

<sup>(294)</sup> Véase la sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión (C-883/19 P, EU:C:2023:11), apartados 120 a 121, que aclaran que el artículo 101 tiene por objeto proteger no solo los intereses directos de los competidores individuales o de los consumidores, sino también la estructura del mercado y, por tanto, la competencia como tal.

<sup>(295)</sup> Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019, Campine y Campine Recycling/Comisión, T-240/17, EU:T:2019:778, apartado 308.

mismo modo, una divulgación pública que no beneficie claramente a los clientes, pero que indique a los competidores cómo deben actuar, o las consecuencias de actuar o no actuar de una determinada manera, o cómo reaccionará la empresa a la conducta de los competidores, se considerará una restricción por el objeto.

417. Cuando un intercambio de información constituya un acuerdo o una práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo sea coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros pertinentes de la competencia, podrá considerarse un cartel. Este es el caso, en particular, cuando el intercambio se refiere a la fijación o coordinación de los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, en particular en relación con los derechos de propiedad intelectual, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluida la colusión en las licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones, o las acciones contrarias a la competencia contra otros competidores. Los intercambios de información que constituyen carteles no solo restringen la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Un intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permita a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel.
418. Los acuerdos de intercambio de datos a los que los diferentes competidores aportan datos no suelen constituir una restricción de la competencia por el objeto si se demuestra que tienen verdaderos efectos favorables a la competencia que cumplen los requisitos establecidos en el apartado 419.

*Por ejemplo, un conjunto de datos en el que se intercambien datos comerciales (parcialmente) confidenciales que aborde la asimetría de la información en un mercado no concentrado y que dé lugar a beneficios para los consumidores es poco probable que se considere una restricción por el objeto si los participantes garantizan que cualquier dato comercial confidencial que intercambien a través del conjunto sea necesario y proporcionado para alcanzar el objetivo favorable a la competencia. Los participantes pueden, por ejemplo, basarse en la mayor medida posible en datos agregados e históricos; reducir la frecuencia del intercambio y aplicar medidas para restringir el acceso a la información intercambiada o controlar su utilización. Los participantes deben velar por que el acuerdo se establezca de manera transparente.*

419. Por último, la evaluación de si un intercambio de información constituye una restricción por el objeto debe tener en cuenta cualquier argumento presentado por las partes de que el intercambio es favorable a la competencia. A este respecto, la mera existencia de tales efectos favorables a la competencia no puede, como tal, excluir la calificación del intercambio como restricción por el objeto. Tales efectos favorables a la competencia deben demostrarse, ser pertinentes, estar relacionados específicamente con el intercambio de información de que se trate y ser suficientemente significativos para justificar una duda razonable sobre si el intercambio causa un grado suficiente de perjuicio para la competencia <sup>(296)</sup>. Si se cumplen estas condiciones, se requiere una evaluación completa de los efectos del intercambio de información para determinar si constituye una restricción de la competencia por el efecto (véase la sección 6.2.7).

#### 6.2.7. Restricción de la competencia por el efecto

420. Un intercambio de información comercial confidencial que no revele por sí mismo un grado suficiente de perjuicio para la competencia a la luz de su contenido, de sus objetivos y del contexto económico y jurídico en el que se inscribe puede tener efectos restrictivos de la competencia <sup>(297)</sup>.
421. Como se indica en la sección 1.2.5, estos efectos sobre la competencia deben analizarse caso por caso, ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de diversos factores específicos de cada caso. En esta evaluación, la Comisión comparará los efectos reales o potenciales del intercambio de información sobre el mercado con la situación que prevalecería en ausencia de ese intercambio de información específico <sup>(298)</sup>. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable sobre el funcionamiento del mercado en cuestión, al repercutir en uno (o más) de los parámetros de la competencia en ese mercado, incluidos, por ejemplo, el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.
422. Para evaluar los posibles efectos restrictivos, son pertinentes la naturaleza de la información intercambiada (véase la sección 6.2.3), las características del intercambio (véase la sección 6.2.4) y las características del mercado (véase la sección 6.2.5) <sup>(299)</sup>.

<sup>(296)</sup> Sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión (C-883/19, EU:C:2023:11), apartados 195-205.

<sup>(297)</sup> Las orientaciones que figuran en el resto de la presente sección 6.2.7 se aplican únicamente a los intercambios de información que no restrinjan la competencia por el objeto.

<sup>(298)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartado 76.

<sup>(299)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 54.

423. Para que un intercambio de información tenga probablemente efectos restrictivos de la competencia, las empresas implicadas en el intercambio tienen que cubrir una parte suficientemente amplia del mercado de referencia <sup>(300)</sup>. De lo contrario, los competidores que no participan en el intercambio pueden limitar cualquier comportamiento contrario a la competencia de las empresas implicadas. No se puede definir de forma abstracta qué constituye «una parte suficientemente amplia del mercado» y esto dependerá de los hechos concretos de cada caso, la estructura del mercado y del tipo de intercambio de información en cuestión <sup>(301)</sup>.
424. Es menos probable que tenga efectos restrictivos sobre la competencia un intercambio de información que contribuye poco a la transparencia en un mercado que un intercambio de información que aumente perceptiblemente la transparencia. Por lo tanto, lo que determinará la probabilidad de que el intercambio tenga efectos restrictivos sobre la competencia es la combinación del nivel preexistente de transparencia y del modo en que el intercambio de información modifica este nivel. Es más probable que los intercambios de información en oligopolios restringidos provoquen efectos restrictivos sobre la competencia, mientras que es improbable que los intercambios provoquen tales efectos restrictivos en mercados muy fragmentados.

### 6.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

#### 6.3.1. Mejoras de eficiencia <sup>(302)</sup>

425. Un intercambio de información puede dar lugar a mejoras de eficiencia, dependiendo de la naturaleza de la información intercambiada, de las características del intercambio y de la estructura del mercado. En el contexto de la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3, se tendrá en cuenta cualquier efecto favorable a la competencia derivado de un intercambio de información.

*Entre los ejemplos de eficiencias que pueden tenerse en cuenta cabe citar:*

*Las empresas pueden ser más eficientes comparando su rendimiento con las mejores prácticas del sector.*

*Un intercambio de información también puede contribuir a un mercado resistente al permitir a las empresas responder más rápidamente a los cambios en la oferta y la demanda y permitirles mitigar los riesgos internos y externos de interrupciones o vulnerabilidades de la cadena de suministro.*

*Un intercambio de información puede beneficiar tanto a los consumidores como a las empresas al permitirles comparar el precio o la calidad de los productos, por ejemplo mediante la publicación de listas de los más vendidos o datos comparativos de precios. De este modo, puede ayudar a los consumidores y a las empresas a elegir con mayor información (y reducir sus costes de búsqueda).*

*Un intercambio de información en forma de intercambio de datos puede ser esencial para el desarrollo de nuevos productos, servicios y tecnologías.*

*La puesta en común de datos sobre los productores que suministran productos sostenibles o los productores que utilizan procesos de producción sostenibles puede ayudar a las empresas a cumplir sus obligaciones de sostenibilidad en virtud del Derecho nacional o de la Unión.*

*El intercambio de información sobre los consumidores entre empresas que prestan servicios de seguros a los consumidores puede mejorar el conocimiento de los riesgos y facilitar la clasificación de riesgos por parte de empresas individuales. Esto, a su vez, puede beneficiar a los consumidores al permitirles acceder a servicios de seguros que no habrían estado disponibles sin un perfil de riesgo completo.*

*El intercambio de datos entre los mercados de comercio electrónico sobre los vendedores en línea que llevan a cabo prácticas ilegales, como la venta de productos falsificados, puede facilitar la identificación de productos falsificados por mercados individuales, protegiendo así a los consumidores de la compra de tales productos.*

*El intercambio de información también puede reducir la cautividad de clientes, induciendo así una mayor competencia. Esto se debe a que la información suele ser específica de una relación y, de lo contrario, los consumidores perderían el beneficio de la información creada en su relación con un proveedor al cambiar a otro.*

<sup>(300)</sup> En algunos casos, un intercambio de información solo puede generar beneficios si se cubre una cuota de mercado suficientemente grande. Este puede ser el caso, por ejemplo, en la recopilación de información en el sector de los servicios financieros, en el que el uso de registros de crédito no vinculantes y recopilaciones conjuntas puede mejorar el conocimiento de los riesgos y facilitar la calificación de riesgos para las empresas individuales.

<sup>(301)</sup> En su Decisión de 30 de junio de 2022 en el asunto AT.40511, Insurance Ireland, la Comisión constató que un mercado de valore abarcaba una parte significativa del mercado de referencia. En ese caso, los participantes en el intercambio representaban el 98 % del mercado de referencia.

<sup>(302)</sup> La siguiente exposición de las mejoras potenciales de la eficiencia resultantes del intercambio no es exhaustiva.

### 6.3.2. *Carácter indispensable*

426. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un intercambio de información no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Para cumplir el requisito de carácter indispensable, las partes deben poder demostrar que la naturaleza de la información intercambiada y las características del intercambio son los medios menos restrictivos para generar las supuestas mejoras de eficiencia. En particular, el intercambio no debería incluir información que trascienda las variables pertinentes para alcanzar las mejoras de eficiencia.

*Por ejemplo, a efectos de comparación de prácticas, un intercambio de datos individualizados no sería por lo general imprescindible porque la información agregada (por ejemplo, a través de cierto tipo de clasificación sectorial) también podría generar las mejoras de eficiencia alegadas al tiempo que entrañaría un riesgo menor de llevar a un resultado colusorio.*

### 6.3.3. *Beneficio para los consumidores*

427. Las mejoras de eficiencia obtenidas por las restricciones indispensables deben transmitirse a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un intercambio de información. Cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

### 6.3.4. *No eliminación de la competencia*

428. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no pueden cumplirse si las empresas implicadas en el intercambio de información tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

## 6.4. **Ejemplos, pasos de autoevaluación y cuadro orientativo sobre la responsabilidad en diferentes contextos**

429. Evaluaciones comparativas

### **Ejemplo 1**

**Situación:** Tres empresas con una cuota de mercado combinada del 80 % en un mercado estable, no complejo <sup>(303)</sup>, concentrado y con importantes obstáculos a la entrada intercambian directamente entre sí y de forma frecuente información no pública sobre una proporción sustancial de sus costes variables individuales. Las empresas afirman que lo hacen para comparar sus resultados con los de sus competidores con el fin de ser más eficaces.

**Análisis:** La información sobre los costes puede ser confidencial desde el punto de vista comercial y, a través de los intercambios, las partes pueden eliminar o reducir la incertidumbre entre ellas en cuanto al calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que vayan a adoptarse en su comportamiento en el mercado. En función de la apreciación de su contenido, de sus objetivos y del contexto jurídico y económico, este intercambio puede constituir, por tanto, una infracción por el objeto. Por lo que se refiere a la alegación de las partes de que el intercambio de información tiene una finalidad favorable a la competencia, dichos efectos favorables a la competencia deben ser demostrados, pertinentes, estar específicamente relacionados con el intercambio de información en cuestión y ser lo suficientemente significativos para justificar una duda razonable sobre si el intercambio causa un grado suficiente de perjuicio a la competencia.

Si la información intercambiada no revela por sí sola un grado suficiente de perjuicio para la competencia porque no elimina la incertidumbre sobre el comportamiento individual de los participantes en el mercado, es necesario evaluar sus efectos en el mercado. Debido a la estructura del mercado, a la gran cuota de mercado de los participantes en el intercambio de información, al hecho de que la información intercambiada se refiere a una gran proporción de los costes variables de las empresas, en particular, si los datos se intercambian de forma individualizada, es probable que el intercambio de información facilite un resultado colusorio. Por lo tanto, puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. No es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, ya que existen medios menos restrictivos para lograr los aumentos de eficiencia alegados, por ejemplo, recurriendo a un tercero para recopilar, anonimizar y agregar los datos en algún tipo de clasificación sectorial. Finalmente, en este caso, dado que las partes forman un oligopolio muy restringido, no complejo y estable, incluso el intercambio de datos agregados puede facilitar un resultado colusorio en el mercado.

<sup>(303)</sup> Véase el apartado 412.

## 430. Acuerdo de intercambio de datos para hacer frente a la escasez de suministro

**Ejemplo 2**

*Situación:* Varios productores de productos médicos esenciales operan en un mercado frecuentemente afectado por la escasez de suministros. Con el fin de mejorar la oferta y aumentar la producción de la manera más eficaz y oportuna, la asociación industrial propone recopilar y modelizar datos sobre la demanda y la oferta de los productos esenciales afectados. Además, la asociación recopilaría datos para determinar la capacidad de producción, las existencias actuales y el potencial para optimizar la cadena de suministro. La asociación compartiría los resultados de la recopilación y modelización de datos con sus miembros a través de canales no públicos.

*Análisis:* El acuerdo de intercambio de datos tiene una finalidad favorable a la competencia y, en función de una evaluación del contexto jurídico y económico, en principio no constituye una restricción de la competencia por el objeto. Por lo tanto, hay que evaluar sus efectos en el mercado. Dado que los datos recopilados son confidenciales desde el punto de vista comercial, el intercambio puede tener el efecto de restringir la competencia entre los productores participantes. Además, los productores que no son miembros de la asociación industrial pueden encontrarse en una situación de desventaja competitiva con respecto a las empresas que participan en el sistema de intercambio. Con el fin de evitar el riesgo de colusión, podrían adoptarse varias medidas. Por ejemplo, se podría designar a una empresa consultora para que ayudara a la asociación a recopilar los datos y agregarlos en un modelo, sujeto a acuerdos de confidencialidad celebrados con cada productor. Los datos agregados se podrían devolver a los productores con el fin de reequilibrar y adaptar su utilización, la producción y el suministro de capacidad individual.

Si fuera absolutamente necesario que los productores intercambiaran información comercial confidencial adicional (más allá de los datos que recopilarían y compartirían de forma agregada la asociación industrial y la consultoría), (por ejemplo, para identificar conjuntamente dónde es mejor cambiar la producción o aumentar la capacidad), dichos intercambios adicionales tendrían que limitarse estrictamente a lo indispensable para alcanzar eficazmente los objetivos. Cualquier información e intercambio en relación con el proyecto tendrían que estar bien documentados para garantizar la transparencia de las interacciones. Los participantes tendrían que comprometerse a evitar cualquier debate sobre los precios o cualquier coordinación sobre otros parámetros que no fueran estrictamente necesarias para alcanzar los objetivos beneficiosos para la competencia declarados. El proyecto también debería estar limitado en el tiempo, de modo que los intercambios cesen inmediatamente una vez que el riesgo de escasez de suministros deje de ser una amenaza lo suficientemente urgente como para justificar la cooperación. La empresa de consultoría sería la única que recibiría los datos comerciales confidenciales y estaría encargada de agregarlos. Las preocupaciones sobre la exclusión podrían paliarse si el acuerdo de intercambio de datos se hiciera accesible a todos los fabricantes que produzcan el producto en cuestión, independientemente de si son miembros de la asociación industrial correspondiente.

## 431. Uso de anuncios públicos

**Ejemplo 3**

*Situación:* Cuatro proveedores con una cuota de mercado combinada del 70 % anuncian con frecuencia al público los precios futuros publicándolos en sus sitios web y emitiendo declaraciones de prensa al respecto. Por lo general, existe un intervalo de varios meses entre la fecha del anuncio de precio y la fecha en que los precios anunciados están disponibles para que los clientes realicen pedidos. Los proveedores suelen revisar los precios anunciados durante ese intervalo. Los directivos de los proveedores hacen regularmente comentarios públicos sobre los anuncios de precios de sus competidores, explicando cómo deben revisar sus precios. Los proveedores afirman que lo hacen para informar a los inversores sobre los resultados futuros de su empresa.

*Análisis:* La información relativa a la conducta futura de una empresa en materia de precios o cantidades es particularmente susceptible de conducir a un resultado colusorio. La información anunciada en público es delicada desde el punto de vista comercial y, junto con las observaciones de los directivos, el intercambio puede eliminar la incertidumbre entre los participantes en cuanto a las futuras intenciones de fijación de precios. Es poco probable que este tipo de comunicación pública beneficie a los clientes, por ejemplo, al permitirles tomar decisiones de compra informadas, ya que los precios anunciados a menudo cambian antes de su fecha de entrada en vigor. Por lo tanto, los anuncios de precios no parecen ser un intento legítimo de informar a los clientes. Además, los comentarios públicos de los directivos sobre los precios de los proveedores rivales pueden permitir a los proveedores participantes desarrollar una comprensión mutua de un régimen de castigo remunerado que es característico de los acuerdos colusorios. En función de los demás elementos del contexto económico y jurídico, el intercambio parece capaz de eliminar la incertidumbre

entre los participantes en cuanto al calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que deberán adoptar las empresas afectadas en su comportamiento en el mercado. Por lo tanto, es probable que el intercambio se considere una restricción por el objeto.

#### 432. Anuncios públicos unilaterales

##### **Ejemplo 4**

*Situación:* La consejera delegada de un productor importante de un producto homogéneo hace referencia pública, en una presentación de resultados, a la necesidad de responder a los recientes aumentos de los precios de las materias primas y de abordar los actuales márgenes de beneficio excesivamente bajos mediante un aumento de precios en toda la industria. Menciona que irá acompañado de cualquier incremento de precios que anuncien los competidores en el mercado. También expresa su convicción de que la industria está «suficientemente disciplinada» para saber lo que se necesita ahora para «volver a obtener los márgenes». Al fin y al cabo, afirma que el sector aplicó con éxito las subidas de precios hace diez años, cuando se encontraba en una situación similar.

*Análisis:* Las declaraciones de la consejera delegada en la presentación de resultados pueden interpretarse como una invitación unilateral a la colusión. El hecho de que el anuncio se haga público no excluye, como tal, que pueda constituir una práctica concertada en el sentido del artículo 101, apartado 1. Las declaraciones pueden constituir un posible punto de referencia para la coordinación entre competidores. Si, por ejemplo, otros competidores hacen declaraciones contemporáneas o se comportan en el mercado de forma que demuestran que han tenido en cuenta la invitación a la colusión a la hora de determinar su propia línea de actuación futura en el mercado, y, en función del contexto jurídico y económico, el comportamiento puede constituir una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Otros competidores pueden limitar este riesgo al distanciarse públicamente de los anuncios o notificarlos a las autoridades públicas.

#### 433. Intercambio de datos para luchar contra la falsificación

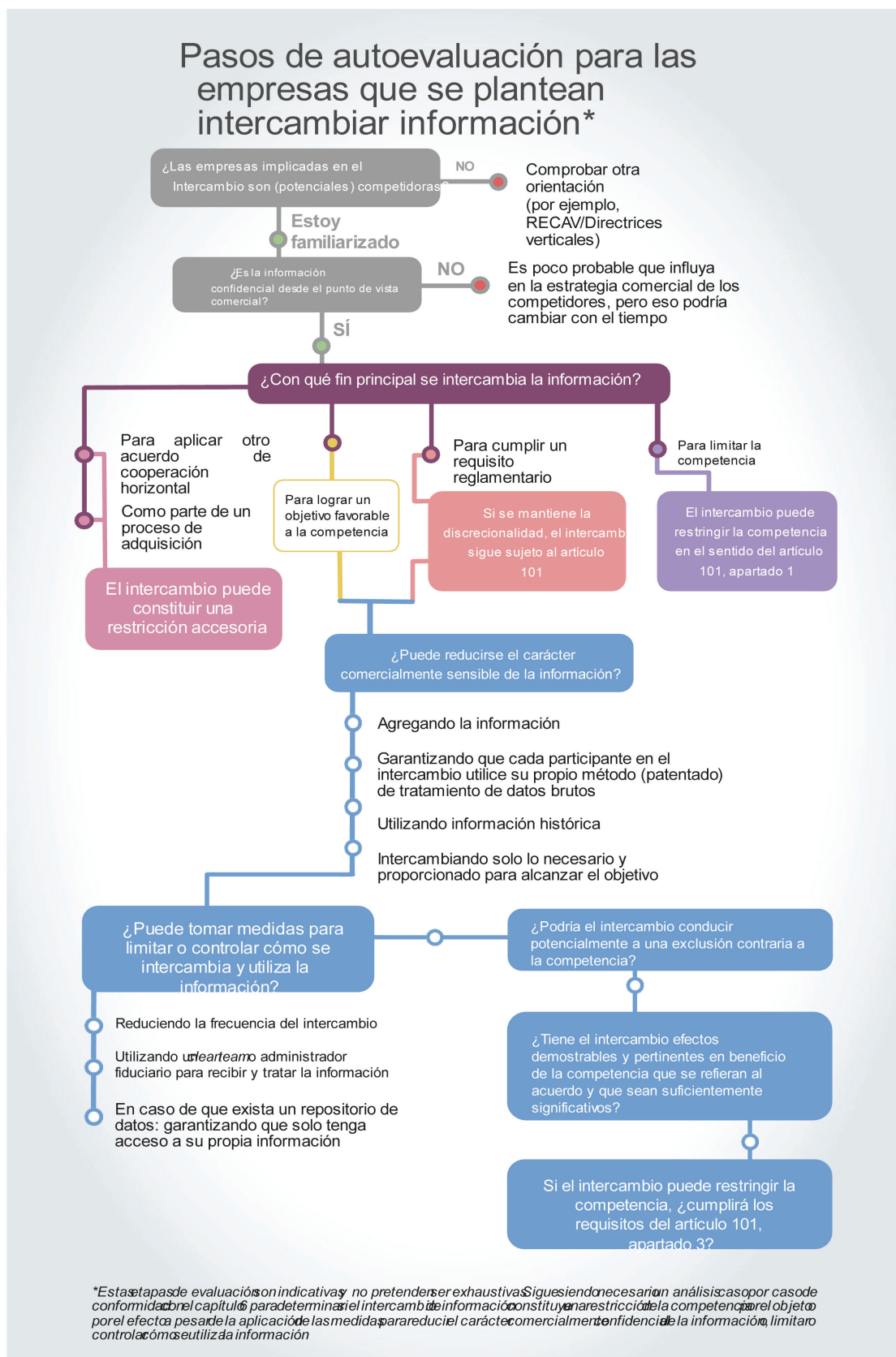
##### **Ejemplo 5**

*Situación:* La propietaria de una marca identifica cuentas que tienen un nombre similar al de su marca en varias plataformas de redes sociales. Cuando la propietaria de la marca comprueba las cuentas respectivas, establece que los productos falsificados se venden bajo su marca tanto en las plataformas de redes sociales como a través de un enlace de reorientación a un sitio web de venta de productos falsificados. A continuación, los representantes legales de la propietaria de la marca se ponen en contacto con una de las plataformas de redes sociales para i) eliminar la cuenta y bloquear al usuario para que no cree nuevas cuentas en el futuro, y ii) proporcionar a la plataforma información para identificar al falsificador con el fin de emprender acciones legales, como nombre, dirección, dirección IP, correo electrónico, etc. La propietaria de la marca pide a las plataformas de redes sociales que compartan esta información con otros intermediarios y plataformas para evitar la compra de plataformas con el fin de promover o vender bienes producidos ilegalmente que infrinjan los derechos de propiedad intelectual.

*Análisis:* El intercambio de información entre plataformas de redes sociales tiene por objeto impedir la venta de productos falsificados y, habida cuenta de este objetivo, no constituye una restricción de la competencia por el objeto. Además, por lo que se refiere al contenido del intercambio, es poco probable que la información intercambiada constituya información delicada desde el punto de vista comercial. Todo intercambio de información comercial confidencial tendría que limitarse a lo que sea objetivamente necesario para identificar eficazmente al falsificador. Para garantizar la transparencia, los intercambios deben documentarse.

Otros operadores del mercado que no se hayan visto directamente afectados por la actividad de falsificación no se encontrarían en una situación de desventaja competitiva como consecuencia del intercambio de información, ya que la prevención de las ventas falsificadas no les afecta. Sin embargo, para evitar el riesgo de colusión, podrían adoptarse varias medidas, como la celebración de acuerdos de confidencialidad entre las partes.

## 434. Pasos de autoevaluación



435. Responsabilidad por el intercambio de información comercialmente sensible en diferentes contextos <sup>(304)</sup>.

| Formato del intercambio                         | Responsabilidad de A                                                                                                                                                         | Responsabilidad de B                                                                                                                                                                                                                                                                      | Responsabilidad de C                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Intercambio directo entre A y B                 | Sí                                                                                                                                                                           | Sí                                                                                                                                                                                                                                                                                        | —                                                                                                                                                 |
| Intercambio directo de A a B                    | Sí <sup>(1)</sup>                                                                                                                                                            | Si B permanece activa en el mercado, las autoridades pueden basarse en la presunción de que B tiene en cuenta la información, a menos que B se distancie públicamente o informe de ello a las autoridades                                                                                 | —                                                                                                                                                 |
| Divulgación pública por parte de A; B la recibe | Sí, si la divulgación se refiere a una práctica concertada                                                                                                                   | Posiblemente una práctica concertada si las autoridades pueden demostrar que B solicitó la información o la aceptó.<br>Las autoridades pueden basarse en la presunción de que B la tiene en cuenta, a menos que B se distancie públicamente o informe de la divulgación a las autoridades | —                                                                                                                                                 |
| Intercambio indirecto de A a B a través de C    | Una persona responsable si consintió expresa o tácitamente con C comunicar la información a B, o tenía conocimiento de la divulgación y estaba dispuesta a aceptar el riesgo | B es responsable si solicitó o aceptó la información y actuó en consecuencia. Las autoridades pueden basarse en la presunción de que B la tiene en cuenta, a menos que B se distancie públicamente o informe de la divulgación a las autoridades                                          | C es responsable como facilitador si conocía los objetivos contrarios a la competencia de A y tenía la intención de contribuir a dichos objetivos |

<sup>(1)</sup> Si B se distanciara públicamente del intercambio o lo comunicara a las autoridades, la responsabilidad de A dependería de si puede demostrarse la existencia de una práctica concertada.

## 7. ACUERDOS DE ESTANDARIZACIÓN

### 7.1. Introducción

436. El objetivo primordial de los acuerdos de estandarización es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos, los procesos de fabricación, los procesos de diligencia debida de la cadena de valor, los servicios o los métodos actuales y futuros <sup>(305)</sup>. Los acuerdos de estandarización pueden abarcar distintos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados de productos o servicios en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas. También pueden considerarse como estándares las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador, así como los acuerdos que establecen estándares de sostenibilidad. Aunque las normas de sostenibilidad presentan similitudes con los acuerdos de estandarización contemplados en el presente capítulo, también presentan ciertas características especiales. Por lo tanto, en el capítulo 9 se ofrecen orientaciones sobre los estándares de sostenibilidad.

<sup>(304)</sup> Este cuadro ofrece un resumen de las consideraciones pertinentes a la hora de evaluar la responsabilidad por los intercambios de información comercialmente sensible en varios contextos. El cuadro es indicativo y no exhaustivo.

<sup>(305)</sup> La estandarización puede darse de distintas formas que van desde la adopción de estándares consensuados por los organismos de normalización internacionales, europeos o nacionales reconocidos, hasta los acuerdos entre empresas independientes, pasando por las especificaciones técnicas consensuadas por los consorcios y foros.

437. La preparación y elaboración de estándares técnicos que forman parte del ejercicio del poder público no están cubiertas por las presentes Directrices <sup>(306)</sup>. Las organizaciones europeas de normalización reconocidas en virtud del Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>(307)</sup> están sujetas al Derecho de la competencia en la medida en que se pueda considerar que son una empresa o una asociación de empresas en el sentido de los artículos 101 y 102 <sup>(308)</sup>. Los estándares relativos a la prestación de servicios profesionales, como las normas de admisión a una profesión liberal, no están cubiertas por las presentes Directrices.

## 7.2. Mercados de referencia

438. Los acuerdos de estandarización pueden surtir efectos en cuatro mercados posibles, que se definirán con arreglo a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado. En primer lugar, el desarrollo de estándares puede repercutir en los mercados de productos o servicios a los que se refiere el estándar. En segundo lugar, cuando el desarrollo de estándares implica el desarrollo o la selección de una tecnología o cuando los derechos de propiedad intelectual se comercializan por separado de los productos a los que corresponden, el estándar puede producir efectos en el mercado tecnológico de referencia <sup>(309)</sup>. En tercer lugar, el mercado del desarrollo de estándares puede verse afectado, si existen varios organismos o acuerdos de desarrollo de estándares. En cuarto lugar, el desarrollo de estándares puede afectar al mercado separado de los ensayos y la certificación.

## 7.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

### 7.3.1. Principales problemas de competencia

439. Los acuerdos de estandarización suelen producir efectos económicos positivos importantes <sup>(310)</sup>, por ejemplo, fomentando la interpenetración económica en el mercado interior y el desarrollo de mercados/productos nuevos y mejorados, así como de mejores condiciones de suministro. De este modo, los estándares aumentan por lo general la competencia y reducen los costes de producción y de venta, beneficiando a la economía en su conjunto. Los estándares pueden mantener y aumentar la seguridad y la calidad de los productos, proporcionar información y asegurar la interoperabilidad y compatibilidad (incrementando así el valor para los consumidores).
440. En el contexto de las normas relativas a los derechos de propiedad intelectual («DPI») <sup>(311)</sup>, es posible distinguir tres grupos principales de empresas, con intereses diferentes en el proceso de elaboración de normas.
- a) Primero, las empresas activas únicamente en sentido ascendente que solo desarrollan y comercializan tecnologías. Esto incluye también a las empresas que adquieren tecnología con el fin de conceder licencias sobre ella. Su única fuente de financiación son los ingresos procedentes de las licencias y su interés consiste en rentabilizar al máximo sus derechos.
  - b) En segundo lugar, las empresas activas únicamente en sentido descendente que solo fabrican productos o prestan servicios basados en tecnologías desarrolladas por terceros y no detentan ningún DPI importante. Los derechos representan un coste para ellas, no una fuente de ingresos, y lo que les interesa es reducirlos.
  - c) Por último, existen empresas integradas que, de forma simultánea, desarrollan tecnología protegida por DPI y fabrican productos para los que necesitan una licencia. Estas empresas tienen una mezcla de intereses. Por una parte, pueden obtener ingresos de las licencias de sus DPI. Por otro lado, es posible que tengan que pagar cánones a otras empresas titulares de DPI que sean esenciales para la norma que se aplica a sus propios productos. Por consiguiente, pueden conceder licencias cruzadas de sus propios DPI esenciales a cambio de los DPI esenciales de otras empresas o utilizar sus DPI de forma defensiva. Además, las empresas también pueden monetizar sus DPI mediante métodos distintos de los derechos. En la práctica, muchas empresas utilizan una combinación de estos modelos.

<sup>(306)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2009, *Selex Sistemi Integrati/Comisión*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, apartado 92.

<sup>(307)</sup> Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión n.º 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 316 de 14.11.2012, p. 12).

<sup>(308)</sup> Véase la sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2010, *EMC Development/Comisión*, T-432/05, EU:T:2010:189.

<sup>(309)</sup> Véase el capítulo 2 sobre los acuerdos de I+D, así como las Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología, DO C 89 de 28.3.2014, p. 3, apartados 20 a 26 («Directrices sobre transferencia de tecnología»), que abordan los aspectos de la definición del mercado que son de especial importancia en el ámbito de las licencias de derechos de tecnología. Para un ejemplo de definición de mercado de conformidad con dichas Directrices, véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39985, *Motorola – Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS*, considerando 184 a 220.

<sup>(310)</sup> Véase también el apartado 475.

<sup>(311)</sup> En este capítulo, los DPI se refieren en particular a las patentes (excluidas las solicitudes de patentes no publicadas). Sin embargo, cuando otros tipos de DPI otorguen al titular del DPI un control efectivo sobre el uso de la norma, deberán aplicarse los mismos principios.

441. Los participantes en la estandarización no son necesariamente competidores. Sin embargo, en ciertas circunstancias en las que están implicados los competidores, el desarrollo de estándares también puede producir efectos restrictivos de la competencia al restringir potencialmente la competencia de precios y limitar o controlar la producción, los mercados, la innovación o el desarrollo técnico. Como se explica más adelante, esto puede ocurrir por tres vías principales, a saber, a) la restricción de la competencia de precios, b) la exclusión de tecnologías innovadoras y c) la eliminación o discriminación de ciertas empresas impidiéndoles un acceso efectivo al estándar.
442. En primer lugar, si las empresas participan en intercambios de información contrarios a la competencia en el marco del desarrollo de estándares, se puede reducir o eliminar la competencia de precios en los mercados correspondientes o limitar o controlar la producción, lo que facilita un resultado colusorio en el mercado <sup>(312)</sup>.
443. En segundo lugar, los estándares que fijan especificaciones técnicas detalladas para un producto o un servicio pueden limitar el desarrollo técnico y la innovación. Mientras se está desarrollando un estándar, las tecnologías alternativas pueden competir por su inclusión en él. Una vez que se ha elegido una tecnología para incluirla en la norma y ésta se ha establecido, algunas tecnologías y empresas pueden enfrentarse a una barrera de entrada y quedar potencialmente excluidas del mercado. Además, las normas que exigen el uso exclusivo de una tecnología concreta pueden tener el efecto de obstaculizar el desarrollo y la difusión de otras tecnologías. Impedir desarrollar otras tecnologías al obligar a los miembros del organismo de desarrollo de estándares a usar exclusivamente un determinado estándar puede dar lugar al mismo efecto. El riesgo de limitar la innovación se ve incrementado si una o más empresas quedan excluidas de forma injustificada del proceso de desarrollo del estándar.
444. En tercer lugar, la estandarización puede llevar a resultados contrarios a la competencia si impide que ciertas empresas obtengan acceso efectivo a los resultados del proceso de desarrollo del estándar (es decir, la especificación o el DPI esencial para aplicar el estándar). Si se impide por completo que una empresa obtenga acceso al resultado del estándar o si solo se le concede el acceso en condiciones prohibitivas o discriminatorias, hay un riesgo de efecto contrario a la competencia. Un sistema en el que el DPI potencialmente pertinente se divulga de antemano puede aumentar la probabilidad de que se conceda acceso efectivo al estándar <sup>(313)</sup> puesto que permite a los participantes identificar las tecnologías cubiertas por el DPI y las que no lo están. Las normas sobre propiedad intelectual y sobre competencia comparten los mismos objetivos <sup>(314)</sup> de fomentar el bienestar de los consumidores y la innovación, así como una asignación eficiente de los recursos. Los DPI fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Así pues, los DPI suelen ser beneficiosos para la competencia. Sin embargo, gracias a su DPI, una empresa que posea un DPI esencial para aplicar el estándar puede, en el marco específico del desarrollo del estándar, adquirir también el control del uso de un estándar. Si el estándar constituye un obstáculo a la entrada, la empresa puede controlar de este modo el mercado del producto o servicio al que se refiere el estándar. A su vez, esto puede permitir que las empresas incurran en comportamientos contrarios a la competencia, por ejemplo, negándose a conceder una licencia del DPI necesario u obteniendo ingresos excesivos mediante unos derechos discriminatorios o excesivos <sup>(315)</sup>, lo que impide un acceso efectivo al estándar («hold-up»). También puede darse la situación inversa si las negociaciones de concesión de licencias se llevan a cabo por razones imputables únicamente al usuario del estándar. Esto podría incluir, por ejemplo, la negativa a pagar un canon en condiciones justas, razonables y no discriminatorias («FRAND», por sus siglas en inglés), o el uso de estrategias dilatorias («hold-out») <sup>(316)</sup>.

<sup>(312)</sup> En función de los participantes en el proceso de desarrollo del estándar, pueden producirse restricciones en el mercado de la oferta o de la demanda del producto estandarizado.

<sup>(313)</sup> Si también va acompañado de un compromiso FRAND. Véanse los puntos 451 y 457.

<sup>(314)</sup> Véanse las Directrices sobre transferencia de tecnología, apartado 7.

<sup>(315)</sup> Unos derechos elevados solo se pueden considerar excesivos si se cumplen las condiciones para la existencia de un abuso de posición dominante establecidas en el artículo 102 del Tratado y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, asunto 27/76, EU:C:1978:22.

<sup>(316)</sup> Si bien las preocupaciones relativas a un acceso efectivo al estándar («hold-up») y de estrategias dilatorias («hold-out») son, por lo general, de carácter unilateral, las primeras suelen derivarse del propio acuerdo de estandarización, mientras que las segundas son inherentes a la naturaleza inmaterial de los DPI. En otras palabras, durante el proceso de estandarización, los miembros del desarrollo de estándares acuerdan una solución tecnológica concreta entre las tecnologías (potencialmente) competidoras, que pueden crear un poder de mercado que el titular de un DPI esencial estándar puede explotar para «bloquear» a los encargados de aplicar los estándares. En cambio, el hecho de que un ejecutor no desee obtener una licencia no es el resultado de la estandarización, sino que se deriva del hecho de que los titulares de DPI solo pueden, en última instancia, impedir el uso sin licencia mediante una acción judicial. Los requisitos impuestos por el Tribunal de Justicia en el asunto *Huawei/ZTE* a los encargados de aplicar los DPI esenciales para un estándar para evitar ser objeto de un mandamiento judicial nacional deberían, por lo general, ofrecer una protección suficiente contra las tácticas de bloqueo dentro de la Unión Europea; véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, en concreto, los apartados 65 a 67.

445. Sin embargo, aun cuando el establecimiento de un estándar pueda crear o aumentar el poder de mercado de los titulares de DPI que posean un DPI esencial para el estándar, no hay ninguna presunción de que la titularidad o el ejercicio del DPI esencial para un estándar equivalgan a la posesión o el ejercicio del poder de mercado. La cuestión del poder de mercado solo puede evaluarse caso por caso <sup>(317)</sup>.

#### 7.3.2. Restricciones de la competencia por el objeto

446. Los acuerdos en los que se hace uso de un estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, restringen la competencia por el objeto. Por ejemplo, un acuerdo por el que una asociación nacional de fabricantes establece un estándar y ejerce presión sobre terceros para que no comercialicen productos que no se atengan al mismo, o la colusión entre los fabricantes del producto en cuestión para excluir una tecnología nueva de un estándar ya existente <sup>(318)</sup> formarán parte de esta categoría.

447. Cualquier acuerdo para reducir la competencia empleando la divulgación de condiciones más restrictivas de concesión de licencias antes de la adopción de un estándar como forma encubierta de fijar conjuntamente los precios ya sea de productos en sentido descendente o de DPI/tecnologías sustitutivas, constituirá una restricción de la competencia por el objeto <sup>(319)</sup>.

#### 7.3.3. Efectos restrictivos de la competencia

##### 7.3.3.1. Acuerdos que generalmente no restringen la competencia

448. Los acuerdos de estandarización que no restrinjan la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico, en particular teniendo en cuenta la naturaleza de los productos, servicios o tecnologías afectados, las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado o mercados de que se trate, en lo que respecta a sus efectos reales y probables sobre la competencia. Si no hay poder de mercado <sup>(320)</sup>, un acuerdo de estandarización no puede producir efectos restrictivos de la competencia. Por consiguiente, es muy improbable que se produzcan efectos restrictivos cuando exista competencia efectiva entre varios estándares voluntarios.

449. Para los acuerdos de desarrollo de estándares que puedan crear poder de mercado, los apartados 451 a 457 establecen las condiciones en virtud de las cuales dichos acuerdos no entrarán por lo general en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

450. El incumplimiento de alguno o de todos los principios establecidos en este punto no implicará una presunción de restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, habrá que realizar una autoevaluación para determinar si el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y de ser así, si se cumplen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. En este contexto, se admite que existen distintos modelos de desarrollo de estándares y que la competencia dentro de estos modelos y entre ellos es un aspecto positivo de una economía de mercado. Por lo tanto, los organismos de desarrollo de estándares siguen teniendo plena libertad para establecer normas y procedimientos que no infrinjan las normas de competencia y que sean diferentes de los descritos en los apartados 451 a 457.

451. Cuando la participación en el desarrollo de estándares no esté restringida y el procedimiento de adopción del estándar sea transparente, los acuerdos de estandarización que no contienen ninguna obligación de cumplir <sup>(321)</sup> el estándar y proporcionan un acceso efectivo al estándar en FRAND, por lo general no restringirán la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

452. Concretamente, para garantizar que la participación no esté restringida, las normas del organismo de desarrollo de estándares deben prever que todos los competidores en el mercado o mercados afectados por el estándar puedan participar en el procedimiento que da lugar a la selección del estándar <sup>(322)</sup>. Los organismos de desarrollo de estándares también deberían proporcionar unos procedimientos objetivos y no discriminatorios de asignación de derechos de voto, así como, cuando proceda, unos criterios objetivos de selección de la tecnología que se incluirá en el estándar.

<sup>(317)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39985, Motorola – Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS, considerandos 221 a 270.

<sup>(318)</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto IV/35.691, Tubos preaislados, considerando 147, en el que una parte de la infracción del artículo 101 consistía en «hacer uso de las normas y reglamentaciones técnicas a fin de evitar o retrasar la introducción de nuevas tecnologías que podrían llevar aparejada una reducción de los precios».

<sup>(319)</sup> Este apartado no debe impedir la divulgación *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias para patentes esenciales sobre estándares por parte de los titulares de DPI individuales o de un derecho máximo acumulado por parte de todos los titulares de DPI, tal como se describe en el apartado 474. Tampoco prohíbe los consorcios de patentes creados de conformidad con los principios establecidos en el punto IV.4 de las Directrices sobre transferencia de tecnología ni la decisión de conceder una licencia de un DPI esencial para un estándar en condiciones exentas de derechos, según se establece en el presente capítulo.

<sup>(320)</sup> Véase también el capítulo 1 Introducción. Por lo que se refiere a las cuotas de mercado, véase también el apartado 472.

<sup>(321)</sup> Véase también el apartado 464 a este respecto.

<sup>(322)</sup> La participación sin restricciones debe abarcar la participación en todas las fases del proceso, incluida la participación en la fase preparatoria del proceso de normalización en el marco de los organismos de desarrollo de estándares, por ejemplo, en el contexto de los grupos de interés especial específicos de dichos organismos.

453. Por lo que respecta a la transparencia, el organismo de desarrollo de estándares pertinente debe tener unos procedimientos que permitan a los interesados informarse sobre las actividades de estandarización futuras, en curso y finalizadas en el momento adecuado de cada fase del desarrollo del estándar.
454. Además, las normas del organismo de desarrollo de estándares deben garantizar el acceso efectivo a la norma en condiciones FRAND <sup>(323)</sup>.
455. Cuando un organismo de desarrollo de estándares elabora normas que implican DPI, una política de DPI clara y equilibrada <sup>(324)</sup>, adaptada a la industria concreta y a las necesidades de la organización en cuestión, aumenta la probabilidad de que se conceda un acceso efectivo a los encargados de aplicar los estándares.
456. Para garantizar un acceso efectivo al estándar, será necesario que la política en materia de DPI exija que los miembros participantes que quieran que su DPI se incluya en el estándar se comprometan por escrito de forma irrevocable a ofrecer licencias de su DPI esencial a todos los terceros en condiciones FRAND («compromiso FRAND») <sup>(325)</sup>. Este compromiso deberá darse antes de la adopción del estándar. Asimismo, la política en materia de DPI deberá permitir que los titulares de DPI excluyan una tecnología específica del proceso de desarrollo de estándares y por ende del compromiso FRAND, siempre que esta exclusión se efectúe en una fase inicial del desarrollo del estándar. Para asegurar la eficacia del compromiso FRAND, también se debe exigir a todos los titulares de DPI que asuman dicho compromiso que garanticen que cualquier empresa a la que el titular del DPI transfiera este último (incluido el derecho a conceder licencias de ese DPI), esté vinculada por el citado compromiso, por ejemplo, mediante una cláusula contractual entre el comprador y el vendedor. Téngase en cuenta que las condiciones FRAND también pueden abarcar las licencias exentas de derechos.
457. Además, la política en materia de DPI debe exigir la divulgación de buena fe por parte de los miembros participantes de sus DPI que puedan ser esenciales para la aplicación del estándar en desarrollo <sup>(326)</sup>. Esto es pertinente para i) permitir que el sector elija con conocimiento de causa la tecnología que debe incluirse en un estándar <sup>(327)</sup> y ii) alcanzar el objetivo de un acceso efectivo al estándar. A medida que se desarrolle el estándar, la divulgación podría actualizarse sobre la base de esfuerzos razonables para identificar la lectura de los DPI sobre el (futuro) estándar. Con respecto a las patentes, la divulgación del DPI debe abarcar, como mínimo, el número de patente o el número de solicitud de patente. Si esta información aún no está a disposición del público, también basta con que el participante declare que es probable que tenga reivindicaciones de DPI correspondientes a una determinada tecnología, sin identificar las reivindicaciones o solicitudes de DPI concretas (la llamada divulgación general) <sup>(328)</sup>. También debe animarse a los participantes a que actualicen sus divulgaciones en el momento de la adopción de un estándar, en particular si se producen cambios que puedan afectar a la esencialidad o validez de sus DPI. Teniendo en cuenta que no existen estos mismos riesgos en relación con el acceso efectivo en el caso de un organismo de desarrollo de estándares con una política de estándares exentos de derechos <sup>(329)</sup>, la divulgación del DPI no sería pertinente en ese contexto.

<sup>(323)</sup> Por ejemplo, debe concederse acceso efectivo a la especificación del estándar.

<sup>(324)</sup> Según se especifica en los apartados 456 y 457. Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo «Establecimiento del enfoque de la Unión con respecto a las patentes esenciales para normas» («Comunicación sobre patentes esenciales para normas») [COM(2017) 712 final].

<sup>(325)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. y ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, apartado 53: «En estas circunstancias y habida cuenta del hecho de que el compromiso a conceder licencias en condiciones FRAND crea la expectativa legítima en terceros de que el titular de la PEN les conceda efectivamente licencias en esas condiciones, la negativa del titular de la PEN a conceder una licencia en tales condiciones puede constituir, en principio, un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE». Véase también la Decisión de la Comisión en el asunto AT.39985, Motorola – Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS, apartado 417: «Teniendo en cuenta el proceso de estandarización que condujo a la adopción de la norma GPRS y el compromiso voluntario de Motorola de conceder licencias a la PEN Cudak en condiciones FRAND, los responsables de la aplicación de la norma GPRS tienen una confianza legítima en que Motorola les concederá una licencia sobre dicha PEN, siempre que no se muestren reacios a suscribir una licencia en condiciones FRAND».

<sup>(326)</sup> Para alcanzar el resultado deseado, la divulgación de buena fe no tiene que llegar hasta exigir a los participantes que comparen su DPI con el estándar potencial en cuestión y publiquen una declaración firme de que no tienen ningún DPI aplicable al posible estándar.

<sup>(327)</sup> Por el contrario, una «emboscada de patentes» se produce cuando una empresa que participa en el proceso de desarrollo de estándares oculta deliberadamente el hecho de que posee patentes esenciales sobre el estándar que se está desarrollando y comienza a hacer valer tales patentes solo después de que se haya acordado el estándar y, por lo tanto, otras empresas quedan «cautivas» para poder utilizarla. Cuando se produce una «emboscada de patentes» durante el proceso de desarrollo del estándar, esto socava la confianza en dicho proceso, dado que la eficacia de este es una condición previa para el desarrollo técnico y el desarrollo del mercado en general en beneficio de los consumidores. Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 2009, en el asunto COMP/38.636, RAMBUS (DO C 30 de 6.2.2010, p. 17).

<sup>(328)</sup> Se debe animar a los participantes a completar su divulgación general anterior con el número de patente y/o los números de solicitud de patente cuando esa información esté disponible públicamente.

<sup>(329)</sup> Lo mismo ocurriría cuando la organización aplique una política de concesión de licencias basada en una tasa nominal única.

458. Los compromisos FRAND pretenden garantizar que la tecnología esencial protegida por un DPI incluida en un estándar sea accesible a los usuarios de dicho estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En especial, los compromisos FRAND pueden impedir que los titulares de DPI dificulten la aplicación de un estándar denegando una licencia o exigiendo unos cánones injustos o injustificados (es decir, excesivos) cuando el sector esté cautivo del estándar, o cobrando unos derechos discriminatorios <sup>(330)</sup>. Al mismo tiempo, los compromisos FRAND permiten a los titulares de DPI monetizar sus tecnologías a través de cánones FRAND y, de acuerdo con los principios de los párrafos siguientes, obtener un beneficio razonable por su inversión en I +D que, por su naturaleza, es arriesgada. Esto puede garantizar la continuidad de los incentivos para aportar la mejor tecnología disponible al estándar.
459. Para que el organismo de desarrollo de estándares cumpla lo dispuesto en el artículo 101, no es necesario que dicho organismo verifique si las condiciones de concesión de que licencias de los participantes cumplen los compromisos FRAND <sup>(331)</sup>. Son los propios participantes quienes deben evaluar si las citadas condiciones y, en particular, los cánones que cobran, cumplen los compromisos FRAND. Por consiguiente, a la hora de decidir si aplican el compromiso FRAND a un determinado DPI, los participantes deben prever las consecuencias de dicho compromiso, especialmente en lo que respecta a su capacidad de determinar libremente el nivel de sus cánones.
460. En caso de litigio, para evaluar si los cánones aplicados al acceso al DPI en el contexto del desarrollo de estándares son justos o razonables, habrá que determinar si dichos cánones guardan una relación razonable con el valor económico del DPI <sup>(332)</sup>. El valor económico del DPI puede basarse en el valor añadido actual del DPI cubierto y debe ser independiente del éxito en el mercado de los productos que no guardan relación con la tecnología patentada <sup>(333)</sup>. En general, existen varios métodos disponibles para la evaluación <sup>(334)</sup> y, en la práctica, a menudo se utiliza más de un método para tener en cuenta las deficiencias de un método concreto y cotejar los resultados <sup>(335)</sup>. Puede ser posible comparar las tasas de licencia cobradas por la empresa en cuestión por los DPI pertinentes en un entorno competitivo antes de que la industria haya desarrollado la norma (*ex ante*); con el valor/canon de la siguiente mejor alternativa disponible (*ex ante*), o con el valor/canon cobrado una vez bloqueada la industria (*ex post*). Esto parte de la presunción de que la comparación puede hacerse de forma homogénea y fiable <sup>(336)</sup>.
461. También podría obtenerse una evaluación pericial independiente sobre la importancia objetiva y la esencialidad de los DPI pertinentes para el estándar en cuestión. En el caso apropiado, también cabe la posibilidad de referirse a divulgaciones *ex ante* de las condiciones de concesión de la licencia, incluidos los derechos individuales o agregados para los DPI pertinentes, en el contexto del proceso concreto de desarrollo de estándares. Del mismo modo, cabe la posibilidad de comparar las condiciones de licencia de los acuerdos del titular de los DPI con otros responsables de la aplicación del mismo estándar. Los derechos aplicados al mismo DPI en otros estándares comparables también pueden servir de orientación para los derechos FRAND. Estos métodos presuponen que la comparación puede realizarse de forma coherente y fiable y que el nivel de los cánones no es el resultado de un ejercicio indebido del poder de mercado. Otro método consiste en determinar, en primer lugar, un valor global adecuado para todos los DPI pertinentes y, en segundo lugar, la parte atribuible a un determinado titular de DPI. Las presentes Directrices no pretenden elaborar una lista exhaustiva de los métodos adecuados para evaluar si los derechos son excesivos o discriminatorios con arreglo al artículo 102.

<sup>(330)</sup> Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. y ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, apartado 71, según la cual una acción por violación de patente puede constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 del TFUE si se ejerce contra un licenciatario potencial sin cumplir los procedimientos establecidos por el Tribunal en su sentencia.

<sup>(331)</sup> Los organismos de desarrollo de estándares no participan en las negociaciones de concesión de licencias ni en los acuerdos resultantes.

<sup>(332)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, C-27/76, EU:C:1978:22., apartado 250; véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland/Comisión, C-385/07 P, EU:C:2009:456, apartado 142.

<sup>(333)</sup> Comunicación sobre patentes esenciales para normas, página 7.

<sup>(334)</sup> En principio, los métodos basados en los costes pueden no ser los más adecuados, no solo porque conllevan la dificultad de evaluar los costes imputables al desarrollo de una determinada patente o grupos de patentes y pueden distorsionar los incentivos para innovar.

<sup>(335)</sup> Los métodos aquí descritos no son exclusivos y pueden utilizarse otros métodos que reflejen el espíritu de los métodos descritos para determinar los derechos FRAND. Véase también Chrysoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) *Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases*, JRC Science for Policy Report. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

<sup>(336)</sup> Véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, Tournier, C-395/87, EU:C:1989:319, apartado 38; la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, Lucazeau y otros/SACEM y otros, asuntos acumulados C-110/88, C-241/88, 241/88 y C-242/88, EU:C:1989:326, apartado 33.

462. Sin embargo, cabe destacar que las presentes Directrices no excluyen en modo alguno la posibilidad de que las partes resuelvan sus litigios sobre el nivel de los derechos FRAND ante los tribunales civiles o mercantiles competentes o mediante métodos alternativos de resolución de litigios <sup>(337)</sup>.

#### 7.3.3.2. Evaluación de los acuerdos de estandarización basada en los efectos

463. La evaluación de un acuerdo de estandarización debe tener en cuenta los efectos probables del estándar en los mercados correspondientes. Al analizar los acuerdos de estandarización, se tendrán en cuenta las características del sector y de la industria. Las consideraciones siguientes se aplican a todos los acuerdos de estandarización que se desvían de los principios expuestos en los apartados 451 a 457.

##### a) *Carácter voluntario del estándar*

464. El hecho de que los acuerdos de estandarización puedan producir efectos restrictivos de la competencia puede depender de hasta qué punto los miembros de un organismo de desarrollo de estándares siguen teniendo libertad para desarrollar estándares o productos alternativos que no cumplan el estándar acordado <sup>(338)</sup>. Por ejemplo, si el acuerdo de estandarización obliga a los participantes de forma vinculante a fabricar únicamente productos que se ajusten al estándar, se incrementa considerablemente el riesgo de un probable efecto negativo sobre la competencia y, en ciertas circunstancias, puede dar lugar a una restricción de la competencia por el objeto <sup>(339)</sup>. Del mismo modo, los estándares que solo abarcan características del producto final poco importantes tienen menos probabilidades de dar lugar a problemas de competencia que los estándares más importantes, en particular cuando el estándar no implica ningún DPI esencial.

##### b) *Acceso al estándar*

465. La evaluación de si el acuerdo restringe la competencia también se centrará en el acceso al estándar. Cuando el resultado de un estándar (es decir, la especificación de cómo cumplirlo y, si procede, el DPI esencial para aplicarlo) no sea accesible en absoluto para todos los participantes o los terceros (es decir, los que no sean miembros del organismo de desarrollo de estándares pertinente), esto puede excluir o segmentar los mercados y, por ello, es probable que se restrinja la competencia. También es probable que se restrinja la competencia cuando el resultado de un estándar solo sea accesible en condiciones discriminatorias o excesivas para determinados miembros o terceros. Sin embargo, cuando existen varios estándares que compiten entre sí, o cuando existe una competencia efectiva entre la solución normalizada y las soluciones no normalizadas, una limitación del acceso puede no producir efectos restrictivos sobre la competencia.
466. En lo que respecta a los acuerdos de desarrollo de estándares con modelos de divulgación de DPI diferentes de los descritos en el apartado 457, es necesario evaluar caso por caso si el modelo de divulgación en cuestión (por ejemplo, un modelo de divulgación que no exige, sino que sólo fomenta la divulgación de DPI) garantiza el acceso efectivo a la norma. Los acuerdos de desarrollo de estándares que prevean la divulgación de información relativa a las características y el valor añadido de cada DPI perteneciente a una norma y que, por lo tanto, aumenten la transparencia para las partes implicadas en su desarrollo no restringirán, en principio, la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

##### c) *Participación en el desarrollo del estándar*

467. Es probable que impedir que determinadas empresas puedan influir en la elección y definición del estándar (excepto en los casos descritos en el punto 470) tenga un efecto restrictivo de la competencia. En cambio, si la participación en el proceso de desarrollo de estándares es abierta, los riesgos de un efecto restrictivo de la competencia son menores <sup>(340)</sup>.
468. La participación abierta puede lograrse permitiendo que todos los competidores o partes interesadas pertinentes del mercado afectado por el estándar participen en el desarrollo y la elección del estándar.
469. Cuanto mayor sea el impacto probable en el mercado del estándar y más amplios sean sus ámbitos potenciales de aplicación, más importante es permitir la igualdad de acceso al proceso de desarrollo de estándares.

<sup>(337)</sup> Si ambas partes están de acuerdo, los litigios sobre cuáles son las condiciones FRAND para las PEN también pueden ser resueltos por un tercero independiente, es decir, un árbitro. Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. y ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, apartado 68 y la Decisión de la Comisión de 29 de abril de 2014 en el asunto AT.39939, Samsung — Explotación de patentes esenciales sobre normas UMTS, considerando 78.

<sup>(338)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, Philips/VCR, considerando 23: «Dado que estos estándares se aplicaban a la fabricación de equipos VCR, las partes estaban obligadas a fabricar y distribuir únicamente casetes y grabadoras ajustadas al sistema VCR patentado por Philips. Se les prohibía cambiar a la producción y distribución de otros sistemas de casetes de vídeo (...). Esto constituía una restricción de la competencia con arreglo al artículo 85, apartado 1, letra b)».

<sup>(339)</sup> Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, Philips/VCR, considerando 23.

<sup>(340)</sup> En la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, X/Open Group, la Comisión consideró que incluso si los estándares adoptados se hicieran públicos, la política que restringía la adquisición de la condición de miembro tenía el efecto de impedir que los no miembros influyeran en los resultados del trabajo del Grupo y obtuvieran los conocimientos técnicos y la comprensión relativa a los resultados que los miembros adquirirían probablemente. Además, los no miembros no podían aplicar el estándar antes de su adopción, mientras que los miembros sí podían (véase el apartado 32). Por consiguiente, se consideró que el acuerdo restringía la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

470. Sin embargo, en determinadas situaciones, la restricción de la participación puede no tener efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, por ejemplo: a) si existe competencia entre varios estándares y organismos de desarrollo de estándares, b) si, a falta de una restricción de los participantes <sup>(341)</sup>, no hubiera sido posible adoptar el estándar o dicha adopción hubiera sido improbable, o c) si la restricción de los participantes fuera limitada en el tiempo y con vistas a avanzar rápidamente (por ejemplo, al inicio del esfuerzo de estandarización) y siempre que, en hitos importantes, todos los competidores tengan la oportunidad de participar en el desarrollo del estándar.

471. En ciertas situaciones, los efectos negativos potenciales de la participación restringida pueden eliminarse, o al menos reducirse, velando por que se informe y se consulte a los interesados sobre el trabajo en curso <sup>(342)</sup>. Esto podría lograrse estableciendo procedimientos para la representación colectiva de las partes interesadas. Cuantas más partes interesadas puedan influir en el proceso que conduce a la selección del estándar y cuanto más transparente sea el procedimiento de adopción de este, más probable es que el estándar adoptado tenga en cuenta los intereses de todas las partes interesadas.

d) *Cuota de mercado*

472. Para evaluar los efectos de un acuerdo de desarrollo de estándares hay que tener en cuenta las cuotas de mercado de los bienes, servicios o tecnologías basados en el estándar. Puede que no siempre sea posible <sup>(343)</sup> evaluar con certeza en una fase temprana si el estándar será adoptado en la práctica por una parte importante, o sólo por una parte insignificante, de la industria pertinente. En los casos en que las empresas que aportan tecnología al estándar están integradas verticalmente, las cuotas de mercado pertinentes de las empresas que han participado en el desarrollo del estándar pueden utilizarse como aproximación para calcular la cuota probable de mercado del estándar (puesto que en la mayoría de los casos las empresas participantes en el desarrollo del estándar estarían interesadas en aplicarlo) <sup>(344)</sup>. No obstante, dado que la eficacia de los acuerdos de estandarización suele ser proporcional a la parte del sector implicada en el desarrollo o aplicación del estándar, el hecho de que los operadores del mercado o mercados afectados por el estándar tengan unas cuotas de mercado elevadas no llevará necesariamente a la conclusión de que es probable que el estándar dé lugar a efectos restrictivos de la competencia.

e) *Discriminación*

473. Cualquier acuerdo de desarrollo de estándares que discrimine claramente a cualquier miembro participante o potencial podrá dar lugar a una restricción de la competencia. Por ejemplo, si un organismo de desarrollo de estándares excluye explícitamente a las empresas que solo operan en sentido ascendente (es decir, las empresas que no operan en el mercado descendente de la producción), esto podrá dar lugar a la exclusión de tecnologías potencialmente mejores.

f) *Divulgación ex ante de los derechos*

474. Los acuerdos de desarrollo de estándares que prevean la divulgación *ex ante* de las condiciones las más restrictivas de concesión de licencias para patentes esenciales sobre estándares por parte de los titulares de DPI individuales o de un derecho máximo acumulado <sup>(345)</sup> por parte de todos los titulares de DPI no restringirán, en principio, la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. En este orden de cosas, es importante que las partes implicadas en la selección de un estándar estén plenamente informadas no solo de las opciones técnicas disponibles y del DPI asociado, sino también del coste probable de ese DPI. Por lo tanto, en caso de que la política en materia de DPI de un organismo de desarrollo de estándares opte por imponer a los titulares de DPI que divulguen, antes de la adopción del estándar, sus condiciones más restrictivas de concesión de licencias, incluidos los derechos máximos o los derechos máximos acumulados que aplicarán, esto no dará lugar por lo general a una restricción de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1 <sup>(346)</sup>. Esta divulgación unilateral *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias o del derecho máximo acumulado sería una forma de permitir a las partes implicadas en el desarrollo de un estándar tomar una decisión con conocimiento de causa basada en las desventajas y ventajas de las diversas tecnologías alternativas.

<sup>(341)</sup> Esta restricción puede materializarse mediante la exclusión de las partes interesadas del acuerdo de estandarización o a través de un estatuto de participante más limitado.

<sup>(342)</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 2009 en el asunto 39.416, Clasificación de buques.

<sup>(343)</sup> En particular, cuando la introducción del estándar pueda dar lugar a un nuevo mercado de referencia.

<sup>(344)</sup> Véase el apartado 438.

<sup>(345)</sup> Con el fin de aumentar la transparencia de los costes potenciales de la aplicación de un estándar, los organismos de desarrollo de estándares podrían desempeñar un papel activo en la divulgación del derecho máximo total para el estándar. De forma similar al concepto de «consorcio de patentes», los titulares de DPI pueden compartir el total del derecho.

<sup>(346)</sup> Cualquier divulgación unilateral o conjunta *ex ante* de las condiciones más restrictivas de concesión de licencias no debe ser una forma encubierta de fijar conjuntamente los precios ya sea de productos en sentido descendente o de DPI/tecnologías sustitutivas, lo que constituirá una restricción de la competencia por el objeto.

#### 7.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

##### 7.4.1. Mejoras de eficiencia

475. Los acuerdos de estandarización dan frecuentemente lugar a mejoras de eficiencia significativas. Por ejemplo, unos estándares para toda la Unión Europea pueden facilitar la integración del mercado y posibilitar que las empresas comercialicen sus bienes y servicios en todos los Estados miembros, dando lugar a una mayor posibilidad de elección para los consumidores y a unos precios menores. Los estándares que establecen la interoperabilidad técnica y la compatibilidad fomentan a menudo la competencia basada en los méritos entre tecnologías de diferentes empresas y contribuyen a impedir la cautividad de un determinado proveedor. Además, los estándares pueden reducir los costes de transacción para los vendedores y los compradores. Los estándares relativos a, por ejemplo, la calidad, la seguridad y los aspectos medioambientales de un producto pueden, por otra parte, facilitar la elección de los consumidores y dar lugar a una mayor calidad de los productos. Los estándares también desempeñan un cometido importante de cara a la innovación: Pueden reducir el tiempo necesario para introducir una nueva tecnología en el mercado y facilitar la innovación haciendo posible que las empresas se basen en soluciones acordadas. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.
476. Para que los acuerdos de estandarización logren una mayor eficiencia, la información necesaria para aplicar el estándar debe estar efectivamente a disposición de quienes deseen entrar en el mercado de productos o servicios al que se refiere el estándar <sup>(347)</sup>.
477. Se puede incrementar la propagación de un estándar utilizando marcas o logotipos que certifiquen su cumplimiento, lo que ofrecerá seguridad a los consumidores. Los acuerdos sobre ensayos y certificación van más allá del objetivo primario de definición del estándar y suelen afectar a un mercado distinto.
478. Aunque los efectos sobre la innovación deben analizarse caso por caso, es probable que las normas que crean compatibilidad a nivel horizontal entre diferentes tecnologías den lugar a mejoras de la eficiencia.

##### 7.4.2. Carácter indispensable

479. Las restricciones que van más allá de lo necesario para lograr las mejoras de eficiencia que puede generar un acuerdo de estandarización no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.
480. La evaluación de cada acuerdo de estandarización deberá tener en cuenta su efecto probable en los mercados de referencia y, por otra, el alcance de las posibles restricciones que excedan el objetivo de obtener eficiencias <sup>(348)</sup>.
481. La participación en el desarrollo de estándares debe estar generalmente abierta a todos los competidores del mercado o mercados afectados por el estándar, a menos que dicha participación genere ineficiencias significativas, como largos retrasos en el proceso de adopción <sup>(349)</sup>. Cuando se restrinja la participación en el desarrollo del estándar, cualquier efecto restrictivo de dicha participación limitada debe eliminarse o reducirse <sup>(350)</sup>, para que dicha restricción a los participantes se vea compensada por eficiencias con arreglo al artículo 101, apartado 3.

<sup>(347)</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1986 en el asunto IV/31.458, X/Open Group, considerando 42: «La Comisión considera que la intención del Grupo de hacer públicos los resultados cuanto antes es un elemento esencial en su decisión de otorgar una exención».

<sup>(348)</sup> En la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, Philips/VCR, el cumplimiento de los estándares VCR llevó a la exclusión de otros sistemas, quizás mejores. Esta exclusión era particularmente grave teniendo en cuenta la posición preeminente de la que disfrutaba Philips en el mercado: «[...] se impusieron a las partes restricciones que no eran imprescindibles para conseguir estas mejoras. La compatibilidad de los casetes de vídeo VCR con los aparatos producidos por otros fabricantes hubiera estado garantizada aun cuando estos últimos hubieran tenido que aceptar una simple obligación de atenerse a los estándares VCR al fabricar equipos VCR» (considerando 31).

<sup>(349)</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1986 en el asunto IV/31.458, X/Open Group, considerando 45: «Los objetivos del Grupo no podrían alcanzarse si cualquier empresa dispuesta a comprometerse a cumplir los objetivos del Grupo tuviese el derecho de hacerse miembro. Esto crearía dificultades prácticas y logísticas en la gestión del trabajo y posiblemente impediría la adopción de propuestas apropiadas». Véase también la Decisión de la Comisión en el asunto 39.416, Clasificación de buques, considerando 36: «[...] los compromisos mantienen un equilibrio adecuado entre el mantenimiento de unos criterios exigentes de afiliación a la IACS y la eliminación de obstáculos innecesarios a esa afiliación. Los nuevos criterios garantizarán que únicamente las sociedades de clasificación técnicamente competentes puedan afiliarse a la IACS y evitarán que la calidad y eficacia de su trabajo se vean perjudicadas injustificadamente por unos requisitos de afiliación muy poco rigurosos. Al mismo tiempo, los nuevos criterios no serán un obstáculo para que aquellas sociedades de clasificación técnicamente competentes que lo deseen puedan convertirse en miembros de la IACS».

<sup>(350)</sup> Véase el apartado 471 sobre la garantía de que las partes interesadas sean informadas y consultadas sobre el trabajo en curso en caso de que se restrinja la participación.

482. Como norma general, los acuerdos de estandarización no deberían abarcar más de lo estrictamente necesario para la realización de sus objetivos, ya se trate de la interoperabilidad y compatibilidad técnicas o de un determinado nivel de calidad. Cuando el hecho de tener una única solución tecnológica beneficie a los consumidores o a la economía en general, este estándar debe determinarse de forma no discriminatoria. En ciertos casos, los estándares tecnológicamente neutros dan lugar a mayores mejoras de eficiencia. La inclusión de DPI sustitutivos <sup>(351)</sup> como partes esenciales de un estándar con la obligación simultánea para los consumidores del estándar de pagar por más DPI de los necesarios técnicamente iría más allá de lo necesario para lograr cualquier mejora de eficiencia identificada. Del mismo modo, la inclusión de DPI sustitutivos como partes esenciales de un estándar y la limitación del uso de esa tecnología a ese determinado estándar (es decir, su uso exclusivo) puede limitar la competencia entre tecnologías y no ser necesaria para lograr las eficiencias identificadas.
483. En principio, las restricciones en los acuerdos de estandarización en virtud de los cuales un estándar es vinculante y obligatorio para el sector no son imprescindibles.
484. Del mismo modo, los acuerdos de estandarización que atribuyen a ciertos organismos el derecho exclusivo a comprobar el cumplimiento del estándar van más allá del objetivo principal de definir el estándar y pueden también restringir la competencia. Sin embargo, la exclusividad puede justificarse durante cierto periodo de tiempo, por ejemplo, por la necesidad de recuperar costes significativos de lanzamiento <sup>(352)</sup>. En este caso, el acuerdo de estandarización debería incluir las salvaguardias adecuadas para atenuar los posibles riesgos para la competencia que resulten de la exclusividad. Esto afecta, entre otras cosas, a la tasa de certificación que debe ser razonable y proporcional al coste de la comprobación del cumplimiento.

#### 7.4.3. Beneficio para los consumidores

485. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de estandarización. Para evaluar la probabilidad de repercusión a los consumidores es pertinente tener en cuenta los procedimientos que se utilizan para garantizar que se protegen los intereses de los usuarios de las normas y de los consumidores finales. Además, cuando los estándares faciliten la interoperabilidad y la compatibilidad técnicas o la competencia entre productos, servicios y procedimientos nuevos y existentes, cabe suponer que el estándar beneficiará a los consumidores.

#### 7.4.4. No eliminación de la competencia

486. El hecho de que un acuerdo de estandarización ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia depende de las diferentes fuentes de competencia existentes en el mercado, del nivel de presión competitiva que dichas fuentes ejercen sobre las partes y del impacto del acuerdo sobre dicha presión. Si bien las cuotas de mercado son pertinentes para este análisis, la magnitud de las demás fuentes de competencia real no puede evaluarse exclusivamente sobre la base de la cuota de mercado a menos que un estándar llegue a ser un estándar de hecho para el sector <sup>(353)</sup>. En este último caso, se puede eliminar la competencia si se excluye a los terceros del acceso efectivo a este estándar.

### 7.5. Ejemplos

487. Determinar estándares que los competidores no pueden cumplir

#### Ejemplo 1

*Situación:* Un organismo de desarrollo de estándares establece y publica los estándares de seguridad utilizados ampliamente por el sector correspondiente. La mayor parte de los competidores del sector participan en el desarrollo del estándar. Antes de la adopción del estándar, un nuevo operador ha desarrollado un producto que es técnicamente equivalente en términos de rendimiento y requisitos funcionales, reconocido por el comité técnico del organismo de desarrollo de estándares. Sin embargo, las especificaciones técnicas del estándar de seguridad están redactadas, sin justificación objetiva alguna, de tal manera que no permiten que este producto u otros nuevos cumplan con él.

<sup>(351)</sup> DPI sustituibles se refiere a la tecnología que los consumidores o licenciarios consideran intercambiable o sustituible por otra tecnología, en virtud de las características tecnológicas y del uso previsto.

<sup>(352)</sup> En este contexto, véase la Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1995 en los asuntos IV/34.179, 34.202, 216, Grúas holandesas (SCK y FNK), considerando 23: «La prohibición de subcontratar actividades a empresas que no dispongan de la certificación de SCK restringe la libertad de acción de las empresas certificadas. Para determinar si puede considerarse que esta prohibición impide, restringe o falsea el juego de la competencia a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, es preciso examinar el contexto jurídico y económico de este asunto. Si esta prohibición estuviese vinculada a un sistema de certificación plenamente abierto, independiente y transparente, que aceptara garantías equivalentes presentadas por otros sistemas, podría aducirse que el efecto de la prohibición no es restringir la competencia, sino tan solo garantizar plenamente la calidad de los bienes o servicios certificados».

<sup>(353)</sup> La estandarización de hecho hace referencia a una situación en la que un estándar (no vinculante jurídicamente) se utiliza en la práctica en la mayoría del sector.

*Análisis:* En este caso, la participación en el desarrollo del estándar no es ilimitada, y el proceso utilizado para adoptarlo no parece transparente. Es probable que este acuerdo de estandarización produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y no es probable que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3. Los miembros del organismo de desarrollo de estándares han determinado el estándar, sin justificación objetiva alguna, de tal manera que los productos de sus competidores que están basados en soluciones tecnológicas diferentes no puedan cumplirlo, aunque su rendimiento sea equivalente. Por lo tanto, este acuerdo, que no se ha establecido de forma no discriminatoria, reducirá o impedirá la innovación y la variedad de productos. No es probable que la forma en que se elabora el estándar produzca mayores mejoras de eficiencia que un estándar neutro.

488. Estándar no obligatorio y transparente que abarca una gran parte del mercado

### **Ejemplo 2**

*Situación:* Varios fabricantes de electrónica de consumo con cuotas de mercado considerables aceptan desarrollar un nuevo estándar para un producto que sustituirá al DVD.

*Análisis:* Siempre que a) los fabricantes sigan siendo libres de producir otros productos nuevos que no se ajusten a la nueva norma, b) la participación en el desarrollo de la norma no esté restringida y sea transparente, y c) el acuerdo de estandarización no restrinja de otro modo la competencia, es improbable que el acuerdo restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Por otra parte, si las partes solo acuerdan fabricar productos que se ajusten a la nueva norma, es probable que el acuerdo restrinja la competencia dentro del límite del artículo 101, apartado 1, limitando la variedad de productos y la innovación técnica.

489. Acuerdo de estandarización sin divulgación de DPI

### **Ejemplo 3**

*Situación:* Un organismo privado de desarrollo de estándares activo en la estandarización en el sector de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) tiene una política de DPI que no obliga ni fomenta las divulgaciones de DPI que pudieran ser esenciales para el futuro estándar. El organismo de desarrollo de estándares adoptó conscientemente la decisión de no incluir tal obligación, considerando concretamente que, en general, todas las tecnologías potencialmente pertinentes para el futuro estándar están amparadas por numerosos DPI. Por lo tanto, el organismo de desarrollo de estándares consideró que una obligación de divulgación de DPI, por una parte, no entrañaría el beneficio de permitir a los participantes elegir una solución sin DPI o con pocos DPI y, por otra, daría lugar a costes adicionales para analizar si el DPI sería potencialmente esencial para el futuro estándar. Sin embargo, la política de DPI del organismo de desarrollo de estándares exige que todos los participantes se comprometan a conceder una licencia sobre cualquier DPI que pueda aplicarse al futuro estándar en condiciones FRAND. La política de DPI permite excepciones en caso de que el titular del DPI quiera que un determinado DPI quede fuera de este compromiso de conceder una licencia general. En este sector particular hay varios organismos privados de desarrollo de estándares competidores. La participación en el organismo de desarrollo de estándares está abierta a cualquiera que opere en el sector.

*Análisis:* En muchos casos, una obligación de divulgación de DPI sería favorable a la competencia al incrementarla *ex ante* entre tecnologías. Generalmente, esa obligación permite a los miembros de un organismo de desarrollo de estándares tener en cuenta la cantidad de DPI relativos a una determinada tecnología al decidir entre tecnologías competidoras (o incluso, cuando sea posible, elegir una tecnología que no esté cubierta por un DPI). La cantidad de DPI aplicables a una tecnología tendrá a menudo un impacto directo en el coste del acceso al estándar. Sin embargo, en este contexto particular, parece que todas las tecnologías disponibles están cubiertas por DPI, e incluso por muchos DPI. Por lo tanto, la divulgación del DPI no tendrá el efecto positivo de facilitar que los miembros tengan en cuenta la cantidad de DPI al elegir la tecnología puesto que, independientemente de la tecnología elegida, cabe suponer que hay DPI aplicables a esa tecnología. Es poco probable que el acuerdo dé lugar a efectos negativos de la competencia a tenor de artículo 101, apartado 1.

## 8. CLÁUSULAS ESTÁNDAR

### 8.1. Definiciones

490. En ciertos sectores, las empresas emplean cláusulas y condiciones estándar de venta o compra elaboradas por una asociación comercial o directamente por las empresas competidoras («cláusulas estándar») <sup>(354)</sup>. Dichas cláusulas estándar están cubiertas por las presentes Directrices en la medida en que establecen condiciones tipo para la venta o compra de bienes o servicios por parte de dichas empresas competidoras a terceros clientes o a terceros proveedores (y no condiciones de venta o compra entre los competidores). Cuando el uso de estas cláusulas estándar esté extendido en un sector, las condiciones de compra o venta utilizadas en ese sector pueden de hecho llegar a estar alineadas <sup>(355)</sup>. Como ejemplos de sectores en los que las cláusulas estándar desempeñan un papel importante cabe citar el sector bancario (por ejemplo, las cláusulas referentes a las cuentas bancarias) y el de los seguros.

491. Las cláusulas estándar elaboradas de manera independiente por una determinada empresa únicamente para su uso exclusivo en sus contratos con sus proveedores o clientes no constituyen acuerdos horizontales y, por lo tanto, no están cubiertas por las presentes Directrices.

### 8.2. Mercados de referencia

492. En general, las cláusulas estándar producen efectos en el mercado descendente en el que las empresas que usan las cláusulas estándar compiten mediante la venta de sus productos a sus clientes.

### 8.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

#### 8.3.1. Principales problemas de competencia

493. Las cláusulas estándar pueden producir efectos restrictivos de la competencia limitando la elección de productos y la innovación. Si una parte importante de un sector adopta las cláusulas estándar y opta por no apartarse de ellas en casos individuales (o solo se aparta en casos excepcionales de fuerte poder de negociación), puede que los clientes no tengan más opción que aceptar las condiciones de las cláusulas estándar. Sin embargo, el riesgo de que se limiten las posibilidades de elección y la innovación solo es probable si las cláusulas estándar definen el alcance del producto final. Por lo que se refiere a los bienes de consumo, las cláusulas estándar de venta no suelen limitar la innovación ni la calidad o la variedad del producto.

494. Además, dependiendo de su contenido, las cláusulas estándar podrían afectar a las condiciones comerciales de la venta del producto final. En particular, existe un riesgo grave de que las cláusulas estándar relativas al precio puedan restringir la competencia de precios.

495. Además, cuando las cláusulas estándar se adoptan ampliamente en un sector, el acceso a estas puede ser vital para la entrada en el mercado. En estos casos, la denegación del acceso a las cláusulas estándar puede causar una exclusión contraria a la competencia. Siempre que las cláusulas estándar permanezcan efectivamente abiertas al uso por cualquier empresa que desee acceder a ellas, es poco probable que den lugar a una exclusión contraria a la competencia.

#### 8.3.2. Restricción de la competencia por el objeto

496. Los acuerdos en los que se hace uso de cláusulas estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, restringen la competencia por el objeto. Un ejemplo sería el de una asociación comercial que no permite a un nuevo operador el acceso a sus cláusulas estándar, cuyo uso es crucial para entrar en el mercado.

497. Las cláusulas estándar que contengan disposiciones que influyan directamente en los precios <sup>(356)</sup> aplicados a los clientes (es decir, precios recomendados, descuentos, etc.) constituyen, por lo general, una restricción de la competencia por el objeto.

#### 8.3.3. Efectos restrictivos de la competencia

498. El establecimiento y uso de cláusulas estándar deben evaluarse en su contexto económico y habida cuenta de la situación en el mercado de referencia para determinar si es probable que las cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia.

<sup>(354)</sup> Estas cláusulas tipo pueden cubrir solo una parte muy pequeña o una gran parte de las cláusulas contenidas en el contrato final.

<sup>(355)</sup> Se trata del caso en que unas cláusulas estándar (no obligatorias) se utilizan en la práctica en la mayor parte del sector o para la mayor parte de los aspectos del producto o servicio, lo que da lugar a una limitación o incluso a la ausencia de posibilidades de elección para el consumidor.

<sup>(356)</sup> Véase también la nota a pie de página 32. En los mercados en los que los parámetros no relacionados con el precio son parámetros importantes de la competencia, las cláusulas estándar relativas a dichos parámetros también pueden constituir una restricción de la competencia por el objeto.

499. Cuando la participación en el establecimiento de cláusulas estándar no esté limitada para los competidores en el mercado de referencia (ya sea mediante la participación en la asociación profesional o directamente) y siempre que la utilización de las cláusulas estándar no sea obligatoria y sea efectivamente accesible para su uso por parte de cualquier empresa, es poco probable que los acuerdos relativos a las cláusulas estándar tengan efectos negativos sobre la calidad, la variedad o la innovación de los productos y, por lo tanto, que puedan dar lugar a efectos restrictivos de la competencia (siempre que las cláusulas estándar no tengan ningún efecto sobre el precio y estén sujetas a las salvedades establecidas en los apartados 501 a 505).
500. Sin embargo, existen dos excepciones generales que requieren una evaluación más detallada.
501. En primer lugar, las cláusulas estándar para la venta de bienes de consumo o de servicios que definen las características del producto final vendido al cliente y que, por lo tanto, suponen un riesgo más significativo de limitar la elección de productos, pueden producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, cuando su aplicación conjunta dé lugar probablemente a un alineamiento de hecho. Esto puede ocurrir cuando el uso extendido de las cláusulas estándar lleva de hecho a una limitación de la innovación y de la variedad de productos en el mercado. Por ejemplo, esto puede surgir cuando las cláusulas estándar de los contratos de seguros limitan la elección del cliente de elementos clave del contrato, como los tipos de riesgo cubiertos. Aunque el uso de las cláusulas estándar no sea obligatorio, pueden socavar los incentivos de las aseguradoras competidoras para competir en la diversificación de productos. Esto puede superarse permitiendo a las aseguradoras incluir también riesgos distintos de los estándar en sus contratos de seguro.
502. Al evaluar si es probable que las cláusulas estándar tengan efectos restrictivos mediante una limitación de la variedad de productos, deben tenerse en cuenta factores como la competencia existente en el mercado. Por ejemplo, si hay una gran cantidad de competidores más pequeños, el riesgo de una limitación de la variedad de productos es, en general, menor que si solo hay unos pocos competidores más grandes<sup>(357)</sup>. Las cuotas de mercado de las empresas participantes en el establecimiento de las cláusulas estándar también podrán indicar la probabilidad de que las cláusulas estándar sean aceptadas o empleadas por una gran parte del mercado. Sin embargo, a este respecto, no solo es pertinente analizar si es probable que las cláusulas estándar sean utilizadas por una gran parte del mercado, sino también si las cláusulas estándar abarcan la totalidad o solo una parte del producto (cuanto menos amplio sea el alcance de las cláusulas estándar, menos probable será que conduzcan, en general, a una limitación de la variedad de productos). Por otra parte, cuando no fuera posible ofertar un determinado producto sin establecer las cláusulas estándar, no es probable que haya ningún efecto restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. En esta situación, el establecimiento de las cláusulas estándar aumenta más que reduce la elección de productos.
503. En segundo lugar, aunque las cláusulas estándar no definan las características del producto final, pueden ejercer una influencia significativa en las decisiones de los clientes de realizar transacciones, por otras razones. Un ejemplo son las compras en línea, en las que la confianza del consumidor es esencial (por ejemplo, en el uso de sistemas de pago seguros, la descripción adecuada de los productos, la claridad y transparencia de las normas sobre precios, la flexibilidad de la política de devoluciones, etc.). Dado que a los clientes les resulta difícil realizar una evaluación clara de todos estos parámetros, tienden a favorecer prácticas generalizadas. En este contexto, las cláusulas estándar relativas a esos parámetros podrían, por tanto, convertirse en un estándar de hecho que las empresas tendrían que cumplir para vender en el mercado. Aunque no sean obligatorias, estas cláusulas estándar podrían convertirse en un estándar de hecho, cuyos efectos se aproximan mucho a los de un estándar obligatorio y deben ser analizados como corresponde.
504. Si el uso de cláusulas estándar es obligatorio, es necesario evaluar su impacto en la calidad y variedad del producto y en la innovación (en especial si el uso de cláusulas estándar es obligatorio en todo el mercado).
505. Por otra parte, si las cláusulas estándar (tanto si su uso es obligatorio como si no lo es) contienen alguna condición que produzca probablemente un efecto negativo sobre la competencia en cuanto a los precios<sup>(358)</sup> (por ejemplo, cláusulas que influyen indirectamente en el tipo de descuentos que se deben aplicar), es probable que produzcan efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

<sup>(357)</sup> Si la experiencia previa con las cláusulas estándar en el mercado de referencia demuestra que éstas no provocaron una reducción de la competencia en la diferenciación del producto, esto también podría ser un indicio de que el uso del mismo tipo de cláusulas estándar en un producto afín no provocará un efecto restrictivo sobre la competencia.

<sup>(358)</sup> En los mercados en los que los parámetros no relacionados con el precio son parámetros importantes de la competencia, las cláusulas estándar relativas a dichos parámetros también pueden tener el efecto de restringir la competencia.

#### 8.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3

##### 8.4.1. Eficiencias

506. El uso de cláusulas estándar puede crear beneficios económicos tales como facilitar a los clientes la comparación de las condiciones ofrecidas y, por ende, el cambio de un proveedor a otro. Las cláusulas estándar también pueden dar lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros en costes de transacción y, en ciertos sectores (en especial si la forma jurídica de los contratos es compleja), facilitar la entrada en el mercado. Asimismo, pueden incrementar la seguridad jurídica para las partes contratantes. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.
507. Cuanto mayor sea el número de competidores en el mercado, mayor será la mejora de eficiencia resultante de facilitar la comparación de las condiciones ofrecidas.

##### 8.4.2. Carácter indispensable

508. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia que pueden ser generadas por las cláusulas estándar no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Por ejemplo, en general no es necesario hacer que las cláusulas estándar sean obligatorias para el sector. Sin embargo, no puede excluirse que, en casos específicos, pueda ser indispensable hacer obligatorio el uso de cláusulas estándar con el fin de lograr un aumento particular de la eficiencia.

##### 8.4.3. Beneficio para los consumidores

509. Tanto el riesgo de efectos restrictivos de la competencia como la probabilidad de las mejoras de eficiencia aumentan con las cuotas de mercado de las empresas participantes y con la medida en que se usan las cláusulas estándar. Por lo tanto, no es posible establecer ninguna salvaguardia regulatoria general al amparo de la cual no haya ningún riesgo de que se produzcan efectos restrictivos de la competencia o que permita presumir que las mejoras de eficiencia benefician a los consumidores en una medida que compense cualquier efecto restrictivo de la competencia.
510. Sin embargo, ciertas mejoras de eficiencia generadas por las cláusulas estándar, como el aumento de la comparabilidad de las ofertas en el mercado, la facilitación del cambio entre proveedores y la seguridad jurídica, son necesariamente beneficiosas para los consumidores. Por lo que se refiere a otras posibles mejoras de eficiencia, tales como los menores costes de transacción, hay que evaluar en cada caso y en el contexto económico pertinente si es probable que benefician a los consumidores.

##### 8.4.4. No eliminación de la competencia

511. Las cláusulas estándar empleadas por una mayoría del sector pueden crear un estándar sectorial de hecho. En tal caso, se puede eliminar la competencia si se excluye a los terceros del acceso efectivo a este estándar. No obstante, si las cláusulas estándar solo se refieren a características menores del producto o servicio, no es probable que se elimine la competencia.

#### 8.5. Ejemplos

512. Cláusulas estándar no vinculantes y abiertas usadas en contratos con los consumidores finales

##### **Ejemplo 1**

*Situación:* Una asociación comercial de distribuidores de electricidad establece unas cláusulas estándar no vinculantes para el suministro de electricidad a consumidores finales. Las cláusulas estándar se han establecido de manera transparente y no discriminatoria. Dichas cláusulas abarcan aspectos como la especificación del punto de consumo, la situación del punto de conexión y el voltaje de conexión, disposiciones sobre la fiabilidad de servicio, así como el procedimiento de liquidación de cuentas entre las partes del contrato (por ejemplo, lo que sucede si el consumidor no facilita al distribuidor las lecturas de los dispositivos de medida). Las cláusulas estándar no contemplan los precios, es decir, no contienen ningún precio recomendado u otras cláusulas relacionadas con el precio. Cualquier empresa que opere en el sector tiene libertad para usar las cláusulas estándar según le convenga. Alrededor del 80 % de los contratos celebrados con consumidores finales en el mercado de referencia se basa en estas cláusulas estándar.

*Análisis:* No es probable que estas cláusulas estándar restrinjan la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Incluso aunque se convirtieran en práctica sectorial, no parecen tener ningún impacto negativo apreciable en los precios, ni en la calidad o la variedad de los productos.

## 513. Cláusulas estándar usadas para contratos entre empresas

**Ejemplo 2**

*Situación:* Las empresas de construcción de un Estado miembro se unen para establecer unas cláusulas estándar no vinculantes y abiertas para que las utilicen los contratistas cuando oferten un precio a un cliente para un trabajo de construcción. Las cláusulas incluyen un impreso de precios así como las condiciones aplicables a la obra o construcción. El conjunto de estos documentos constituye el contrato de construcción. Las cláusulas cubren aspectos tales como la forma del contrato, las obligaciones generales del contratista y del cliente, condiciones no relacionadas con el precio (por ejemplo, una disposición que especifica el derecho del contratista a anunciar la suspensión de la obra en caso de impago), el seguro, la duración, la entrega y los defectos, la limitación de la responsabilidad, la terminación, etc. Estas cláusulas estándar se emplearán a menudo entre empresas, una activa en sentido descendente y otra en sentido ascendente.

*Análisis:* No es probable que estas cláusulas estándar restrinjan la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Por lo general, no supondrán ninguna limitación significativa en la elección del producto final por parte del cliente, es decir, la obra de construcción. No parece probable que se produzca ningún otro efecto restrictivo de la competencia. De hecho, varias de las cláusulas en cuestión (entrega y defectos, terminación, etc.) se regirán a menudo por el Derecho.

## 514. Cláusulas estándar que facilitan la comparación de los productos de distintas empresas

**Ejemplo 3**

*Situación:* Una asociación nacional del sector de los seguros difunde unas condiciones estándar no vinculantes para las pólizas de contratos de seguro de hogar. Estas condiciones no dan ninguna indicación del nivel de las primas del seguro, del importe de la cobertura o de las franquicias a cargo de los asegurados. No imponen una cobertura exhaustiva que incluya los riesgos a los que no están expuestos simultáneamente un importante número de tomadores de seguros y no obligan a estos a obtener del mismo asegurador cobertura de riesgos diferentes. Si bien la mayoría de las empresas de seguros utilizan condiciones estándar en las pólizas, no todos sus contratos contienen las mismas condiciones ya que estas se adaptan a las necesidades individuales de cada cliente y, por lo tanto, no hay estandarización de hecho de los productos de seguro ofrecidos a los consumidores. Las condiciones estándar de las pólizas permiten a los consumidores y a sus organizaciones comparar las pólizas ofrecidas por las distintas aseguradoras. Una asociación de consumidores participa en la determinación de las condiciones estándar de las pólizas. También están disponibles para su uso por nuevos participantes en el mercado, de forma no discriminatoria.

*Análisis:* Las condiciones estándar de las pólizas se refieren a la composición del producto final de seguro. En la medida en que las condiciones del mercado y otros factores muestren que existe un riesgo de limitación en la variedad de productos como resultado de que las empresas de seguros utilicen las condiciones estándar de las pólizas, es probable que cualquier limitación de este tipo se vea compensada por las eficiencias, como la facilitación de la comparación por parte de los consumidores de las condiciones ofrecidas por las empresas de seguros. A su vez, estas comparaciones facilitan el cambio de aseguradora y, por lo tanto, mejoran la competencia. Además, la capacidad de cambio de proveedor y la entrada en el mercado de competidores constituyen una ventaja para los consumidores. El hecho de que la asociación de consumidores haya participado en el proceso puede aumentar la probabilidad de que se repercutan esas eficiencias. También es probable que las condiciones estándar de las pólizas reduzcan los costes de transacción y faciliten la entrada de las aseguradoras en mercados geográficos o de productos diferentes. Además, no parece que las restricciones vayan más allá de lo que es necesario para lograr las eficiencias en cuestión ni que se elimine la competencia. Por lo tanto, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

**9. ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD****9.1. Introducción**

515. Este capítulo ofrece orientación sobre la evaluación de la competencia de los acuerdos entre competidores que persiguen objetivos de sostenibilidad («acuerdos de sostenibilidad»). Además de estas orientaciones generales, la Comisión se ha comprometido a proporcionar orientaciones informales sobre cuestiones novedosas o no resueltas sobre acuerdos individuales de sostenibilidad a través de su Comunicación sobre las orientaciones informales<sup>(359)</sup>.

<sup>(359)</sup> Comunicación de la Comisión sobre orientaciones informales relativas a cuestiones nuevas o no resueltas concernientes a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que surjan en casos individuales (cartas de orientación) (DO C 381 de 4.10.2022, p. 9).

516. El desarrollo sostenible es un principio fundamental del Tratado de la Unión Europea y un objetivo prioritario de las políticas de la Unión <sup>(360)</sup>. La Comisión se comprometió a aplicar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas <sup>(361)</sup>. En consonancia con este compromiso, el Pacto Verde Europeo establece una estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero a partir de 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos <sup>(362)</sup>.
517. En términos generales, el desarrollo sostenible se refiere a la capacidad de la sociedad para consumir y utilizar los recursos disponibles en la actualidad sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Abarca actividades que promueven el desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos) <sup>(363)</sup>. Por lo tanto, el concepto de objetivo de sostenibilidad comprende, entre otras cosas, luchar contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero), reducir la contaminación, limitar el uso de los recursos naturales, respetar los derechos humanos, garantizar unos ingresos dignos, fomentar infraestructuras resilientes y la innovación, reducir el desperdicio de alimentos, facilitar la transición hacia alimentos saludables y nutritivos, garantizar el bienestar animal, etc. <sup>(364)</sup>
518. La aplicación del Derecho de competencia contribuye al desarrollo sostenible al garantizar una competencia efectiva, que estimula la innovación, aumenta la calidad y la elección de productos, garantiza una asignación eficiente de los recursos, reduce los costes de producción y contribuye así al bienestar de los consumidores.
519. Sin embargo, una preocupación relacionada con el desarrollo sostenible es que las decisiones individuales de producción y consumo pueden tener efectos negativos («externalidades negativas»), por ejemplo, en el medio ambiente, que los operadores económicos o los consumidores que las causan no tienen suficientemente en cuenta. Este tipo de fallo del mercado puede mitigarse o subsanarse mediante la acción colectiva, en primer lugar, a través de políticas públicas o de una regulación (sectorial) y, en segundo lugar, mediante acuerdos de cooperación entre empresas que promuevan la producción o el consumo sostenibles.
520. Cuando las deficiencias del mercado se abordan mediante una reglamentación adecuada, por ejemplo, la normativa obligatoria de la Unión en materia de contaminación, los mecanismos de fijación de precios, como el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión («RCDE»), o los impuestos, pueden ser innecesarias medidas adicionales por parte de las empresas, por ejemplo, a través de acuerdos de cooperación. Sin embargo, los acuerdos de cooperación pueden abordar deficiencias residuales del mercado que no se abordan o no se abordan plenamente en las políticas públicas y la reglamentación.
521. En las presentes Directrices, el término «acuerdo de sostenibilidad» se refiere a cualquier acuerdo de cooperación horizontal que persiga un objetivo de sostenibilidad, independientemente de la forma de cooperación. Los acuerdos de sostenibilidad solo plantearán problemas de competencia con arreglo al artículo 101 si conllevan restricciones de la competencia por su objeto o si dan lugar a efectos negativos apreciables, reales o probables, sobre la competencia. Los acuerdos que restringen la competencia no pueden eludir la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, simplemente haciendo referencia a un objetivo de sostenibilidad <sup>(365)</sup>.
522. Cuando los acuerdos de sostenibilidad restrinjan la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, pueden seguir siendo compatibles con el artículo 101 si cumplen las cuatro condiciones de la excepción prevista en el artículo 101, apartado 3. En las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 se ofrecen orientaciones detalladas sobre la aplicación de estas condiciones <sup>(366)</sup>.

<sup>(360)</sup> Artículo 3 TUE.

<sup>(361)</sup> La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas en 2015.

<sup>(362)</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «El Pacto Verde Europeo» [COM(2019) 640 final].

<sup>(363)</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución 66/288 de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012.

<sup>(364)</sup> La Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible señala diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (entre ellos, por ejemplo, el Objetivo 2: poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; Objetivo 7: garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna; Objetivo 9: construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; Objetivo 13: adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos); y 169 metas (entre ellas, por ejemplo, la meta 9.1: desarrollar infraestructuras fiables, sostenibles, resilientes y de calidad, incluidas infraestructuras regionales y transfronterizas, para apoyar el desarrollo económico y el bienestar humano, haciendo especial hincapié en el acceso asequible y equitativo para todos; y la meta 13.1: fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países).

<sup>(365)</sup> Véase la sección 1.2.6. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las restricciones de la competencia derivadas de acuerdos o decisiones de asociaciones de empresas pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, si son inherentes a la consecución de un objetivo legítimo y proporcionadas a dicho objetivo (véanse, en particular, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Albany International, C-67/96, EU:C:1999:430; sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, EU:C:2002:98; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

<sup>(366)</sup> Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado («Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101») (DO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

523. Los acuerdos de sostenibilidad no constituyen una categoría distinta de acuerdos de cooperación horizontal a efectos de la aplicación del artículo 101. Por consiguiente, cuando un acuerdo de cooperación horizontal corresponda a uno de los tipos de acuerdos horizontales cubiertos por los capítulos anteriores de las presentes Directrices y dicho acuerdo persiga también un objetivo de sostenibilidad, debe evaluarse sobre la base de las orientaciones contenidas en los capítulos anteriores pertinentes, junto con las orientaciones proporcionadas en el presente capítulo.
524. Esto significa, en la práctica, que un acuerdo de I+D o de especialización que persiga un objetivo de sostenibilidad (por ejemplo, un acuerdo entre competidores para desarrollar conjuntamente una tecnología de producción que reduzca el consumo de energía, o un acuerdo para compartir infraestructuras con vistas a reducir el impacto medioambiental de un proceso de producción), y que por lo tanto también se califique como acuerdo de sostenibilidad, puede beneficiarse de los reglamentos de exención por categorías aplicables a los acuerdos de I+D o a los acuerdos de especialización, siempre que se cumplan las condiciones de dichos reglamentos. Si no se cumplen las condiciones del reglamento de exención por categorías pertinente, es necesario llevar a cabo una evaluación completa en virtud del artículo 101, basándose en las orientaciones proporcionadas en el capítulo 2 (en el caso de los acuerdos de I+D) y en las orientaciones proporcionadas en el capítulo 3 (en el caso de los acuerdos de producción, incluidos los acuerdos de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones móviles), mientras que para ambos tipos de acuerdo también deben tenerse en cuenta las orientaciones proporcionadas en este capítulo. Del mismo modo, un acuerdo entre competidores de comprar conjuntamente como insumo para su producción únicamente productos que tengan un impacto medioambiental limitado, o de comprar exclusivamente a proveedores que respeten determinadas normas de sostenibilidad, debe evaluarse con arreglo a las orientaciones del capítulo 4 (Acuerdos de compra) <sup>(367)</sup>, teniendo en cuenta al mismo tiempo las orientaciones del presente capítulo.
525. En caso de incoherencia entre las orientaciones proporcionadas en el presente capítulo y las facilitadas en los capítulos anteriores pertinentes para la evaluación de un acuerdo de sostenibilidad concreto (capítulos 2 a 8), las partes del acuerdo podrán basarse en las orientaciones del capítulo que les sean más favorables. Habida cuenta de sus características diferenciadas (véanse los apartados 540 a 544), los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad deben evaluarse de conformidad con las orientaciones facilitadas en la sección 9.3 <sup>(368)</sup>, mientras que el capítulo 7 (Acuerdos de estandarización) solo proporciona más antecedentes sobre las condiciones que ambos capítulos tienen en común.
526. Este capítulo está estructurado como sigue: La sección 9.2 presenta ejemplos de acuerdos de sostenibilidad que es poco probable que restrinjan la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1; La sección 9.3 ofrece orientación sobre aspectos específicos de la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 1, y se centra en los acuerdos de sostenibilidad más comunes, es decir, los que establecen estándares de sostenibilidad; La sección 9.4 trata aspectos específicos de la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 3; La sección 9.5 examina las consecuencias de la participación de las autoridades públicas en la celebración de acuerdos de sostenibilidad. Por último, en la sección 9.6 se ofrece una evaluación de ejemplos hipotéticos de acuerdos de sostenibilidad.

## 9.2. Acuerdos de sostenibilidad que es poco probable que planteen problemas de competencia

527. No todos los acuerdos de sostenibilidad entre competidores entran en el ámbito de aplicación del artículo 101. Cuando tales acuerdos no afectan negativamente a parámetros de competencia, como el precio, la cantidad, la calidad, la elección o la innovación, no pueden plantear problemas relativos a las normas de competencia. A continuación, se presentan ejemplos de acuerdos de sostenibilidad que no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101. Estos ejemplos son ilustrativos y no exhaustivos.
528. En primer lugar, los acuerdos cuyo único objetivo sea garantizar el cumplimiento de requisitos o prohibiciones suficientemente precisos en tratados, acuerdos o convenios internacionales jurídicamente vinculantes, independientemente de que se hayan incorporado o no al Derecho nacional (por ejemplo, el respeto de los derechos sociales fundamentales o las prohibiciones de utilización del trabajo infantil, la tala de determinados la explotación de determinados tipos de maderas tropicales o el uso de determinados contaminantes) y que no sean plenamente aplicados o ejecutados por un Estado signatario, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101. Esta exclusión del artículo 101 solo se aplica si el acuerdo establece que las empresas participantes, sus proveedores o sus distribuidores deben cumplir tales requisitos o prohibiciones, por ejemplo, impidiendo, reduciendo o eliminando la producción o importación en la UE de productos contrarios a tales requisitos o prohibiciones. Dichos acuerdos pueden ser una medida adecuada para permitir a las empresas cumplir sus obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad en virtud del Derecho nacional o de la Unión y también pueden formar parte de regímenes de cooperación industrial más amplios o iniciativas multilaterales para identificar, mitigar y prevenir los efectos adversos en la sostenibilidad en sus cadenas de valor o en su sector.

<sup>(367)</sup> Véase el apartado 284.

<sup>(368)</sup> Dado que los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad son una subcategoría de acuerdos de estandarización.

529. En segundo lugar, los acuerdos que no se refieran a la actividad económica de las empresas, sino a su conducta corporativa interna, quedarán generalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 101. Las empresas competidoras pueden intentar aumentar la reputación de su industria por ser medioambientalmente responsables y, a tal fin, acordar, por ejemplo, medidas para eliminar los plásticos de un solo uso de sus locales comerciales; no superar una determinada temperatura ambiente en sus edificios o limitar el volumen de documentos internos que impriman.
530. En tercer lugar, los acuerdos para crear una base de datos que contenga información general sobre los proveedores que tengan cadenas de valor (no) sostenibles (por ejemplo, proveedores que respeten los derechos laborales o paguen salarios dignos); el uso de procesos de producción (no) sostenibles, o el suministro de insumos (no) sostenibles, o la información sobre los distribuidores que comercialicen productos de manera (n) (no) sostenible, pero que no prohíban ni obliguen a las partes a comprar a dichos proveedores o a vender a dichos distribuidores, en general no restringirán la competencia y quedarán fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 <sup>(369)</sup>. Estas formas limitadas de intercambio de información pueden ayudar de nuevo a las empresas a cumplir sus obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad en virtud del Derecho nacional o de la UE.
531. En cuarto lugar, los acuerdos entre competidores relativos a la organización de campañas de sensibilización en todo el sector, o de campañas de sensibilización de los clientes sobre el impacto medioambiental u otras externalidades negativas de su consumo, siempre que no equivalgan a una publicidad conjunta de productos específicos, tampoco restringirán por lo general la competencia y quedarán fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.

### 9.3. Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 1

#### 9.3.1. Principios generales

532. Cuando los acuerdos de sostenibilidad afecten negativamente a uno o varios parámetros de la competencia, deberán evaluarse con arreglo a al artículo 101, apartado 1.
533. Cuando un acuerdo de cooperación entre competidores (esté o no cubierto por alguno de los capítulos anteriores de las presentes Directrices) persiga un objetivo de sostenibilidad, debe tenerse en cuenta para determinar si el acuerdo restringe la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1 <sup>(370)</sup>.
534. Cuando las partes de un acuerdo demuestren que el objeto principal de un acuerdo es la consecución de un objetivo de sostenibilidad, y cuando ello suscite dudas razonables sobre si el acuerdo revela por su propia naturaleza, habida cuenta del contenido de sus disposiciones, de sus objetivos y del contexto económico y jurídico, un grado suficiente de perjuicio para la competencia que pueda considerarse una restricción por objeto <sup>(371)</sup>, será necesario evaluar los efectos del acuerdo sobre la competencia. Este no es el caso cuando el acuerdo se utilice para encubrir una restricción de la competencia por objeto, como la fijación de precios, el reparto del mercado o la asignación de clientes, o la limitación de la producción o la innovación.
535. Cualquier evaluación de los efectos se llevará a cabo con arreglo a los principios establecidos en la sección 1.2.5 y en la sección «Efectos restrictivos de la competencia» del capítulo anterior de las presentes Directrices correspondiente al tipo particular de acuerdo horizontal <sup>(372)</sup>. Al evaluar los efectos de un acuerdo de sostenibilidad deben tenerse en cuenta, en particular, los siguientes factores: el poder de mercado de las partes que participan en el acuerdo; el grado en que el acuerdo limita la independencia decisoria de las partes en relación con los principales parámetros de competencia; la cobertura del mercado del acuerdo; la medida en que se intercambia información comercial confidencial en el contexto del acuerdo; y si el acuerdo da lugar a un aumento apreciable de los precios o a una reducción apreciable de la producción, la variedad, la calidad o la innovación.
536. Los acuerdos de sostenibilidad que restringen la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, ya sea por objeto o por efecto, pueden seguir beneficiándose de la excepción prevista en el artículo 101, apartado 3, si las partes pueden demostrar que se cumplen las cuatro condiciones acumulativas de dicha disposición (véase la sección 9.4).

<sup>(369)</sup> Mientras la base de datos no reduzca la incertidumbre sobre las acciones recientes o futuras de los competidores en el mercado, no equivaldrá a un intercambio de información comercialmente sensible. En otras palabras, las empresas que contribuyen a la base de datos no deben identificar quiénes son sus proveedores actuales o futuros.

<sup>(370)</sup> Véanse los apartados 23 y 28.

<sup>(371)</sup> En principio, las pruebas que demuestren la consecución de un objetivo de sostenibilidad deben justificar una duda razonable sobre el objeto contrario a la competencia del acuerdo. Sin embargo, la consecución del objetivo de sostenibilidad no debe ser incierta. Véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU: C:2020:52, apartados 107-108.

<sup>(372)</sup> Véanse también los apartados 24-27 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

### 9.3.2. *Acuerdos de estandarización de la sostenibilidad*

537. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad son una subcategoría de los acuerdos de sostenibilidad. Su conformidad con el artículo 101 se evaluará con arreglo a los principios siguientes.

#### 9.3.2.1. *Definición y características*

538. Con el fin de contribuir al desarrollo sostenible, es posible que los competidores deseen acordar la eliminación gradual, la retirada o, en algunos casos, la sustitución de productos (por ejemplo, los plásticos o los combustibles fósiles, como el petróleo y el carbón) y procesos (por ejemplo, la producción de acero con carbón) no sostenibles por otros sostenibles. Los competidores también pueden querer acordar la armonización de los materiales de envasado para facilitar el reciclado o de los tamaños de los envases (y, por tanto, el contenido de los productos) para reducir los residuos. Es posible que deseen aceptar comprar únicamente insumos de producción que se hayan fabricado de manera sostenible. Del mismo modo, es posible que deseen acordar ciertas normas para mejorar el bienestar animal (por ejemplo, normas para proporcionar a los animales más espacio y mejores condiciones de vida). A estos efectos, los competidores pueden acordar adoptar y cumplir determinados estándares de sostenibilidad. En este capítulo, dichos acuerdos se denominan «acuerdos de estandarización de la sostenibilidad» o «estándares de sostenibilidad». Sin embargo, a efectos de las presentes Directrices, los acuerdos entre competidores que limitan la producción de las empresas participantes de los productos afectados por el acuerdo no se consideran acuerdos de estandarización de la sostenibilidad.
539. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad se utilizan para especificar los requisitos que los productores, procesadores, distribuidores, minoristas o proveedores de servicios de una cadena de suministro tienen que cumplir en relación con una amplia gama de métricas de sostenibilidad, como los impactos medioambientales de la producción<sup>(373)</sup>. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad suelen proporcionar normas, directrices o características para los productos y los procesos en relación con dichos parámetros de sostenibilidad y a veces se denominan sistemas de sostenibilidad. Suelen ser iniciativas privadas y pueden ir desde códigos de conducta adoptados por las empresas, hasta normas impulsadas por organizaciones de la sociedad civil e iniciativas de múltiples partes interesadas en las que participan empresas de toda la cadena de valor<sup>(374)</sup>. Las presentes Directrices solo abarcan los estándares de sostenibilidad elaborados por los competidores o en los que estos participan, como las marcas o etiquetas de calidad.
540. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad presentan similitudes con los acuerdos de estandarización contemplados en el capítulo 7, y las orientaciones que figuran en dicho capítulo contienen explicaciones adicionales sobre algunas de las condiciones establecidas en la sección 9.3.2.4. Sin embargo, los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad también tienen características específicas.
541. En primer lugar, la adopción de un estándar de sostenibilidad puede dar lugar a la creación de una etiqueta, logotipo o marca para los productos que cumplan ciertos requisitos mínimos. El uso de tales etiquetas, logotipos o marcas obliga en principio a los adoptantes a cumplir dichos requisitos y, si dejan de hacerlo, pierden el derecho a utilizar la etiqueta, el logotipo o la marca comercial.
542. En segundo lugar, el coste de respetar y cumplir un estándar de sostenibilidad puede ser elevado, especialmente si ello requiere cambios en los procesos de producción o distribución existentes. Por lo tanto, atenerse a un estándar de sostenibilidad puede dar lugar a un aumento de los costes de producción o distribución y, por consiguiente, a un aumento del precio de los productos vendidos por las partes.
543. En tercer lugar, a diferencia de los estándares técnicos, que garantizan la interoperabilidad y fomentan la competencia entre tecnologías desarrolladas por diferentes empresas en el proceso de desarrollo de estándares, las cuestiones de interoperabilidad y compatibilidad entre tecnologías son, por lo general, menos pertinentes para los estándares de sostenibilidad.
544. En cuarto lugar, muchos estándares de sostenibilidad se basan en el proceso, la gestión o el rendimiento. Esto significa que, a diferencia de muchos estándares técnicos, los estándares de sostenibilidad a menudo solo especifican un objetivo que debe alcanzarse sin imponer tecnologías o métodos de producción específicos para alcanzar el objetivo. Aquellos que adoptan estos estándares de sostenibilidad pueden comprometerse con el objetivo, pero siguen siendo libres de decidir sobre el uso de una tecnología o un método de producción concretos para alcanzar el objetivo.

<sup>(373)</sup> Véase, por ejemplo, el Foro de las Naciones Unidas sobre Estándares de Sostenibilidad, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

<sup>(374)</sup> Véase, por ejemplo, el documento «Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit» [«Marco de las herramientas para la evaluación de los estándares voluntarios de sostenibilidad», documento en inglés] de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, [https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf).

### 9.3.2.2. Principales problemas de competencia

545. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad a menudo tienen efectos positivos en la competencia. Pueden contribuir al desarrollo sostenible permitiendo el desarrollo de nuevos productos o mercados, aumentando la calidad de los productos o mejorando las condiciones de suministro o distribución. En particular, al proporcionar información sobre cuestiones de sostenibilidad (por ejemplo, a través de etiquetas), los estándares de sostenibilidad capacitan a los consumidores para tomar decisiones de compra con conocimiento de causa y, por tanto, desempeñan un papel en el desarrollo de mercados de productos sostenibles. Por último, los estándares de sostenibilidad también pueden igualar las condiciones entre los productores que están sujetos a requisitos reglamentarios diferentes.
546. Sin embargo, en algunas circunstancias, los estándares de sostenibilidad pueden restringir la competencia. Esto puede ocurrir de tres maneras en particular: mediante la coordinación de precios, la exclusión de estándares alternativos y la eliminación o discriminación de determinados competidores <sup>(375)</sup>.

### 9.3.2.3. Restricción de la competencia por el objeto

547. Los estándares de sostenibilidad que se usan para ocultar la fijación de precios, la asignación de mercados o clientes, las limitaciones de la producción o las limitaciones de la calidad o la innovación, restringen la competencia por el objeto.
548. En particular, un acuerdo entre competidores sobre cómo repercutir a los clientes el aumento de los costes resultante de la adopción de un estándar de sostenibilidad en forma de aumento de los precios de venta o para fijar los precios de los productos que incorporan el estándar restringe la competencia por el objeto. Del mismo modo, un acuerdo entre las partes del estándar de sostenibilidad para presionar directamente a terceros competidores para que se abstengan de comercializar productos que no cumplan dicho estándar restringe la competencia por el objeto. Lo mismo se aplica a los acuerdos entre competidores para limitar el desarrollo tecnológico a los estándares mínimos de sostenibilidad exigidas por la ley, en lugar de cooperar para lograr objetivos medioambientales más ambiciosos <sup>(376)</sup>.

### 9.3.2.4. Efectos restrictivos de la competencia

#### a) Salvaguardia regulatoria blanda

549. Es poco probable que los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad produzcan efectos negativos apreciables sobre la competencia siempre que se cumplan las seis condiciones acumulativas siguientes <sup>(377)</sup>:

*En primer lugar, el procedimiento para desarrollar el estándar de sostenibilidad debe ser transparente y todos los competidores interesados tienen que poder participar en el proceso que conduce a la selección del mismo <sup>(378)</sup>.*

*En segundo lugar, el estándar de sostenibilidad no debe imponer a las empresas que no deseen participar en él ninguna obligación directa o indirecta de cumplir el estándar <sup>(379)</sup>.*

*En tercer lugar, para garantizar el cumplimiento del estándar, pueden imponerse requisitos vinculantes a las empresas participantes, pero deben seguir siendo libres de aplicar estándares de sostenibilidad más estrictos.*

*En cuarto lugar, las partes del estándar de sostenibilidad no deben intercambiar información comercial confidencial que no sea objetivamente necesaria y proporcionada para el desarrollo, la adopción o la modificación del estándar <sup>(380)</sup>.*

*En quinto lugar, debe garantizarse un acceso efectivo y no discriminatorio al resultado del procedimiento de estandarización. Esto incluye permitir un acceso efectivo y no discriminatorio a los requisitos y condiciones para la utilización de la etiqueta, el logotipo o la marca acordados, y permitir que las empresas que no hayan participado en el proceso de elaboración del estándar lo adopten en una fase posterior <sup>(381)</sup>.*

<sup>(375)</sup> Véanse los apartados 442 a 444 para una descripción más detallada de las principales maneras en que los acuerdos de estandarización pueden restringir la competencia.

<sup>(376)</sup> Decisión de la Comisión en el asunto AT.40178, Emisiones de automóviles, de 8 de julio de 2021.

<sup>(377)</sup> Como se indica en el apartado 538, los acuerdos entre competidores que limitan la producción de los productos en cuestión de las empresas participantes no se consideran acuerdos de estandarización de la sostenibilidad. Por lo tanto, estos acuerdos requieren una evaluación individual en virtud del artículo 101.

<sup>(378)</sup> Véase el apartado 453 para una explicación del concepto de «transparencia» en el proceso de elaboración de estándares.

<sup>(379)</sup> Véase el apartado 464. En otras palabras, las empresas que no deseen participar en el estándar no deben verse obstaculizadas para seguir abasteciendo al mercado y a los consumidores de productos que cumplan los requisitos legales pero que no cumplan los requisitos adicionales creados por el nuevo estándar de sostenibilidad.

<sup>(380)</sup> Véase la sección 6.1 sobre el intercambio de información y, en particular, el apartado 369.

<sup>(381)</sup> Véanse los apartados 465 y siguientes de la sección 7.3.3.2 sobre las condiciones de acceso al estándar.

*En sexto lugar, el estándar de sostenibilidad debe cumplir al menos una de las dos condiciones siguientes:*

- (a) El estándar no deberá dar lugar a un aumento significativo del precio <sup>(382)</sup> o a una reducción significativa de la calidad de los productos de que se trate;*
- (b) La cuota de mercado conjunta de las empresas participantes <sup>(383)</sup> no deberá superar el 20 % en ningún mercado de referencia afectado por el estándar <sup>(384)</sup>.*

550. Estas condiciones garantizan que el estándar de sostenibilidad no dé lugar a una restricción apreciable de la competencia (por ejemplo, eliminando del mercado variantes de productos menos costosas). Asimismo, las condiciones garantizan que el estándar no excluya estándares alternativos, ni elimine o discrimine a otras empresas y garantizan un acceso efectivo al mismo. La condición de no intercambiar información comercial confidencial innecesaria garantiza que los intercambios de información se limiten a lo necesario y proporcionado al procedimiento de determinación de estándares y que no se utilicen para facilitar la colusión o restringir la competencia entre las partes.
551. Como se ha mencionado en el apartado 542, los estándares de sostenibilidad a menudo dan lugar a un aumento de los precios. No obstante, cuando el estándar sea adoptado por empresas que representen una parte significativa del mercado, puede permitir a las empresas mantener el nivel de precios anterior o aplicar solo un aumento de precios insignificante. Esto será especialmente pertinente cuando el producto cubierto por el estándar de sostenibilidad solo represente un pequeño coste de los insumos para el producto.
552. El incumplimiento de una o varias de las condiciones de la salvaguardia regulatoria blanda no crea una presunción de que el acuerdo de estandarización de la sostenibilidad restringe la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. No obstante, si no se cumplen una o varias de estas condiciones, es necesario llevar a cabo una evaluación individual del acuerdo con arreglo al artículo 101. Existen diferentes modelos para la fijación de estándares, y las empresas tienen libertad para acordar normas y procedimientos que no infrinjan las normas de competencia, aunque puedan diferir de los descritos en el apartado 549 anterior.
553. Es más probable que un acuerdo de estandarización de la sostenibilidad promueva la consecución de un objetivo de sostenibilidad si prevé un mecanismo o un sistema de supervisión para garantizar que las empresas que adoptan el estándar de sostenibilidad cumplen los requisitos del estándar <sup>(385)</sup>.
- b) Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1, fuera de la salvaguardia regulatoria blanda*
554. Para evaluar los efectos de los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad que no cumplen las condiciones de la salvaguardia regulatoria blanda, deben tenerse en cuenta los factores enumerados en el apartado 549, así como la capacidad de terceros para participar en el acuerdo.
555. El estándar de sostenibilidad todavía puede carecer de efectos contrarios a la competencia apreciables porque existe suficiente competencia de etiquetas o estándares de sostenibilidad alternativos o de productos producidos y distribuidos al margen de cualquier etiqueta o estándar de sostenibilidad. Incluso si la cobertura de mercado del acuerdo de estandarización de la sostenibilidad es significativa, la restricción ejercida por la competencia potencial puede seguir siendo suficiente, en particular en los casos en los que el acuerdo de estandarización de la sostenibilidad se limita a establecer una etiqueta, dejando a las empresas participantes libertad para operar también al margen de la etiqueta. De ser así, los consumidores tienen la posibilidad de comprar productos que lleven la etiqueta, o productos, posiblemente fabricados por las mismas empresas, que no se ajusten a la etiqueta, por lo que es poco probable que se restrinja la competencia <sup>(386)</sup>. En los casos en que un acuerdo de estandarización de la sostenibilidad pueda dar lugar a un aumento significativo del precio o a una reducción de la producción, la variedad de productos, la calidad o la innovación, el acuerdo podrá, no obstante, cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3.

<sup>(382)</sup> La importancia del incremento de precios dependerá de las características del producto y del mercado de referencia.

<sup>(383)</sup> La cuota de mercado combinada de las empresas participantes se refiere a la cuota de mercado de los productos de las empresas en general en los mercados de referencia afectados por el estándar y no se limita a los productos específicamente cubiertos por el acuerdo de estandarización de la sostenibilidad.

<sup>(384)</sup> La salvaguardia regulatoria blanda no impide a la Comisión o a una autoridad nacional de competencia intervenir en casos individuales en los que un acuerdo de estandarización de la sostenibilidad daría lugar a una restricción sensible de la competencia en el mercado, por ejemplo, debido al efecto acumulativo de los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad celebrados por diferentes empresas que dieran lugar a un aumento significativo de los precios o a una reducción significativa de la calidad.

<sup>(385)</sup> La presencia de dicho sistema de seguimiento y ejecución para garantizar el cumplimiento del estándar de sostenibilidad es un factor que se tendrá en cuenta a la hora de evaluar si un acuerdo tiene por objeto principal la consecución de un objetivo de sostenibilidad con arreglo al apartado 534.

<sup>(386)</sup> Los acuerdos entre competidores que no contengan restricciones de la competencia por el objeto también pueden beneficiarse de la Comunicación de *minimis* cuando la cuota de mercado agregada de las partes en el acuerdo no supere el 10 % en ningún mercado de referencia afectado por el acuerdo (véase el apartado 41).

#### 9.4. Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101, apartado 3

556. Un acuerdo de sostenibilidad que restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, puede beneficiarse de la excepción prevista en el artículo 101, apartado 3, si las partes del acuerdo pueden demostrar que se cumplen las cuatro condiciones acumulativas de dicha disposición.

##### 9.4.1. Mejoras de eficiencia

557. La primera condición del artículo 101, apartado 3, exige que el acuerdo en cuestión contribuya a mejorar la producción o distribución de mercancías o a promover el progreso técnico o económico. En esencia, exige que el acuerdo contribuya a eficiencias objetivas, entendidas en términos generales, en el sentido de que abarquen no solo las reducciones de los costes de producción y distribución, sino también los aumentos de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución y el aumento de la innovación<sup>(387)</sup>. Por lo tanto, permite tener en cuenta una amplia gama de beneficios para la sostenibilidad derivados del uso de determinados ingredientes, tecnologías y procesos de producción.
558. Entre los ejemplos de eficiencia que pueden generar los acuerdos de sostenibilidad cabe citar el uso de tecnologías de producción o distribución menos contaminantes, la mejora de las condiciones de producción y distribución, una infraestructura más resiliente y productos de mejor calidad. Los acuerdos de sostenibilidad también pueden reducir las perturbaciones de la cadena de suministro, acortar el tiempo necesario para introducir productos sostenibles en el mercado y permitir a los consumidores tomar decisiones de compra con conocimiento de causa facilitando la comparación de los productos. Estas mejoras de eficiencia pueden contribuir a un mercado interior resiliente.
559. Estas eficiencias no pueden suponerse sin más; deberán poder probarse<sup>(388)</sup>. También deben ser objetivas, concretas y verificables<sup>(389)</sup>. Por ejemplo, si la eficacia reivindicada consiste en una mejora del producto, las partes deben poder demostrar las características exactas de dicha mejora. Si la eficiencia alegada es la reducción de la contaminación del agua, las partes deben explicar cómo contribuye exactamente el acuerdo a la reducción de la contaminación del agua y proporcionar una estimación de la magnitud del beneficio alegado<sup>(390)</sup>.

##### 9.4.2. Carácter indispensable

560. A efectos de las presentes Directrices, conviene abordar la tercera condición prevista en el artículo 101, apartado 3, (carácter indispensable), antes de la segunda condición (participación equitativa de los consumidores). La razón es que el análisis de la participación equitativa de los consumidores no debe incluir los efectos de ninguna restricción que no cumpla la condición de carácter de indispensable y que, por tanto, esté prohibida por el artículo 101<sup>(391)</sup>.
561. Según la tercera condición del artículo 101, apartado 3, el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones de la competencia que no sean indispensables para alcanzar los beneficios generados por el mismo. Para cumplir este requisito, las partes deben poder demostrar que su acuerdo como tal, así como cada una de las restricciones de la competencia que implica, son razonablemente necesarios para que se materialicen los beneficios en materia de sostenibilidad alegados y que no existen otros medios económicamente viables y menos restrictivos para alcanzar esos beneficios<sup>(392)</sup>.
562. En principio, cada empresa debe decidir por sí misma cómo lograr los beneficios en materia de sostenibilidad y, en la medida en que los consumidores valoren estos beneficios, el mercado recompensará las buenas decisiones y castigará las malas. Cuando hay demanda de productos sostenibles, por lo general, los acuerdos de cooperación no son indispensables para alcanzar los beneficios en materia de sostenibilidad. Sin embargo, pueden ser indispensables para alcanzar un objetivo de sostenibilidad de una manera más rentable o más rápida<sup>(393)</sup>.

<sup>(387)</sup> Véanse también los apartados 48-72 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101. En particular, el apartado 70 establece que «[m]ediante la cooperación, las empresas pueden crear eficiencias que en ausencia del acuerdo restrictivo hubieran resultado imposibles o sólo posibles con considerable retraso o a costes más elevados».

<sup>(388)</sup> Véanse también los apartados 50-58 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101. En particular, el apartado 58 aclara que «[e]n caso de que las partes no hayan empezado aún a aplicar el acuerdo, deberán justificar sus proyecciones en cuanto a la fecha a partir de la cual las mejoras de eficiencia surtirán efecto de modo que tengan repercusiones positivas de importancia en el mercado».

<sup>(389)</sup> Véase el apartado 56 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101: «Los datos facilitados deben ser verificables de modo que exista un grado suficiente de certeza de que las eficiencias se han materializado o es probable que se materialicen».

<sup>(390)</sup> Véase, por ejemplo, la Recomendación (UE) 2021/2279 de la Comisión de 15 de diciembre de 2021 sobre el uso de los métodos de la huella ambiental para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida (DO L 471 de 30.12.2021, p. 1).

<sup>(391)</sup> Véase en particular el apartado 39 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

<sup>(392)</sup> Véanse en particular los apartados 73-82 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

<sup>(393)</sup> Véanse, en particular, los apartados 76 y 89 de las Directrices del artículo 101, apartado 3, relativos al plazo en el que se alcanzan las eficiencias.

563. Un acuerdo de sostenibilidad puede ser indispensable en los casos en que las partes puedan demostrar que a los consumidores del mercado de referencia les resulta difícil, por ejemplo debido a la falta de conocimientos o información suficientes sobre el producto o las consecuencias de su uso, para evaluar objetivamente si los beneficios que obtendrán del acuerdo de sostenibilidad compensan los perjuicios que sufrirán a causa del mismo y que, en consecuencia, sobrestiman la magnitud de los efectos negativos inmediatos. Por ejemplo, los fabricantes de bienes de consumo que se mueven rápidamente suelen utilizar grandes envases porque los consumidores perciben que grande es mejor. Si los fabricantes reducen el exceso de envase manteniendo el mismo contenido, los consumidores no sufrirán ningún perjuicio, aunque pueden percibir el envase más pequeño como una reducción de la cantidad (véase el ejemplo 1 del punto 599). Del mismo modo, es posible que los consumidores no aprecien el valor de los beneficios futuros en forma de mejora de la calidad o innovación cuando el efecto inmediato del acuerdo sea un aumento del precio del producto <sup>(394)</sup>.
564. Las externalidades negativas u otras deficiencias del mercado se abordan a menudo a través de la política pública y la regulación. Estas medidas públicas suelen requerir la actuación de todas las partes implicadas, a fin de garantizar unos resultados de mercado eficientes haciendo que los ciudadanos y las empresas sean responsables de las consecuencias para la sostenibilidad de sus decisiones o acciones individuales <sup>(395)</sup>. Por lo tanto, cuando el Derecho de la Unión o nacional exija a las empresas el cumplimiento de obligaciones específicas que tengan un objetivo de sostenibilidad, los acuerdos de cooperación y las restricciones que conllevan no pueden considerarse indispensables para garantizar el cumplimiento de la obligación impuesta, dado que el legislador ya ha decidido que cada empresa debe cumplir individualmente la obligación en cuestión <sup>(396)</sup>.
565. Sin embargo, incluso cuando existe regulación, los acuerdos pueden seguir siendo indispensables para la consecución de beneficios en materia de sostenibilidad en situaciones específicas. En primer lugar, este puede ser el caso si la regulación no aborda todos los aspectos de una deficiencia del mercado, dejando un margen residual para los acuerdos de cooperación. Por ejemplo, cuando las empresas suscriben un acuerdo de sostenibilidad para alcanzar un nivel de sostenibilidad sustancialmente superior al establecido por la normativa. En segundo lugar, los acuerdos de cooperación pueden ser indispensables para alcanzar el objetivo de manera más rentable o rápida, siempre que la normativa pertinente deje margen para que las empresas lleguen a un acuerdo al respecto y, al hacerlo, respeten todos los requisitos del Reglamento.
566. Puede haber otros casos en los que, debido a externalidades negativas u otros fallos del mercado, los beneficios de la sostenibilidad no puedan lograrse mediante la libre interacción de las fuerzas del mercado, o puedan conseguirse de forma más rentable mediante la cooperación entre empresas. Por ejemplo, puede ser necesario un acuerdo de sostenibilidad (en una fase inicial) para evitar el parasitismo en las inversiones necesarias para promover un producto sostenible y proporcionar información a los consumidores (superando las denominadas «desventajas del pionero») <sup>(397)</sup>.
567. En este contexto, también puede ser necesario un acuerdo restrictivo para lograr economías de escala, en particular para alcanzar una escala suficiente para cubrir los costes fijos de la creación, el funcionamiento y el seguimiento de la etiqueta o el estándar de sostenibilidad. Las restricciones también pueden resultar indispensables a fin de alinear los incentivos de las partes y garantizar que estas concentren sus esfuerzos en la aplicación del acuerdo <sup>(398)</sup>. Si el acuerdo obliga a las partes a no operar al margen de la etiqueta o el estándar, tienen que poder demostrar por qué el mero establecimiento de una etiqueta o estándar no basta para obtener eficiencias. Por lo general, basta con que el acuerdo defina el estándar de sostenibilidad como estándar mínimo común, dejando así margen para que las empresas participantes apliquen libre e individualmente estándares de sostenibilidad más elevados.
568. Por regla general, las obligaciones impuestas por los acuerdos de sostenibilidad no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo del acuerdo.

<sup>(394)</sup> En este caso, los posibles beneficios para los consumidores podrían demostrarse utilizando pruebas de su «voluntad de pagar» (véase la sección 9.4.3.2).

<sup>(395)</sup> Por ejemplo, la normativa medioambiental lograr este objetivo a través de impuestos, prohibiciones o subvenciones.

<sup>(396)</sup> Si las empresas están vinculadas por un sistema de limitación y comercio, como el RCDE UE, debe considerarse que cualquier reducción de la contaminación y la correspondiente disminución en el uso de derechos de emisión de una empresa o un sector determinados liberarán dichos derechos, lo que dará lugar a un efecto neto nulo sobre la contaminación sin una reducción de los derechos de emisión (efecto cama de agua).

<sup>(397)</sup> Por ejemplo, esto podría ocurrir cuando una empresa invierta en la comercialización de un producto sostenible para garantizar que los consumidores sean conscientes de la calidad del nuevo producto. Si los competidores también comienzan a producir versiones sostenibles de sus propios productos, para los que ya se ha demostrado la demanda de los consumidores, estos competidores no tienen que soportar los costes relacionados con el lanzamiento inicial del producto sostenible y pueden parasitar las inversiones realizadas por la primera empresa para lanzar el producto sostenible.

<sup>(398)</sup> Véase en particular el apartado 80 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

#### 9.4.3. *Beneficio para los consumidores*

569. La segunda condición del artículo 101, apartado 3 exige que los usuarios reciban una participación equitativa de los beneficios alegados. El concepto de «consumidores» abarca a todos los consumidores directos e indirectos de los productos cubiertos por el acuerdo<sup>(399)</sup>. Los consumidores reciben una participación equitativa de los beneficios cuando los beneficios derivados del acuerdo compensan el perjuicio causado por el acuerdo, de modo que la incidencia global sobre los consumidores en el mercado pertinente es al menos neutra<sup>(400)</sup>. Por lo tanto, los beneficios de sostenibilidad que resulten de un acuerdo deben recaer en los consumidores de los productos cubiertos por dicho acuerdo.
570. Puede haber casos en los que el perjuicio para la competencia sea claramente insignificante en comparación con los beneficios potenciales para los consumidores del mercado de referencia, obviando la necesidad de una evaluación detallada. Por el contrario, en muchos casos, puede resultar obvio que los beneficios de sostenibilidad alegados no benefician a los consumidores del mercado de referencia o que no serían lo suficientemente importantes como para compensar el perjuicio sufrido por dichos consumidores. Sin embargo, también puede haber casos en los que no pueda evitarse una evaluación detallada.

##### 9.4.3.1. Beneficios individuales del valor de uso

571. Los beneficios para los consumidores suelen derivarse del consumo o del uso de los productos cubiertos por el acuerdo evaluado. Estos beneficios pueden adoptar la forma de una mejora de la calidad del producto o de la variedad del producto como resultado de las eficiencias cualitativas, o adoptar la forma de una disminución del precio como resultado de las eficiencias de costes. Estos beneficios también pueden derivarse del consumo de un producto sostenible del mismo modo que del consumo de cualquier otro producto. Asimismo pueden denominarse «beneficios individuales del valor de uso», ya que se derivan del uso del producto y mejoran directamente la experiencia de los consumidores con el producto en cuestión.
572. Por ejemplo, las hortalizas cultivadas con abonos orgánicos pueden tener mejor sabor y/o ser más sanas para los consumidores que las hortalizas producidas con abonos no orgánicos. Del mismo modo, sustituir el plástico de ciertos productos por materiales más duraderos puede aumentar la longevidad de los productos en cuestión. En estas circunstancias, los consumidores disfrutan de una mayor calidad por el simple hecho de consumir el producto en cuestión. Se trata de eficiencias cualitativas típicas que puede aportar un acuerdo restrictivo y que pueden compensar el perjuicio causado por un aumento del precio (por ejemplo, debido al uso acordado de materiales sostenibles más caros), o por una reducción de la capacidad de elección (por ejemplo, debido a un acuerdo para no utilizar un insumo no sostenible). Si los beneficios son lo suficientemente significativos como para compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios o la reducción de la elección, estos compensarán a los consumidores perjudicados por el acuerdo y, por tanto, cumplirán la segunda condición del artículo 101, apartado 3.
573. En los ejemplos anteriores, además de los beneficios del valor de uso individual, los acuerdos en cuestión pueden generar efectos positivos externos a los consumidores (externalidades positivas). Existen externalidades positivas cuando se reducen las externalidades negativas, como la contaminación, la erosión del suelo, etc. Estas externalidades positivas, que pueden beneficiar a la sociedad hoy o en el futuro, podrían no haber sido posibles en ausencia del acuerdo restrictivo en cuestión. Estas externalidades positivas son distintas de los beneficios individuales del valor de uso de que disfrutaban los consumidores en el mercado de referencia (véase la sección 9.4.3.3).
574. Los acuerdos destinados a reducir los envases también pueden reducir los costes de producción y distribución y, en última instancia, el precio del producto. Por ejemplo, un acuerdo entre competidores para suministrar detergente líquido de forma concentrada en botellas más pequeñas puede reducir los costes de materiales, transporte y almacenamiento. Del mismo modo, los acuerdos para compartir infraestructuras o servicios de transporte de distribución entre competidores pueden reducir los costes de las partes y, por tanto, el precio del producto final. El perjuicio resultante de tales acuerdos puede consistir en una menor capacidad de elección para los consumidores o en una menor calidad del producto, pero el beneficio del precio más bajo puede compensar dicho perjuicio<sup>(401)</sup>. Los mismos acuerdos también pueden tener externalidades positivas consistentes en un impacto negativo reducido en el medio ambiente (véase la sección 9.4.3.3).

##### 9.4.3.2. Beneficios individuales del valor de no uso

575. Los beneficios para los consumidores de los acuerdos de sostenibilidad pueden consistir no solo en beneficios directos del uso de un producto sostenible, sino también en beneficios indirectos, derivados de la apreciación

<sup>(399)</sup> Esto comprende a los productores que utilizan los productos como insumo, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir, las personas físicas que actúan con fines que son ajenos a su actividad comercial o profesión. Véase el apartado 84 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101.

<sup>(400)</sup> Véanse el apartado 85 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72.

<sup>(401)</sup> Es más probable que las reducciones de los costes marginales o variables sean pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, las primeras tienen más probabilidades de dar lugar a precios más bajos para los consumidores.

por parte de los consumidores del impacto de su consumo sostenible en los demás. En concreto, algunos consumidores pueden valorar más el consumo de un producto sostenible que el consumo de un producto no sostenible porque el producto sostenible tiene menos impacto negativo sobre los demás.

576. Por ejemplo, los consumidores pueden optar por un líquido de limpieza concreto no porque limpie mejor, sino porque contamine menos el agua. Del mismo modo, los consumidores pueden estar dispuestos a pagar un precio más elevado por un mueble fabricado a partir de madera cultivada de forma sostenible no por la mejor calidad del mueble, sino porque quieren detener la deforestación y la pérdida de hábitats naturales. En la misma línea, los conductores pueden optar por utilizar un combustible más caro no porque sea de mayor calidad y mejor para sus vehículos, sino porque contamina menos.
577. En estos casos, la experiencia del consumidor con el producto no mejora directamente. No obstante, los consumidores pueden estar dispuestos a pagar un precio más alto por un producto sostenible o a limitar su elección de productos (no comprando variantes no sostenibles) para beneficiar a la sociedad o a las generaciones futuras. Por lo tanto, los beneficios indirectos del valor de no uso recaen en los consumidores del mercado de referencia a través de su valoración individual del efecto en los demás, incluidos los no usuarios ajenos al mercado de referencia.
578. Los consumidores que están dispuestos a pagar más por estos productos pueden percibir que son de mayor calidad, precisamente debido a las ventajas para los demás. Desde una perspectiva económica, estos beneficios cualitativos indirectos no difieren de los beneficios de mejora de la calidad que aumentan el valor de uso directo de un producto, tal y como se expone en la sección 9.4.3.1. Estos beneficios indirectos, no relacionados con el valor de uso, pueden medirse en algunos casos investigando la disposición a pagar de los consumidores, por ejemplo, mediante encuestas a los clientes <sup>(402)</sup>.
579. Puede haber una diferencia entre lo que los consumidores declaran que son sus preferencias y lo que su comportamiento de compra muestra que son sus preferencias reales. Esto puede indicar que las preferencias declaradas por los consumidores sobrestiman o subestiman sus verdaderas preferencias. Para mitigar estos sesgos, que a menudo se derivan de preguntas hipotéticas de las encuestas a los consumidores, dichas encuestas deben proporcionar un contexto adecuado. Además, las preguntas planteadas deben tener en cuenta las normas sociales, los conocimientos y hábitos de consumo y las expectativas sobre el comportamiento de los demás.
580. En términos más generales, para cumplir con su carga de la prueba en virtud del artículo 101, apartado 3, las partes de un acuerdo tienen que poder aportar pruebas de las preferencias reales de los consumidores. Las partes deben evitar proyectar sus propias preferencias sobre los consumidores.
581. Para evaluar la disposición a pagar de los consumidores, no es necesario evaluar la disposición a pagar de todos y cada uno de los consumidores del mercado de referencia. Basta con que la evaluación se base en el efecto global sobre los consumidores del mercado de referencia <sup>(403)</sup>.

#### 9.4.3.3. Beneficios colectivos

582. El punto 9.4.3.2 se refiere a los beneficios individuales del valor de no uso, que se limitan a las opciones voluntarias (altruistas) de los consumidores individuales. Sin embargo, no todas las externalidades negativas pueden subsanarse mediante acciones voluntarias e individuales de los consumidores. Dado que el impacto sobre la sostenibilidad derivado del consumo individual no recae necesariamente en el individuo consumidor sino en un grupo más amplio, puede ser necesaria una iniciativa conjunta, como un acuerdo de cooperación, para internalizar las externalidades negativas y aportar beneficios de sostenibilidad a un sector más amplio de la sociedad <sup>(404)</sup>. Por ejemplo, los consumidores pueden no estar dispuestos a pagar un precio más elevado por un producto producido con una tecnología ecológica pero costosa. Para garantizar que se materializan los beneficios relacionados con el uso de esa tecnología, puede ser necesario un acuerdo para eliminar gradualmente la tecnología contaminante. Estos beneficios se denominan «beneficios colectivos», ya que se producen independientemente de la apreciación individual del producto por parte de los consumidores y benefician a un sector más amplio de la sociedad que sólo a los consumidores del mercado de referencia.

<sup>(402)</sup> La disposición de los consumidores a pagar es un elemento que puede ayudar a identificar el tipo de beneficio que las partes del acuerdo pueden alegar. El hecho de que los consumidores estén dispuestos a pagar, es decir, que exista demanda de productos sostenibles, no significa necesariamente que un acuerdo no sea indispensable. Aunque los consumidores puedan estar dispuestos a pagar por un producto sostenible, un acuerdo restrictivo puede seguir siendo indispensable, por ejemplo, para superar una desventaja de pionero o para lograr economías de escala que reduzcan los costes.

<sup>(403)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72.

<sup>(404)</sup> La deficiencia del mercado en tales situaciones suele consistir en el hecho de que el consumo no sostenible ejerce externalidades negativas sobre otros. Estas externalidades negativas (como las emisiones) no se internalizan plenamente (se tienen en cuenta) por parte de los consumidores individuales, lo que da lugar a un consumo excesivo del producto no sostenible. Del mismo modo, la deficiencia del mercado puede consistir en externalidades positivas (como una reducción de las emisiones) del consumo sostenible. En ese caso, el mercado no suministra suficientemente productos sostenibles por la misma razón, a saber, porque los consumidores no tienen en cuenta los efectos de su consumo en los demás.

583. Aunque la ponderación de los efectos positivos y negativos de los acuerdos restrictivos se realiza normalmente en el mercado de referencia al que se refiere el acuerdo, cuando dos mercados están relacionados, pueden tenerse en cuenta las eficiencias generadas en mercados separados, siempre que el grupo de consumidores que se ve afectado por la restricción y que se beneficia de las eficiencias sea sustancialmente el mismo <sup>(405)</sup>.
584. Por analogía, cuando los consumidores del mercado de referencia se solapan sustancialmente con los beneficiarios ajenos al mercado de referencia o forman parte de ellos, los beneficios colectivos para los consumidores del mercado de referencia que se producen fuera de dicho mercado pueden tenerse en cuenta si son lo suficientemente significativos como para compensar a dichos consumidores por el perjuicio sufrido <sup>(406)</sup>.
585. Por ejemplo, los conductores que compran combustibles menos contaminantes también son ciudadanos que se beneficiarían de un aire más limpio si se utilizaran combustibles menos contaminantes. En la medida en que pueda establecerse un solapamiento sustancial de los consumidores (los conductores en este ejemplo) y los beneficiarios más amplios (los ciudadanos), los beneficios para la sostenibilidad de un aire más limpio pueden tenerse en cuenta, siempre que compensen a los consumidores del mercado de referencia por el perjuicio sufrido. A la inversa, los consumidores pueden comprar ropa fabricada con algodón sostenible que reduce el uso de fertilizantes y agua en la tierra donde se cultiva el algodón. Estos beneficios medioambientales podrían, en principio, tenerse en cuenta como beneficios colectivos. Sin embargo, en este caso es poco probable que haya un solapamiento sustancial entre los consumidores de la ropa y los beneficiarios de los beneficios medioambientales, ya que éstos sólo se producen en la zona en la que se cultiva el algodón. Por lo tanto, es poco probable que estos beneficios colectivos recaigan en los consumidores del mercado de referencia. Por lo tanto, sólo podrían tenerse en cuenta si y en la medida en que los consumidores de prendas de vestir estén dispuestos a pagar más por prendas de algodón cultivadas de forma sostenible (beneficio individual sin valor, véase la sección 9.4.3.2).
586. Para que los beneficios colectivos se materialicen, la cobertura de mercado del acuerdo tendrá que ser significativa. Si, por ejemplo, solo dos de cada diez fabricantes de lavadoras aceptan abandonar sus modelos más contaminantes, es poco probable que el acuerdo pueda evitar el parasitismo (que los fabricantes de lavadoras sigan ofreciendo modelos más contaminantes) y, por tanto, es poco probable que reduzca suficientemente la contaminación, ya que los consumidores interesados podrían pasarse a los modelos contaminantes producidos por los proveedores restantes <sup>(407)</sup>.
587. Para tener en cuenta los beneficios colectivos, las partes del acuerdo deben poder:
- a) describir claramente los beneficios alegados y aportar pruebas de que ya se han producido o que es probable que se produzcan <sup>(408)</sup>;
  - b) definir claramente a los beneficiarios;
  - c) demostrar que los consumidores del mercado de referencia se solapan sustancialmente con los beneficiarios o forman parte de ellos <sup>(409)</sup>; y
  - d) demostrar que la parte de los beneficios colectivos que revierten a los consumidores en el mercado de referencia, en su caso junto con los beneficios de uso individual y de valor de no utilización que corresponden a dichos consumidores, compensa el perjuicio sufrido por dichos consumidores como consecuencia de la restricción.
588. Las pruebas de beneficios colectivos contenidas en informes de las autoridades públicas o en informes elaborados por organizaciones académicas reconocidas pueden tener un valor particular para esta evaluación.
589. Cuando no se disponga de datos que permitan un análisis cuantitativo de los beneficios del acuerdo, podrán tenerse en cuenta otras pruebas, siempre que demuestren un impacto positivo claramente identificable en los consumidores del mercado de referencia, no marginal. Dado que actualmente hay poca experiencia en la medición y cuantificación de los beneficios colectivos, la Comisión pretende proporcionar más orientaciones sobre esta cuestión cuando haya adquirido suficiente experiencia en el tratamiento de casos concretos, lo que puede permitirle desarrollar metodologías de evaluación.

<sup>(405)</sup> Apartado 43 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101; véanse también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión, T-168/01, EU:T:2006:265, apartados 248 y 251; la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 242; la Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2013 en el asunto AT.39595 Air Canada/United Airlines/Lufthansa («alianza STAR»).

<sup>(406)</sup> Los consumidores pueden ser compensados a través de un tipo de beneficios en materia de sostenibilidad o de una combinación de beneficios individuales y colectivos (véase la sección 9.4.3.4).

<sup>(407)</sup> Sin embargo, en este ejemplo no solo el beneficio potencial del acuerdo es limitado debido a una cobertura insuficiente, sino también el perjuicio potencial para la competencia (esencialmente por las mismas razones).

<sup>(408)</sup> Los beneficios que se materializarán en el futuro podrán tenerse en cuenta en la medida en que vayan a beneficiar a los consumidores del mercado de referencia.

<sup>(409)</sup> En los casos en que los beneficios colectivos se dispersan entre un amplio sector de la sociedad, es menos probable que el solapamiento con los consumidores en el mercado de referencia sea sustancial.

#### 9.4.3.4. Cualquier tipo de beneficios o todos ellos

590. Las partes en los acuerdos de sostenibilidad podrán basarse en cualquiera de los tres tipos de beneficios para los consumidores para justificar su acuerdo con arreglo al artículo 101, apartado 3. La elección de los beneficios puede depender de los hechos del caso y de la solidez de las pruebas disponibles. En algunos casos, demostrar únicamente los beneficios del valor de uso individual puede bastar para cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3. En otros casos, pueden bastar pruebas de beneficios individuales de valor de no utilización o de beneficios colectivos. Y en algunos casos las partes pueden demostrar una combinación de dos o los tres tipos de beneficios.
591. En algunos casos, puede ser necesario un cierto período de tiempo antes de que se materialicen los beneficios. Entre tanto, puede ser que el acuerdo solo tenga efectos negativos. El hecho de que la participación de los consumidores en los beneficios se produzca transcurrido cierto intervalo no es en sí motivo para descartar la aplicación del apartado 3 del artículo 101. Sin embargo, cuanto mayor sea el desfase, mayores deben ser las eficiencias para compensar también la pérdida para los consumidores durante el periodo anterior al traspaso. Al realizar esta evaluación, el valor de los beneficios futuros debe descontarse adecuadamente <sup>(410)</sup>.

#### 9.4.4. No eliminación de la competencia

592. Con arreglo a la cuarta condición del artículo 101, apartado 3, el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En esencia, esta condición garantiza un cierto grado de competencia residual en el mercado o mercados de referencia, independientemente del alcance de los beneficios.
593. Esta última condición puede cumplirse incluso si el acuerdo que restringe la competencia abarca a todo el sector, siempre que las partes del acuerdo sigan compitiendo enérgicamente en al menos un aspecto importante de la competencia. Por ejemplo, si el acuerdo elimina la competencia en materia de calidad o variedad, pero el precio también es un parámetro importante de la competencia en la industria en cuestión, y los precios no están restringidos, esta condición aún puede cumplirse.
594. Además, si los competidores compiten con una gama de productos diferenciados, todos en el mismo mercado de referencia, la eliminación de la competencia en una o más de las variantes del producto no significa necesariamente que se elimine la competencia en el mercado de referencia.
595. Del mismo modo, si los competidores deciden no utilizar una tecnología contaminante concreta o un determinado ingrediente no sostenible en la producción de sus productos, la competencia no se eliminará si siguen compitiendo en el precio o en la calidad del producto final.
596. Por último, la eliminación de la competencia durante un período limitado, que no tiene ningún impacto en el desarrollo de la competencia una vez transcurrido este período, no es un obstáculo para cumplir esta condición. Por ejemplo, un acuerdo entre competidores para limitar temporalmente la producción de una variante de un producto, que contenga un ingrediente no sostenible, con el fin de introducir en el mercado un sustituto sostenible del producto, con el objetivo de sensibilizar a los consumidores sobre las características del nuevo producto, cumplirá, en general, la última condición del artículo 101, apartado 3.

#### 9.5. Participación de las autoridades públicas

597. La participación de las autoridades públicas nacionales o locales en el proceso de celebración de acuerdos de sostenibilidad, o el conocimiento por parte de dichas autoridades de la existencia de tales acuerdos, no excluye por sí mismo la aplicación del artículo 101 a dichos acuerdos. Del mismo modo, si los actos de las autoridades públicas se limitan a fomentar o facilitar que las empresas participen en acuerdos de sostenibilidad contrarios a la competencia, sin privar a las empresas de su autonomía, dichos acuerdos siguen estando sujetos al artículo 101 <sup>(411)</sup>.
598. No obstante, las partes de un acuerdo de sostenibilidad contrario a la competencia no serán responsables en virtud del artículo 101 si han sido obligadas o requeridas por las autoridades públicas a celebrar el acuerdo o cuando las autoridades públicas refuercen el efecto del acuerdo <sup>(412)</sup>.

#### 9.6. Ejemplos

599. Un acuerdo que se beneficia de la salvaguardia regulatoria blanda

<sup>(410)</sup> Véanse las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101, p. 87.

<sup>(411)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, apartado 56. Véase también el capítulo 1, apartado 19.

<sup>(412)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, apartado 38; sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04, EU:C:2006:758, apartado 47.

**Ejemplo 1**

*Situación:* Los cereales para el desayuno se venden en atractivas cajas de cartón de colores. A lo largo de los años, el tamaño de estas cajas ha ido aumentando, no porque el contenido sea mayor, sino simplemente para hacerlas más atractivas y sugerentes para los consumidores. Se trata de una estrategia de comercialización rentable, ya que los consumidores suelen comprar los cereales para el desayuno de forma espontánea, y el mayor tamaño da la impresión de ser la mejor compra. Dado que todos los productores han seguido esta estrategia, esta no ha tenido un efecto significativo en sus cuotas de mercado. Sin embargo, ha dado lugar a un exceso de alrededor del 15 % en el material de envasado utilizado para sus productos.

Prevent Waste, una organización no gubernamental, ha criticado la estrategia de «caja vacía» de los productores de cereales para el desayuno por considerarla un despilfarro y perjudicial para el medio ambiente, al utilizar más recursos naturales de los necesarios para una producción y distribución eficientes de estos productos. En respuesta, los productores de cereales para el desayuno, unidos en su organización comercial, han aceptado limitar el exceso de envasado de sus productos. Han acordado colectivamente una norma de envasado limitando el exceso de material de envasado a un máximo del 3 % para garantizar que las cajas de cereales sigan siendo fáciles de usar y han hecho pública su decisión. Los productores de cereales para el desayuno han aplicado el acuerdo desde principios de año y este cubre el 100 % del mercado. Como consecuencia de ello, los costes de envasado, que representan el 6 % del precio al por mayor, han disminuido en torno a un 10 %. Esto ha dado lugar a una disminución de alrededor del 0,5 % del precio al por mayor de los cereales para el desayuno y de un 0-0,5 % del precio al por menor.

*Análisis:* Los competidores acuerdan una norma que repercute en la comercialización del producto, pero lo hacen de forma transparente, permitiendo que todos adopten el enfoque sin imponer la obligación de hacerlo. No hay intercambio de información sensible. Además, los productores de cereales siguen siendo libres de seguir reduciendo sus envases si así lo desean. Asimismo, el acuerdo de estandarización para limitar el exceso de envasado tiene un efecto muy reducido e incluso a la baja sobre el precio de los cereales para el desayuno, no afecta a la competencia entre los productores de cereales en los principales parámetros de precio, calidad e innovación, y solo afecta de forma limitada a la competencia en la comercialización (habida cuenta del impacto aparentemente limitado de la estrategia de sobredimensionamiento de las cajas). Por lo tanto, el acuerdo cumple las condiciones de la salvaguardia regulatoria y es improbable que produzca efectos negativos apreciables sobre la competencia. De hecho, el acuerdo mejora los resultados para los consumidores, al eliminar las costosas estrategias de exceso de envasado que tienen poco impacto en la competencia.

600. Un acuerdo que se beneficia de la salvaguardia regulatoria blanda

**Ejemplo 2**

*Situación:* Fair Tropical Fruits, una organización no gubernamental, junto con una serie de comerciantes de fruta, han creado una etiqueta para las frutas tropicales de comercio justo (la etiqueta «FTF»). Para poder utilizar la etiqueta, las empresas que comercian con frutas tropicales deben garantizar que las frutas en cuestión proceden de productores que garantizan unos salarios dignos para sus trabajadores y que no recurren al trabajo infantil. Estos comerciantes de fruta siguen siendo libres de comercializar también frutas con otras etiquetas o sin ellas. Fair Tropical Fruits ha establecido un sistema de seguimiento para certificar que los productos vendidos con la etiqueta FTF cumplen las condiciones mínimas. Las condiciones de participación, la metodología y los resultados del sistema de seguimiento están disponibles en el sitio web de Fair Tropical Fruits. Las frutas vendidas con la etiqueta FTF son más caras que otras frutas tropicales comercializadas.

La etiqueta FTF se ha introducido en toda la UE y una serie de grandes comerciantes la utilizan y han firmado el acuerdo para respetar las condiciones mínimas de la etiqueta. La etiqueta se ha hecho popular rápidamente entre algunos consumidores. Según el tipo de fruta tropical y el mercado geográfico de que se trate, las cuotas de mercado de los comerciantes de fruta oscilan entre el 12 % de las piñas y el 20 % de los mangos. Los mismos comerciantes también operan fuera de la etiqueta.

*Análisis:* Es poco probable que la etiqueta FTF tenga efectos negativos apreciables sobre la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, y puede beneficiarse de la salvaguardia regulatoria blanda para las normas de sostenibilidad, habida cuenta de: i) las modestas cuotas de mercado de las partes del acuerdo en los distintos mercados de compra y venta de referencia, ii) las importantes cuotas de mercado de otras etiquetas y productos convencionales y la competencia de estos, el hecho de que iii) la participación en el sello FTF sea voluntaria y no exclusiva, iv) el acuerdo de normalización no implique ningún intercambio de información sobre precios de compra, otros costes, volúmenes de producción o márgenes y que v) la licencia de uso de la etiqueta dependa únicamente del respeto de determinadas condiciones mínimas, sin acordar precios mínimos o recargos vinculantes. En efecto, los acuerdos pueden ampliar las posibilidades de elección de los consumidores, permitiéndoles identificar productos que presentan características de «comercio justo».

601. Un acuerdo que no tiene efectos apreciables sobre la competencia

**Ejemplo 3**

*Situación:* Fair Clothing.Com es una organización no gubernamental de gran éxito que, con la ayuda de subvenciones públicas y una campaña eficaz en los medios de comunicación, ha podido convencer a la gran mayoría de las empresas que venden ropa en la UE, incluidas todas las principales marcas y una serie de cadenas minoristas de prendas de vestir, de que solo adquieran prendas de vestir a productores de países en desarrollo que respeten determinados niveles de salario mínimo. La campaña, que contó con un amplio apoyo y coordinación con las organizaciones de consumidores nacionales y de la UE, ha sido un gran éxito: en la actualidad, el 85 % de todas las prendas de vestir vendidas en la UE se venden bajo la etiqueta «Fair Clothing». Para obtener una licencia para utilizar la etiqueta, las empresas participantes han acordado respetar las normas de salario mínimo y no vender prendas de vestir que no cumplan las normas, independientemente del lugar en que se fabriquen. Como resultado de la campaña, los salarios de los trabajadores del sector textil en los países en desarrollo han aumentado por término medio un 20 %.

Las encuestas y estudios sobre productos de consumo indican que el precio medio de las prendas de vestir en la UE no ha aumentado sensiblemente como consecuencia de la introducción de la etiqueta «Fair Clothing»: las estimaciones del efecto en los precios oscilan entre el - 0,5 y el + 0,8 % y, desde el punto de vista estadístico, no difieren significativamente de cero. Las explicaciones más creíbles de la ausencia de un incremento de los precios son, en primer lugar, la relativa insignificancia de los salarios de producción como componente del precio final de los productos de confección y, en segundo lugar, las posibles mejoras de la productividad del trabajo que podrían ser el resultado del aumento salarial. Por ejemplo, el componente salarial de la producción de camisas de algodón se sitúa en torno al 30 % de los costes de producción locales. Por lo tanto, cabe esperar que el aumento salarial del 20 % haya dado lugar a un aumento del precio de la camisa franco fábrica en los países en desarrollo del 6 % como máximo.

*Análisis:* Dado que las partes del acuerdo sobre prendas de vestir justas (propietarios de marcas occidentales y cadenas de venta al por menor de prendas de vestir) añaden un margen medio del 200-300 % al precio de compra, para cubrir los costes de transporte, importación y otros costes de distribución y envasado, el efecto sobre el precio al que las partes venden la camisa ya es, por este motivo, a lo sumo del 1,5-2 %. Además, hay indicios de que, al dar a los trabajadores acceso a alimentos más nutritivos y a una mejor asistencia sanitaria, el aumento salarial del 20 % está teniendo un efecto positivo en la productividad laboral del sector textil en los países en desarrollo. Habida cuenta de la intensa competencia en el sector de la confección, cabe esperar que estas mejoras de la productividad tengan un efecto de reducción de los precios.

Sobre la base de las estimaciones del efecto sobre los precios, puede concluirse que es poco probable que los acuerdos sobre prendas de vestir justas tengan efectos negativos apreciables para los clientes de las partes de los acuerdos y, por lo tanto, no entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1.

602. Un acuerdo que probablemente no restrinja la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, o que probablemente cumpla la condición establecida en el artículo 101, apartado 3.

**Ejemplo 4**

*Situación:* En respuesta a los resultados de la investigación sobre los niveles recomendados de grasa de ciertos alimentos transformados efectuada por un grupo de reflexión financiado por el Gobierno de un Estado miembro, varios productores importantes de alimentos transformados de ese Estado miembro acuerdan, mediante reuniones formales en una asociación comercial sectorial, fijar unos niveles recomendados de grasa para esos productos. Las partes representan conjuntamente el 70 % de las ventas de los productos en el Estado miembro. La iniciativa de las partes contará con el apoyo de una campaña publicitaria nacional financiada por el grupo de reflexión que destacará los peligros de los alimentos transformados con alto contenido de grasa.

*Análisis:* Aunque los niveles de grasa sean recomendaciones y por lo tanto voluntarios, debido a la amplia divulgación resultante de la campaña publicitaria nacional, es probable que todos los productores de alimentos transformados del Estado miembro apliquen los niveles de grasa recomendados. Por lo tanto, es probable que se convierta de hecho en un nivel máximo de grasa para los alimentos transformados. De este modo, es posible que se reduzcan las posibilidades de elección de los consumidores en los mercados de productos. Sin embargo, las partes podrán continuar compitiendo por lo que se refiere a otras características de los productos, tales como precio, tamaño, calidad, sabor, otro contenido nutricional y de sal, proporción de los ingredientes y marca. Por otra parte, la competencia relativa a los niveles de grasa en la oferta de productos puede aumentar si las partes intentan ofrecer productos con niveles más bajos. Así pues, no es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, aun cuando se constate que el acuerdo tiene un efecto negativo apreciable sobre la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, (porque los consumidores se ven privados de la opción de tener alimentos de alto contenido en grasas) es probable que los beneficios para los consumidores en términos de valor de la información recibida y efectos beneficiosos para la salud compensen el perjuicio y es probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

603. Un acuerdo que restringe la competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, y que cumple las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3.

**Ejemplo 5**

*Situación:* Los fabricantes de lavadoras producen actualmente una amplia gama de máquinas, desde los últimos modelos, técnicamente más avanzados y eficientes energéticamente, hasta los modelos más antiguos, técnicamente menos avanzados. Aunque los modelos más antiguos y menos avanzados utilizan más electricidad y agua, su producción es más barata y se venden a precios más bajos que los modelos más recientes y técnicamente avanzados. De conformidad con un reglamento de la UE, todos los modelos se clasifican en ocho categorías de eficiencia energética, de A a H, y se etiquetan en consecuencia.

La innovación en el sector se centra en seguir mejorando la eficiencia energética de los nuevos modelos. Sin embargo, los fabricantes de lavadoras también consideran que tienen la responsabilidad de intentar reducir el consumo de energía de sus máquinas de otras maneras. Por lo tanto, han acordado eliminar gradualmente la producción y la venta de lavadoras de las categorías F a H, los modelos más antiguos y menos eficientes desde el punto de vista energético. Estos modelos más antiguos son también los menos eficientes desde el punto de vista hídrico.

El acuerdo engloba a todos los fabricantes y, por lo tanto, cubre casi el 100 % del mercado. Establece que la producción y la venta de lavadoras de las categorías F a H se eliminarán gradualmente en un plazo de dos años. Estos modelos representan actualmente alrededor del 35 % de todas las ventas del mercado. Si bien todos los fabricantes que participan en el acuerdo ya producen algunos modelos de las categorías A a E y, por lo tanto, ninguno de ellos perderá todas sus ventas actuales, cada fabricante se verá afectado de manera diferente en función de su gama actual de modelos. Por lo tanto, es probable que la competencia entre los productores se vea afectada. Además, la eliminación gradual de las categorías F a H reducirá la oferta de máquinas disponibles para los consumidores y aumentará el coste medio de compra. Para el comprador medio que antes compraba una lavadora de las categorías F a H, el precio de una lavadora aumentará, al menos, entre 40 y 70 EUR.

Antes de aplicar el acuerdo para eliminar gradualmente las categorías F a H, la industria ha intentado desplazar la demanda de estas categorías a través de campañas publicitarias. Los estudios han demostrado que la falta de éxito de estas campañas se debe a que a muchos consumidores les resulta difícil, en su decisión de compra, sopesar el impacto positivo de las futuras reducciones en sus facturas de electricidad y agua frente al impacto negativo del aumento inmediato del precio de compra de la máquina.

Estos estudios también muestran que, de hecho, los compradores de lavadoras se benefician considerablemente de la eliminación gradual de las categorías F a H. El comprador medio de una lavadora recuperará el aumento del precio de compra en un plazo de uno a dos años, en forma de menores costes de electricidad y agua. La inmensa mayoría de los consumidores, también los que utilizan su máquina con menor frecuencia, recuperarán el aumento del precio de compra en un plazo de cuatro años. Dado que la esperanza de vida media de las máquinas de las categorías A a E es de al menos cinco años, los consumidores de lavadoras, en conjunto, se benefician del acuerdo. Este beneficio neto se incrementa aún más, para todos los usuarios de lavadoras, por los beneficios medioambientales derivados de la reducción colectiva del uso de electricidad y agua. La reducción del consumo de electricidad conduce a una reducción de la contaminación procedente de la producción de electricidad, lo que también beneficia a los consumidores de lavadoras, en la medida en que la deficiencia del mercado relacionada con la contaminación no se aborda ya en otros instrumentos normativos (por ejemplo, el régimen europeo de comercio de derechos de emisión, que limita las emisiones de carbono). La reducción del consumo de agua da lugar a una reducción de la contaminación de esta. Dado que los consumidores de lavadoras constituyen la inmensa mayoría de la población total, una parte de estos beneficios medioambientales recae en los consumidores del mercado de referencia que se ven afectados por el acuerdo.

*Análisis:* Si bien es probable que el acuerdo tenga efectos negativos apreciables y entre en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, también es probable que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3. En particular: i) como resultado del acuerdo, la lavadora media es más eficiente desde el punto de vista energético e hídrico, ii) esto no podría haberse logrado con un acuerdo menos restrictivo, por ejemplo, con una campaña publicitaria colectiva o una etiqueta de sostenibilidad, iii) los consumidores del mercado de referencia obtienen un beneficio neto como resultado de los beneficios económicos individuales y los beneficios medioambientales colectivos, y iv) no se elimina la competencia, ya que el acuerdo solo afecta al alcance de la gama de modelos, siendo este un parámetro de la competencia, y no a otros parámetros, como el precio o la innovación, sobre los que la competencia puede tener lugar, y de hecho la tiene.